



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
3/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



3/2019

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

P. PIRAS, <i>Svanisce il concorso colposo nel reato doloso</i>	5
A. NOCERA, <i>La ricerca di un equilibrio tra segreto investigativo e potere ispettivo</i>	13
V. NARDI, <i>Retroattività in mitius e limite del giudicato: stato dell'arte e prospettive di riforma alla luce del quadro nazionale ed europeo</i>	31
F. BALATO, <i>La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia</i>	61
F.P. BISCEGLIA, <i>Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita</i>	105
I. ANRÒ, <i>L'ordinamento italiano e l'indennizzo alle vittime di reato, tra principi di uguaglianza e criteri di equità: la parola torna alla Corte di Giustizia?</i>	119
S. ZIRULIA, <i>Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva</i>	135
G. MARRA, M. VIOLA, <i>Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune</i>	163
L. CARRARO, <i>Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori</i>	181
G. BIONDI, <i>La Cassazione e i fratelli minori di Lorefice</i>	199
B. SCARCELLA, <i>Sulla liceità della "cannabis light": osservazioni in attesa di una sentenza a Sezioni unite</i>	221
D. PULITANÒ, <i>Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro</i>	235



3/2019



3/2019

SVANISCE IL CONCORSO COLPOSO NEL REATO DOLOSO

Nota a [Cass., Sez. IV, sent. 19 luglio 18 \(dep. 14 febbraio 2019\), n. 7032, Pres. Dovere, Est. Tornesi, imp. Sabatini](#)

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. La novità e il caso. – 2. L’altalena negli anni. – 3. Pro e contro la configurabilità. – 4. E se ne facessimo a meno? – 5. E se facessimo a meno anche del concorso di cause? – 6. La responsabilità per la morte dell’autore.

1. La novità e il caso.

Pubblicata il 14 febbraio, ecco la sentenza di San Valentino. Niente rose, ma sorprese, che però a volte piacciono più delle rose. Un invito a nozze per un commento a caldo.

Quali sorprese?

La configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso era ormai un dato acquisito¹. Per quanto riguarda la colpa medica, ci fu un precedente nel 2008 che lo scolpì sui muri delle aule universitarie, giudiziarie e convegnistiche, anche mediche². Paziente killer, psichiatra colpevole: questo fu un titolo giornalistico³ per quel precedente, nel quale si era ritenuto che il medico, sospendendo un farmaco, avesse concausato uno scompenso psicotico di un paziente, concorrendo così colposamente nell’omicidio che il paziente commise a danno di un operatore della struttura dove era ricoverato.

Ma dopo la sentenza di San Valentino, il concorso colposo nel delitto colposo si scioglie come la neve al primo sole primaverile. Ed è da rilevare che, pur riguardando un caso di colpa medica, la sentenza demolisce le fondamenta dell’istituto e lo rende quindi inconfigurabile per qualunque contributo colposo, anche non medico e per qualunque delitto doloso, non solo quindi per i delitti contro la vita e l’incolumità individuale.

Sciolti i fiocchi del regalo, apriamo ora la scatola: rifioriscono i ricordi liceali di Medea e Giasone.

¹ In argomento v. M. BORGHI, [Nodi problematici e incertezze applicative dell’art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso](#), in questa *Rivista*, 14 marzo 2016, al quale si rinvia anche per la copiosa bibliografia.

² Cass. IV, 10795-08, Pozzi, est. Brusco, in Ced Rv. 238957.

³ *Il Corriere della Sera*, 7 novembre 2007.

La sentenza si occupa di un caso di c.d. suicidio allargato. Un soggetto entra negli uffici della Regione ed esplose colpi di pistola contro due impiegate, cagionandone la morte. Con la stessa arma, subito dopo, si toglie la vita. Ha prima lasciato su una scrivania un memoriale, dal quale emerge il perché dei gesti tragici: la revoca di un finanziamento regionale da lui ottenuto per un'iniziativa commerciale.

Aveva acquistato la pistola grazie ad un porto d'armi a lui rilasciato in forza di un certificato anamnestico nel quale si attestava l'assenza di malattie del sistema nervoso, di disturbi mentali, di personalità o comportamentali. L'autore del fatto era seguito da strutture specialistiche per disturbi psichici, essendogli stato diagnosticato un disturbo bipolare. Il medico che aveva redatto il certificato anamnestico era il suo medico di medicina generale, che gli aveva prescritto, più volte, un farmaco (Depakin) di diffuso impiego anche contro il disturbo bipolare.

Si procede penalmente contro il medico per triplice omicidio colposo, per le due morti eterocausate delle impiegate e per quella autocausata dell'autore. Si addebita la colpa al medico per il rilascio del certificato anamnestico, seguito dagli omicidi dolosi dell'autore, poi suicida.

Il concorso colposo nel delitto doloso fa l'altalena nei gradi di giudizio: in primo grado ne viene affermata l'inconfigurabilità: assoluzione. In secondo grado si afferma invece la configurabilità: condanna. La Cassazione esclude la configurabilità, ma ritiene che comunque possa ipotizzarsi una responsabilità penale, *ex art. 41 c.p.*, come concorso di cause indipendenti, fra le quali una è il rilascio del certificato anamnestico. E annulla con rinvio la sentenza di condanna, imponendo al giudice del rinvio la valutazione circa la prevedibilità degli omicidi, essendo ritenuta carente quella posta a base della condanna. Esclude la responsabilità per la morte suicidiaria, sostenendo che il medico non rivestiva la posizione di garanzia nei confronti dell'autore.

2. L'altalena negli anni.

Per ragioni di chiarezza espositiva, esaminiamo prima la responsabilità del medico per gli omicidi, poi quella per il suicidio dell'autore.

In termini generali e non solo quindi con riguardo all'ipotesi della condotta medica, il concorso colposo nel delitto doloso nel corso degli anni ha fatto nella giurisprudenza di legittimità la stessa altalena, che ha fatto nel processo di specie. Inconfigurabilità – configurabilità – inconfigurabilità.

Un po' di storia rapida. Nel 1990 le Sezioni Unite affermano inconfigurabile l'istituto nel caso del notaio che roghi negligenzemente atti pubblici per una lottizzazione abusiva⁴. Si asserisce che questo reato è di natura dolosa e che la negligenza del notaio nel redigere gli atti di vendita non possa dar luogo ad una sua responsabilità penale, per l'inconfigurabilità del concorso colposo nel delitto doloso. Confermata negli anni

⁴ Cass. Sez. Un., 2720-90, Cancilleri, est. Sacchetti, in Ced Rv. 183495.



3/2019

novanta⁵, questa giurisprudenza è stata contraddetta agli inizi degli anni duemila con una sentenza relativa a un caso d'incendio doloso appiccato da ignoti su un deposito di pneumatici, con affermazione di responsabilità a carico del custode del deposito per la colpa consistita nel non rispetto delle disposizioni impartite dai vigili del fuoco⁶.

Da allora la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso è stata costantemente affermata in più precedenti di legittimità, aventi ad oggetto casi simili a quello qui in analisi e cioè omicidio commesso da persona affetta da disturbi psichici con altrui condotte concausali, mediche e no⁷.

Configurabilità da ultimo di nuovo negata con la sentenza in commento.

3. Pro e contro la configurabilità.

Vediamo ora, in sintesi, le ragioni avanzate a sostegno delle opposte opinioni.

Il terreno della storica contesa è fondamentalmente disegnabile in un triangolo. Ecco i tre vertici.

Il primo. L'art. 42 II co. c.p., stabilendo che "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge", richiede l'espressa previsione per la responsabilità colposa, che mancherebbe per il concorso colposo nel delitto doloso. Si replica che questa disposizione si riferisce alla sola parte speciale del codice, quindi solo alle fattispecie incriminatrici di singoli fatti⁸: il tenore letterale favorisce questa direzione, perché oggetto dell'espressa previsione per colpa deve essere un fatto preveduto dalla legge come reato.

Il secondo vertice. Si ritiene inconfigurabile il concorso colposo nel delitto doloso, perché l'art. 113 c.p. limita il concorso colposo alla sola ipotesi di delitto colposo, come risulta dalla rubrica della disposizione *Cooperazione nel delitto colposo*. Si punta anche sul testo: "Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso". La chiara espressione letterale con la quale il testo si apre: *Nel delitto colposo...*, non consentirebbe l'inclusione del delitto doloso⁹. Si replica che ciò non è dirimente per escludere la configurabilità¹⁰, dato che la disposizione ruota intorno ad un evento cagionato dalla cooperazione di più persone, che ne costituisce il fulcro senza specificazione di elemento

⁵ Cass. Sez. IV, 9542-96, De Santis, est. Battisti, in Ced Rv. 206798.

⁶ Cass. Sez. IV, 39680-02, Capecchi, est. Palmieri, in Ced Rv. 223214.

⁷ [Cass. Sez. IV, 4107-09, Calabrò, est. Brusco](#), oltre alla già citata e dello stesso estensore: Cass. IV, 10795-08, Pozzi; più di recente: [Cass. Sez. IV, 34385-11, Baglivo, est. Piccialli](#); [Cass. Sez. IV, 22042-15, Donatelli, est. Iannello](#); [Cass. Sez. IV, 32567-16, Tomaselli, est. Pavich](#), quest'ultima relativa allo stesso caso della sentenza in commento riguardante le posizioni degli appartenenti alla Polizia che si occuparono dell'istruzione della pratica e del rilascio dell'autorizzazione.

⁸ Così Cass. Sez. IV, 39680-02, cit.

⁹ In questo ordine di idee, per tutti: F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, 72.

¹⁰ Sul punto: M. Borghi, *I nodi*, cit., 23.

psicologico. Singolare è la ragione a favore della configurabilità esibita in giurisprudenza nel noto caso dello psichiatra già citato in apertura: si ritiene che l'espressione *nel delitto colposo* che figura nell'art. 113 c.p. ricomprenderebbe anche l'ipotesi del delitto doloso, per l'affermazione dottrinale di Marinucci "non c'è dolo senza colpa"¹¹, che consentirebbe di affermare che il dolo non è qualcosa di diverso dalla colpa, ma qualcosa in più, avente, oltre alla violazione di un dovere oggettivo di diligenza, anche la coscienza e la volontà dell'evento¹². L'obiezione viene criticata anche dalla sentenza di San Valentino, che reca testualmente che questa opinione *fa dire ad uno dei più eminenti studiosi italiani della colpa più di quanto non abbia detto*, che invece solo voleva porre in rilievo che *esiste una base comune a dolo e colpa, costituita dalla violazione di un dovere oggettivo di diligenza, mentre il fatto doloso e il fatto colposo danno luogo a fattispecie strutturalmente diverse*. Difficile da confutare questa presa di posizione della sentenza, dato che letteralmente per l'art. 43 c.p., nel delitto doloso l'evento è voluto, mentre nel delitto colposo l'evento non è voluto, esprimendo così un rapporto di testuale incompatibilità fra dolo e colpa.

Il terzo vertice. Diverse fattispecie di reato di agevolazione colposa di delitto doloso, ad es. art. 254 c.p., sarebbero inutili se fosse configurabile in termini generali il concorso colposo nel delitto doloso. L'argomento è citato anche nella sentenza in commento. Ma la replica è facile: la previsione autonoma può essere dettata da altre ragioni, diverse da quella incriminatrice, ad es. per la volontà legislativa di prevedere un particolare trattamento sanzionatorio.

La sentenza in commento espone gli argomenti a favore e contro la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso e propende per quelli contro. Ma valorizza un dato per far pendere l'ago della bilancia verso l'inconfigurabilità. Un dato che appare fuori discussione è cioè la controvertibilità della questione. In effetti la controvertibilità davvero non può essere controversa... Chiarissima è la sentenza nell'utilizzare questo dato, affermando che *il rinvenimento di una disciplina implicita deve risultare incontrovertibile, quando la tesi opera non una contrazione dell'area del penalmente rilevante, bensì una sua espansione*, come nel caso appunto del concorso colposo nel delitto doloso. Viene ricordato *il dovere di non operare "accessioni" in malam partem*¹³.

4. E se ne facessimo a meno?

Quando due opinioni si contendono il campo, chi osserva può fare fondamentalmente tre cose:

¹¹ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'"imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3.

¹² Cass. IV, 10795-08, cit. e Cass. Sez. IV, 4107-09, cit.

¹³ L'opinione è già stata espressa in dottrina da L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 153 ss.



3/2019

– prendere posizione per una delle due, ma bisogna andarci cauti, perché questo reca con sé il rischio di allontanamento, emotivo o intellettuale, da colui che vede dissentire la sua opinione

– proporre una terza opinione, ma anche qui bisogna andarci cauti, perché questo può suonare altezzoso

– provare a pensare e a far pensare che forse la contesa potrebbe essere abbandonata e qui ci vuole sola la cautela di dire che non necessariamente questo debba avvenire.

Proviamo a praticare la terza via. Chiediamoci in termini molto pratici: a che cosa serve questo arnese, questo utensile giudiziario chiamato concorso colposo nel delitto doloso?

Ha una funzione incriminatrice? Ha cioè una funzione di estendere l'area di punibilità a casi altrimenti non punibili?

No, quantomeno nei casi che finora si sono presentati in giurisprudenza. Se togliamo questa freccia dalla faretra del pubblico ministero, le cose non cambiano. La sentenza di San Valentino lo rende chiarissimo, affermando che la Corte d'Appello ha errato nel condannare ritenendo configurabile il concorso colposo nel delitto doloso, ma che comunque la punibilità può essere ipotizzata *ex artt. 41 e 589 c.p.*

Il ritenuto errore di diritto della sentenza viene quindi corretto e la condanna non viene confermata non perché si esclude la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso, ma perché si pone la necessità di approfondire la prevedibilità, al momento del rilascio del certificato, di ciò che poi ne è derivato.

5. E se facessimo a meno anche del concorso di cause?

Proviamo ora a semplificare al massimo, con la domanda: possiamo fare a meno anche dell'art. 41 c.p. per la punibilità dei casi che qui ci interessano?

Proviamo. Del resto è un'ottima prova di utilità e di approfondimento del sistema quella di abrogare mentalmente in certe ipotesi una disposizione di legge, per chiedersi che cosa succede.

Ebbene, possiamo fare a meno anche dell'art. 41 c.p. in queste ipotesi. Vediamo più da vicino la struttura delle regole cautelari che vengono in considerazione. Consideriamo quelle del caso della sentenza. L'art. 2 del D.M. 28 aprile 1998 impone per il rilascio dell'autorizzazione al porto di fucile *l'assenza di disturbi mentali, di personalità o comportamentali*. L'art. 3 fa precedere l'accertamento dei requisiti psicofisici da parte di un medico alla presentazione di un certificato anamnestico redatto dal medico di fiducia *ex art. 25 l. 833/78* e quindi potenzialmente più a conoscenza della storia clinica dell'interessato, che è anche ad altro titolo suo paziente. È evidente che la raccolta anamnestiche e la successiva valutazione medica da parte di altro medico devono avvenire diligentemente e peritamente. Ed è altrettanto evidente che queste regole cautelari mirano a prevenire gli eventi morte o lesioni personali causati mediante arma da fuoco impropriamente usata da persona psichicamente inidonea. Se quegli eventi si verificano e il porto d'armi è stato rilasciato a persona non idonea, il concorso di cause



3/2019

colpose preesistenti rientra necessariamente nella modalità di produzione dell'evento che quelle regole cautelari mirano a prevenire. Con un'immagine: il meccanismo di produzione dell'evento lesivo, oggetto della regola cautelare, include quali necessarie rotelle dell'ingranaggio il comportamento colposo del medico e quello doloso della persona non idonea. Se mancano, il meccanismo non gira.

Quindi, più semplicemente, anche prescindendo dall'art. 41 c.p., l'addebito di responsabilità al medico, può essere basato sull'inosservanza di una o più regole cautelari in combinazione con l'art. 589 c.p., trovando l'evento la sua causa in detta inosservanza. Come qualunque ipotesi di reato colposo.

Lo stesso schema può essere usato anche quando il delitto colposo non è contro la vita o l'incolumità personale. Ad es., nel caso d'incendio doloso appiccato da terzi su bene non adeguatamente custodito, l'addebito può essere mosso sulla base della sola inosservanza degli obblighi di custodia, dato che anche l'evento incendio doloso da parte di terzi rientra nel novero degli eventi che mira a prevenire la regola di diligente custodia.

Ovviamente, *ex art. 42 II co. c.p.*, c'è il limite dell'espressa previsione anche come delitto colposo del commesso delitto doloso. Se ad es., l'arma che non poteva portarsi per assenza dei requisiti psichici viene usata per commettere una rapina, la punibilità della condotta medica è preclusa per l'assenza di previsione di punibilità della rapina nella forma colposa. Non si saprebbe, fra l'altro, quale pena applicare, essendo questa prevista solo per la forma dolosa.

6. La responsabilità per la morte dell'autore.

Rimane da esaminare l'ipotesi della morte autoprovocata dall'autore mediante l'arma acquistata con un'autorizzazione al porto d'armi rilasciata in assenza dei requisiti psichici.

La sentenza in commento esclude la responsabilità del medico che ha rilasciato il certificato anamnestico, a prescindere dall'accertamento se fosse o no prevedibile il suicidio. L'esclusione della responsabilità è motivata con l'assenza di posizione di garanzia del medico sul richiedente il certificato anamnestico: al medico è attribuita solo la titolarità dell'obbligo giuridico d'impedire gli atti eterolesivi da parte del richiedente il certificato. La sentenza diversifica la situazione nella quale si trova questo medico da quella dello psichiatra e gli operatori di salute mentale, i quali *in ragione della peculiare complessità della situazione rischiosa che sono tenuti a governare, hanno il dovere di tutelare il soggetto debole, non solo rispetto agli atti etero-lesivi, ma anche a quelli pregiudizievoli per sé stesso.*

L'opinione invita a due riflessioni.

La prima.

La ricerca di una posizione di garanzia parrebbe superflua, perché il rilascio del certificato anamnestico non è condotta omissiva. Non è un non impedire l'evento, come invece richiede l'art. 40 II co. c.p. per la necessità dell'obbligo giuridico l'impedire l'evento.



3/2019

Il rilascio del certificato è invece una condotta attiva, perché dà avvio al processo causale che poi sfocia nell'evento dannoso. L'obbligo cautelare è ben sganciabile da una posizione di garanzia, come nel caso di scuola di chi lascia incustodita l'arma in un luogo frequentato da bambini.

La seconda riflessione.

In una generale prospettiva di tutela del bene vita che prescinde quindi dalla titolarità soggettiva di quei beni, non si intravedono ragioni per limitare la tutela ai soli terzi e non ricomprendere quindi anche la vita del soggetto che ha ottenuto l'autorizzazione all'uso di armi senza essere in possesso dei requisiti psichici. Non è infatti soggetto autoresponsabile. E ovviamente non gioca alcun ruolo l'assenza di qualificazione quale reato del suicidio, perché le regole cautelari inosservate non fanno alcun riferimento a qualificazioni giuridiche dei fatti che mirano a prevenire.

In questa prospettiva di tutela, la vita del suicida vale esattamente come quella della vittima dell'omicidio.

Il suicidio allargato è il tragico epilogo della storia naturale di una malattia mentale, della quale tutti sono vittime.



3/2019

LA RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA SEGRETO INVESTIGATIVO E POTERE ISPETTIVO

di Andrea Nocera

Abstract. *Con la recente delibera del 14 novembre 2018, in tema di “Rapporti tra esercizio del potere ispettivo e funzione giurisdizionale, con riferimento alla tutela del segreto investigativo”, il Consiglio Superiore della Magistratura ha definito i contorni del rapporto fra segreto investigativo e poteri ispettivi del Ministero, con specifico riferimento all’acquisizione – da parte di quest’ultimo – di atti di indagine inerenti un procedimento archiviato. Principio cardine, nella ricerca di una linea di equilibrio tra il legittimo esercizio dell’attività ispettiva e la tutela del segreto degli atti di indagine è quello della leale collaborazione che deve improntare i rapporti fra autorità giudiziaria e Ispettorato Generale, al fine di preservare l’indipendenza e l’autonomia della prima e garantire, al contempo, l’efficace esercizio delle funzioni di sorveglianza da parte del secondo.*

Alla luce del principio di leale collaborazione si individuano i casi in cui l’autorità giudiziaria può rifiutare la consegna di atti di indagine, consentendo l’opposizione del segreto investigativo nei soli limiti in cui le ragioni di riservatezza siano funzionali a evitare un nocumento ad attività investigative in corso.

Nel caso di atti di procedimenti archiviati, in particolare, si afferma che gli stessi non sono più coperti da segreto investigativo, né può essere rifiutata la consegna all’ispettorato per il solo fatto che tali atti non siano conosciuti né conoscibili dalle parti private in ragione delle preclusioni connesse alla fase processuale.

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. Il potere di “alta sorveglianza” del Ministro della Giustizia. Attività di verifica ispettiva e potere di inchiesta. – 3. La ricerca di un equilibrio tra potere ispettivo del Ministro e segreto investigativo. – 4. La segretezza degli atti – 5. La legittima acquisizione di atti di un procedimento archiviato. – 6. Potere ispettivo e profili di legittimazione passiva.

1. La questione.

Con Delibera consiliare del 14 novembre 2018, in tema di “Rapporti tra esercizio del potere ispettivo e funzione giurisdizionale, con riferimento alla tutela del segreto investigativo”, il Consiglio Superiore della Magistratura, è tornato sul tema dei limiti del



3/2019

sindacato ispettivo del Ministero sull'attività giudiziaria e, in particolare, sul rapporto fra segreto investigativo e poteri ispettivi¹.

Nella risposta al quesito posto da un Procuratore della Repubblica volto a conoscere se sia dovuta la consegna di atti relativi ad intercettazioni oggetto di un procedimento archiviato o se gli stessi, in quanto non "depositati formalmente", sono da ritenere coperti da "segreto", il Consiglio ha inteso definire l'ambito del legittimo esercizio dei poteri ispettivi, riconosciuti al Ministero dalla legge n. 1311 del 1962, nell'accesso agli atti delle indagini preliminari.

L'analisi dell'Organo consiliare riafferma in via generale l'esigenza di garantire la realizzazione del principio di leale e piena collaborazione, cui devono essere improntati i rapporti fra autorità giudiziaria e Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia, onde preservare l'indipendenza e l'autonomia della prima e, nel contempo, garantire l'efficace esercizio delle funzioni di sorveglianza di pertinenza del Ministro.

Il Consiglio coglie l'occasione per esaminare sia i casi in cui l'autorità giudiziaria può opporre il segreto investigativo alle richieste istruttorie del Ministero, così definendo l'ambito della segretezza degli atti in funzione della necessità di evitare un nocumento ad attività investigative in corso, sia i casi – e le ragioni – in cui tale segreto viene a cadere e gli atti diventano ostensibili ed utilizzabili in ambito predisciplinare.

In particolare, quanto ai procedimenti definiti con provvedimento di archiviazione, si esclude che possa essere opposto la segretezza degli atti alla richiesta dell'Ispettorato Generale, non potendo ritenersi questi *ex se* segreti e non ostensibili per il solo fatto che non sono conosciuti dalle parti private né conoscibili (od accessibili). Nella fase processuale successiva alla archiviazione gli atti del procedimento sono da ritenersi non più coperti da segreto investigativo, altrimenti si verrebbe a creare una preclusione di durata indefinita all'esercizio dei poteri ispettivi del Ministro, potendo in linea teorica tali atti non essere mai conosciuti dalle parti che vi abbiano interesse. Una siffatta preclusione si porrebbe in insanabile contrasto con l'affermato principio di leale collaborazione, quando non vi siano argomentate ragioni che giustificino la segretezza delle attività giudiziarie ed il segreto opposto all'Autorità ministeriale.

Il caso posto all'attenzione del Consiglio Superiore della Magistratura riguarda la richiesta di acquisizione di atti di indagine relativi ad un procedimento penale, definito con decreto di archiviazione del GIP, avanzata dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia per finalità istruttorie predisciplinari.

Con la Delibera in commento si è dato riscontro al quesito sollevato dal Procuratore della Repubblica che chiedeva di conoscere se il P.M. possa trasmettere all'Ispettorato Generale del Ministero atti «contenuti in un procedimento archiviato dal

¹ Per un approfondimento sul tema del potere ispettivo nella pubblica amministrazione, v. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative*, Chieti, 1971, 20; TERRANOVA, *Il controllo ispettivo*, in *Sc. Tecn. P.A.*, 1971, 181 e ss.; D'ANTINO, *Ispezione, controllo e efficienza*, in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 1977, n. 4, 608 ss.; MARINARO SANTORO, *Brevi note in tema di ispezioni amministrative*, in *Amm. e politica*, 1979, 693; LANDI, voce *Ispezioni ed inchieste amministrative*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, par. 1-2, DEGLI ESPOSTI, *Ispezioni ed inchieste amministrative*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, VII; Torino, 1993, 588; TENORE, *Problematiche sostanziali e giustiziali in tema di ispezione amministrativa*, in *Doc. Gius.*, 1995, 1102.



3/2019

Giudice delle indagini preliminari e mai depositati formalmente in precedenza, e perciò coperto dal segreto di ufficio»; se, inoltre, detta richiesta possa essere rivolta al P.M. anche in caso di procedimento archiviato, appartenendo al G.I.P., ai sensi dell'art. 116 c.p.p., la competenza a provvedere, «su parere del P.M.» in ordine alla richiesta di copie dei singoli atti².

A fronte della puntuale richiesta istruttoria predisciplinare di trasmissione degli atti e della documentazione utile relativa all'attività di indagine svolta, avanzata dall'ispettorato Generale del Ministero della Giustizia³, il Procuratore della Repubblica trasmetteva copia dei soli atti del procedimento pendente in fase dibattimentale, riservandosi la trasmissione degli atti contenuti nel fascicolo archiviato, generato dal provvedimento di stralcio e, nella specie, dei brogliacci delle intercettazioni utilizzate, della annotazione integrale della Guardia di Finanza, della richiesta e del relativo provvedimento di archiviazione emesso dal G.I.P.⁴

La riserva formulata era funzionale alla formulazione del quesito al Consiglio volto a conoscere se sia dovuta la consegna di atti (intercettazioni) compresi in un procedimento archiviato, coperti da "segreto" in quanto non depositati, con l'effetto di un aggiramento della competenza del G.I.P. cui spetta, ai sensi dell'art. 116 cod. proc. pen., la decisione di provvedere, su parere del P.M., in ordine alla richiesta di copie dei singoli atti in caso di procedimento archiviato.

² Nel caso di specie, il Procuratore della Repubblica ha rappresentato che le attività ispettive erano state avviate dall'ispettorato Generale a seguito della pubblicazione, nel 2016, di articoli di stampa che riportavano la notizia dell'emissione di ordinanze applicative di misure cautelari nei confronti di medici ospedalieri sulla base di intercettazioni telefoniche svolte in un diverso procedimento, già oggetto di archiviazione e mai depositate, captate circa cinque anni prima nell'ambito di un procedimento iscritto per il reato associativo di cui all'art. 416-bis cod. pen., anticipatamente interrotte per "esito negativo". La necessità dell'utilizzo delle intercettazioni nel nuovo procedimento era emersa a seguito dell'attività di riascolto cui aveva proceduto la Guardia di Finanza – Nucleo di Polizia Tributaria. Ancor prima del deposito dell'informativa della polizia giudiziaria contenente la sintesi delle intercettazioni disposte, il P.M. aveva provveduto a stralciare la posizione del soggetto intercettato e a formulare richiesta di archiviazione nei suoi confronti, procedendo, al contempo, a richiedere il rinvio a giudizio degli altri imputati, procedimento attualmente pendente in fase dibattimentale. Nel procedimento di nuova iscrizione il p.m., dopo aver proceduto alla trascrizione integrale delle conversazioni captate ed alla ricostruzione del loro integrale contenuto ed alla integrazione con nuove intercettazioni, aveva richiesto ed ottenuto l'emissione delle misure cautelari e interdittive a carico degli indagati.

³ Al Procuratore della Repubblica veniva richiesto di riferire circa l'attività di indagine svolta dal magistrato assegnatario dell'originario procedimento e "se siano state depositate annotazioni di PG nel medesimo procedimento".

⁴ Il Procuratore, con nota interlocutoria aveva rappresentato all'ispettorato Generale e al Gabinetto del Ministro che "dall'esame dei files associati alle tracce audio delle conversazioni intercettate (brogliacci) non era possibile desumere né la data né il contenuto delle relative conversazioni", atteso che si era proceduto alla trascrizione integrale delle conversazioni ed alla ricostruzione del loro integrale contenuto solo a seguito delle disposizioni da lui impartite.



3/2019

2. Il potere di “alta sorveglianza” del Ministro della Giustizia. Attività di verifica ispettiva e potere di inchiesta.

L'art. 13 del r. d. lgs. n. 511 del 1946 attribuisce al Ministro della Giustizia⁵ l'“alta sorveglianza” su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i magistrati del Pubblico Ministero, per il tramite dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia⁶.

Il potere di “alta sorveglianza” è esercitato in via ordinaria e generale attraverso lo strumento della verifica ispettiva (art. 7 l. n. 1311 del 1962)⁷. Le verifiche ispettive ordinarie, con cadenza di norma triennale, hanno lo scopo di accertare, alla luce delle leggi, dei regolamenti e delle istruzioni vigenti, la regolarità dell'organizzazione e dell'andamento di un ufficio, in funzione del buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost., nonché il lineare svolgimento del lavoro dei magistrati, quali componenti l'Ufficio giudiziario, in termini quantitativi e di tempo.

Alle verifiche ispettive ordinarie⁸, compiute dall'Ispettorato Generale presso tutti gli Uffici giudiziari in conformità alle direttive impartite dal Ministro, si affiancano le verifiche c.d. mirate o parziali, disposte dal Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 7, comma 3, della l. n. 1311 del 1962, come modificato dalla legge 6 ottobre 1988, n. 432, e le inchieste amministrative ex art. 12 l. n. 1311 del 1962, per il cui esercizio sono previsti più penetranti e flessibili poteri di accertamento⁹.

Le ispezioni mirate si svolgono al di là di quelle periodiche e possono essere disposte, in ogni tempo, dal Ministro, anche in forma parziale, per specifici servizi o

⁵ Per una compiuta ricostruzione del quadro normativo in tema di potere di ispezione ed inchiesta del Ministro della Giustizia, v. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, II, 416; FUMAGALLI CARULLI, *I poteri di inchiesta nella istituzione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 182; ONIDA, *I poteri di inchiesta nella istituzione giudiziaria*, in *Quest. Giust.*, 1986, 39; ROVELLO, *Le Ispezioni*, in *Giust. cost.*, 1988, fasc. 1-2, 43; SCOTTI, *Attività ispettiva del Ministro di Grazia e Giustizia e indirizzi del governo*, in *Doc. Giust.*, 1995, n. 5, 671.

⁶ L'Ispettorato Generale, organo di diretta collaborazione del Ministro della Giustizia ex art. 1 della legge n. 1311 del 1962, assume una particolare posizione di autonomia ed un carattere di neutralità rispetto agli altri uffici e direzioni ministeriali. Dalla definizione normativa di "Ispettorato presso il Ministero di grazia e giustizia" si desume l'indicato carattere di neutralità rispetto alla propaggine ministeriale. Sul tema, cfr. V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, in *Teoria e Pratica del diritto*, Sez. IV – 49, Milano, 1999.

⁷ La verifica ispettiva ordinaria sulle procedure, che riguarda anche il controllo delle voci di spesa e dei tempi di gestione, è orientato a soddisfare e eventuali esigenze di regolarizzazione del servizio (c.d. funzione di normalizzazione) oltre che della attenzione ai profili e/o elementi di eventuale responsabilità amministrativa e contabile del magistrato, dei dirigenti e funzionari amministrativi.

⁸ L'attività di verifica ordinaria consiste in una programmata attività di controllo: 1. della funzionalità degli uffici giudiziari, finalizzati a rilevare eventuali irregolarità, omissioni o carenze suscettibili di segnalazione alle competenti Direzioni Generali ed al Gabinetto del Ministro; 2. della efficiente e razionale organizzazione dei servizi degli uffici giudiziari; 3. della corretta e congrua utilizzazione del personale e del relativo *standard* di rendimento, in termini di efficienza, adeguatezza e tempestività della risposta alla domanda di giustizia del territorio; del rispetto da parte degli uffici delle previsioni e bilancio di flusso e definizione degli affari giudiziari, secondo le previsioni fissate dai medesimi uffici per singoli settori giurisdizionali.

⁹ Per una analisi delle forme di esercizio del potere ispettivo, v. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., 292 e ss.; V. NICOSIA, *Ispettori, ispezioni e inchieste del Ministero di Grazia e Giustizia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 2, 249.

settori dell'Ufficio, al fine di accertare, in modo più approfondito, la produttività degli uffici, nonché l'entità e la tempestività del lavoro dei singoli magistrati (art. 7, comma 3, L. n. 1311/1962, come sostituito dall'art. 1 L. 16 ottobre 1988, n. 432).

Le inchieste amministrative¹⁰, di contro, sono tendenzialmente rivolte alla verifica di fatti ed episodi concreti circoscritti – e già individuati – di presunta violazione, al fine di accertare la loro effettiva sussistenza nei termini in cui fin dall'inizio sono stati oggetto di denuncia o di rappresentazione. Le inchieste vertono sul personale appartenente all'Ordine giudiziario e su qualsiasi altra categoria di personale dipendente dal Ministero della Giustizia. La relativa attività è circoscritta nell'oggetto e non può estendersi al di fuori di esso, se non per effetto di integrazione o nuovo mandato ispettivo¹¹.

Espressione del potere di inchiesta, in attuazione della funzione di diretta collaborazione col Ministro della Giustizia, sono i compiti istruttori¹² assegnati all'Ispettorato Generale per l'accertamento, mediante interlocuzione con le competenti Autorità giudiziarie distrettuali, di notizie suscettibili di valutazione a fini disciplinari nei riguardanti dell'operato di magistrati¹³.

Nell'esercizio dei poteri di inchiesta amministrativa o di accertamento preliminare mediante acquisizione documentale, l'attività dell'Ispettorato Generale è volta alla raccolta di tutti gli elementi (giuridici e di fatto) funzionali ad una meditata

¹⁰ L'inchiesta amministrativa si sostanzia in un'attività di accertamento preliminare funzionale all'esercizio del potere di iniziativa disciplinare del Ministro, come tale da tenersi distinta dal potere istruttorio attribuito ex art. 32 del r. d. lgs. 31 maggio 1946, n. 511 alla Procura generale presso la Corte di cassazione od alla sezione disciplinare del C.S.M. Purtuttavia, in sede di inchiesta può essere sentito anche il soggetto potenziale incolpato, se intende sottoporsi ad esame, con le garanzie di assistenza difensiva.

¹¹ Oltre al richiamato rapporto funzionale diretto con il Ministro, l'art. 8 della l. 24 marzo 1985 n. 195 assegna all'Ispettorato Generale uno specifico compito istruttorio in sede disciplinare per conto del C.S.M., di cui può avvalersi «per esigenze relative all'esercizio delle funzioni ad esso attribuite». Si pensi al caso di indagini conoscitive sulla situazione, i carichi di lavoro e la produttività di determinati uffici, notizie e dati obiettivi sull'esperienza, la professionalità e l'entità del lavoro di certi magistrati (in relazione, anche, al passaggio di qualifica od a domande di conferimento di funzioni); ovvero, in modo più penetrante, accertamenti mirati mediante inchieste sulla condotta di magistrati o su specifiche attività svolte presso determinati uffici giudiziari. Sul tema, cfr. V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., pp. 84-85, che evidenzia la necessità che l'ordine fissi in modo puntuale l'oggetto ed eventuali modalità dell'indagine; V. NICOSIA, *Ispettori, ispezioni e inchieste del Ministero di Grazia e Giustizia*, cit.

¹² Sulla natura procedimentale dell'ispezione ministeriale, sotto il profilo strutturale, quale mera acquisizione di scienza interna alla p.a. e momento neutro rispetto alla successiva contestazione di illegittimità nei confronti dell'ispezzionato ad opera di atti aventi rilevanza esterna, V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., 62, ove si evidenzia che nella prassi l'atto ispettivo consiste in attività acquisitiva di elementi (atti e documenti) di giudizio a fini di controllo o disciplinari.

¹³ Nel senso della scarsa utilità di una distinzione tra ispezione e altre forme di controllo ispettivo (indagini conoscitive, indagini specifiche, accertamenti diretti), v. V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, cit., 292 e ss., ove si evidenzia che le indagini preliminari e gli accertamenti diretti presentano sostanziali affinità strutturali e funzionali con l'ispezione, ed anzi nella prassi si rinviene un uso promiscuo ed alternativo delle diverse forme di esercizio del potere ispettivo. Per una distinzione concettuale formale tra l'ispezione e l'inchiesta, che ha carattere di eccezionalità e un più accentuato aspetto inquisitorio e repressivo – nel cui novero rientrano quelle disposte dal Ministro della Giustizia sui magistrati – v. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative*, cit., 133.



3/2019

valutazione dell'opportunità della iniziativa disciplinare o alla segnalazione di eventuali situazioni di incompatibilità al Consiglio Superiore della Magistratura.

3. La ricerca di un equilibrio tra potere ispettivo del Ministro e segreto investigativo.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, con numerose deliberazioni consiliari, in forma di risoluzioni e risposta a quesiti formulati dagli uffici giudiziari, ha individuato i principi di fondo che devono orientare i rapporti tra autorità giudiziaria ed autorità ispettiva, quando sia ipotizzabile il rischio che l'esercizio del potere ispettivo possa interferire con l'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale, costituzionalmente tutelata, perché incidenti su attività giurisdizionale in corso e per il pericolo di compromissione dell'attività investigativa in una fase in cui la stessa sia ancora coperta da segreto.

Occorre premettere in via generale che dai poteri di intervento attribuiti al C.S.M., specie nell'esercizio della funzione consultiva, esulano tutte le norme che attengono all'interpretazione della legge sostanziale, ovvero disciplinano la forma, il contenuto e i modi di esercizio dell'azione, l'iniziativa e l'intervento del PM, gli atti e i provvedimenti del giudice e l'attività processuale in genere, non potendo l'Organo di autogoverno procedere ad una interpretazione ermeneutica delle norme processuali – nell'ipotesi in esame – in tema di tutela del segreto, in particolare dell'art. 329 cod. proc. pen., nonché dell'art. 116 cod. proc. pen., che disciplina il diritto "degli interessati" ad ottenere il rilascio di copie degli atti del procedimento.

Sullo specifico tema della tutela della segretezza degli atti di indagine, il Consiglio ha affermato in via principio che, pur se «non spetta al Consiglio dettare regole in ordine all'esercizio dei poteri di sorveglianza attribuiti al Ministro», tuttavia, lo stesso, quale organo preposto alla tutela dell'indipendenza e dell'autonomia della Magistratura, ha la piena legittimazione «a formulare principi, criteri e direttive che abbiano come destinatari i magistrati ed i dirigenti degli uffici giudiziari presso cui si svolgono gli accertamenti ministeriali»¹⁴. Tutti gli interventi attuati dal C.S.M. in materia perseguono, dunque, l'esclusiva finalità di garantire «l'indipendenza e l'autonomia della magistratura» e «di dare indicazioni per regolare il dispiegarsi di rapporti istituzionali concernenti la funzione giudiziaria»¹⁵.

Tale esigenza di garanzia si manifesta ancor più quando l'autorità giudiziaria sia soggetta ad attività ispettiva svolta nelle forme della inchiesta amministrativa¹⁶ ex art. 12

¹⁴Delibera C.S.M. del 9 marzo 1994. Per una ricostruzione compiuta degli interventi del Consiglio Superiore della Magistratura in tema di rapporti tra segreto investigativo e potere di inchiesta, cfr. V. NICOSIA, *Segreto investigativo ed inchieste ministeriali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 3, 367.

¹⁵ In tal senso, cfr. le delibere C.S.M. dell'8 aprile 2010 e del 13 febbraio 2013.

¹⁶ Negli orientamenti consiliari, trasfusi nelle indicate delibere C.S.M. del 9 marzo 1994, del 24 luglio 2003, nella risoluzione dell'8 aprile del 2010 e nella delibera del 13 febbraio 2013, si delineano gli spazi riservati al potere ispettivo in ragione della diversa natura delle attività di verifica costituenti prerogative costituzionali del Ministro, quali risultano dall'art. 107 Cost. (titolarità dell'azione disciplinare) e 110 Cost. (competenza in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi).

della legge n. 1311 del 1962, il cui legittimo esercizio può riguardare anche attività svolte dai magistrati in procedimenti in cui sono in corso indagini, potendo rendersi necessaria anche la conoscenza delle risultanze delle investigazioni in corso al fine di acquisire elementi suscettibili di valutazione disciplinare¹⁷.

La funzione cui intende assolvere l'Organo consiliare è, dunque, quella di indicare criteri di orientamento per i magistrati nei rapporti con l'autorità ispettiva.

In coerenza con «i principi di leale collaborazione nell'amministrazione della Magistratura, che, secondo il disegno costituzionale, devono ispirare l'esercizio delle concorrenti competenze del Consiglio Superiore della Magistratura e del Ministro della Giustizia», da un lato, si individua a carico dei magistrati un dovere di piena collaborazione nei confronti degli ispettori incaricati delle inchieste, dall'altro si riconosce che «il pieno riconoscimento dei poteri ministeriali di ispezione e di inchiesta non esclude l'esistenza di limiti al loro concreto esercizio, a salvaguardia dell'indipendenza del magistrato e del principio correlato della insindacabilità dell'attività giudiziaria»¹⁸.

In concreto, se in astratto il superamento dei limiti formali posti a tutela del segreto investigativo è compatibile con l'esercizio dei poteri ispettivi di inchiesta o di verifica in ambito predisciplinare, in ragione del richiamato dovere di leale collaborazione, l'ostensibilità di atti ancora segretati *ex art. 329 cod. proc. pen.* non potrà comunque operare in pregiudizio del positivo sviluppo delle indagini penali e la sicurezza delle persone. In tal caso, si ammette che il magistrato possa rifiutare o ritardare le informazioni o i dati richiesti, ove sussista concreto pericolo legato allo specifico momento processuale¹⁹.

Il c.d. "rischio di interferenza processuale", individuato dalla delibera del 9 marzo 1994 quale elemento legittimante l'opposizione del rifiuto o la ritardata consegna motivata degli atti alla richiesta ispettiva in sede di inchiesta o di accertamento predisciplinare, viene specificato in successivi interventi consiliari. Nella specie, con Risoluzione dell'8 aprile 2010, il C.S.M. ha riconosciuto che «il P.M. ha il potere/dovere di negare l'accesso all'atto segreto qualora ciò possa determinare rischi per l'indagine ovvero la richiesta non sia giustificata; viceversa, potrà consentire tale accesso nel caso in cui tali rischi non siano riscontrabili e la richiesta sia giustificata dal mandato ispettivo».

Del resto, già con delibera del 24 luglio 2003, si evidenziava la necessità che le forme e le modalità di accesso agli atti del procedimento in fase di indagini preliminari da parte dell'Ispettorato Generale debbano essere comunque «concordate ed in ultima istanza decise» con il pubblico ministero titolare delle indagini, escludendo che le valutazioni opposte circa la sussistenza di un rischio di pregiudizio per le indagini possano essere oggetto di sindacato di merito esterno da parte dell'organo ministeriale.

Sulla base delle indicazioni fornite dal Consiglio si rileva, dunque, che è pienamente legittimo l'esercizio del potere ministeriale di inchiesta ai sensi dell'art. 12

¹⁷ Cfr., sul punto, le delibere del 9 marzo 1994 e del 13 febbraio 2013

¹⁸ V. delibera C.S.M. del 24 luglio 2003.

¹⁹ Delibera C.S.M. del 9 marzo 1994



3/2019

della legge n. 1311 del 1962 che abbia ad oggetto attività giudiziaria ed investigazioni in corso.

A fronte di tale potere di inchiesta deve ritenersi superato il divieto formale di comunicazione degli atti di indagine ancora segreti *ex art. 329 cod. proc. pen.*, configurandosi a carico dei magistrati, in attuazione del principio di leale collaborazione, il dovere di consegnare tali atti.

L'unico limite è costituito dal «pericolo di compromissione dell'attività investigativa in corso», che, ove sussistente, consente al magistrato di opporre un rifiuto motivato o ritardare la consegna degli atti ancora coperti da segreto.

Il criterio orientativo dettato dall'Organo di autogoverno trova fondamento nell'art. 16, comma 6, del decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109, recante la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, ove, nel disciplinare le indagini ed il potere di archiviazione del Procuratore Generale della Corte di Cassazione, si riconosce espressamente la possibilità, al fine di esercizio dell'azione disciplinare, di acquisire atti coperti da segreto investigativo, «senza che detto segreto possa essergli opposto». L'acquisizione di atti coperti da segreto investigativo può essere impedita solo nel caso in cui il procuratore della Repubblica comunichi, con atto motivato, che dalla divulgazione degli atti del procedimento «possa derivare un grave pregiudizio alle indagini». In questa ipotesi «il Procuratore dispone, con decreto, che detti atti rimangano segreti per un periodo non superiore a dodici mesi e sospende il procedimento disciplinare per un analogo periodo».

La previsione accorda indubbia prevalenza alla tutela della segretezza delle indagini, ma introduce un meccanismo di bilanciamento dei rapporti tra il Procuratore Generale, titolare dell'azione disciplinare ed il P.M., titolare della gestione del procedimento nella fase delle indagini preliminari.

Nel conflitto tra l'esigenza di tutela del segreto investigativo e l'opposta esigenza di consentire la più ampia attività utile all'accertamento predisciplinare, il punto di equilibrio – riconosciuta la prevalenza dell'esigenza di segretezza degli atti – è dato dalla condizione, imposta al Procuratore della Repubblica cui gli atti siano stati richiesti, di specificare i motivi che giustificano il paventato pericolo che la consegna degli atti possa cagionare un grave pregiudizio alle indagini.

Inoltre, il citato art. 16, comma 6, prevede un limite temporale alla prevalenza accordata all'interesse investigativo, in quanto la consegna degli atti richiesti a fini di accertamenti preliminari del P.G. può essere ritardata per la durata massima di dodici mesi, prorogabili, su richiesta del Procuratore della Repubblica, di sei mesi ovvero di un anno, qualora si proceda per i reati di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p., con conseguente sospensione *ex lege* del procedimento disciplinare²⁰.

²⁰Il vincolo di segretezza degli atti non elide il potere di acquisizione degli stessi da parte del Procuratore Generale. Questi può, infatti, in via ordinaria prendere visione degli atti che devono essergli obbligatoriamente consegnati, e, solo in caso di motivato grave pregiudizio per le indagini, disporre con decreto che gli atti restino temporaneamente segreti e la sospensione del procedimento disciplinare.



3/2019

La disciplina dettata dall'art. 16, comma 6, del d. lgs. n. 109 del 2006, pur specificamente riferita alle indagini ed al potere di archiviazione del P.G., appare pacificamente estensibile – nei limiti in cui sia compatibile – all'esercizio dei poteri istruttori predisciplinari del Ministro della Giustizia, co-titolare dell'iniziativa disciplinare nei confronti dei magistrati²¹.

Nell'analisi esegetica svolta dal C.S.M. il principio che ispira tale disciplina assume una valenza più generale e consente di estrapolare criteri di orientamento utili all'individuazione di limiti analoghi all'attività di inchiesta svolta dall'Ispettorato in ragione della tutela del segreto investigativo.

Del resto, l'attività di inchiesta e di accertamento predisciplinare svolta dall'organo ispettivo si presenta parallela rispetto alla attività di indagine nel procedimento disciplinare svolta dal Procuratore Generale, con riguardo al profilo della tutela della segretezza, di cui condivide la natura amministrativa.

4. La segretezza degli atti.

L'elaborazione dei principi sottesi alla disciplina dell'interferenza tra attività giurisdizionale e potere amministrativo (nella specie, potere ispettivo attribuito all'articolazione ministeriale), ed il limite imposto dalla concreta possibilità di un *vulnus* alla riservatezza delle indagini in corso, non costituisce momento di interpretazione delle norme del codice di procedura penale, ma diretta attuazione del principio di leale collaborazione dei magistrati nel concorrere a realizzare le condizioni per un efficace esercizio, da parte del Ministro, per mezzo dell'Ispettorato Generale, delle funzioni di sorveglianza finalizzate al promovimento dell'azione disciplinare e, al contempo, della garanzia di indipendenza e autonomia della magistratura nell'esercizio della funzione giurisdizionale²².

Nel nostro ordinamento processuale, il segreto investigativo viene disciplinato dall'art. 329 cod. proc. pen. ed è connesso alla legittima possibilità di averne conoscenza per l'imputato «e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari»²³. La

²¹La contitolarità, in capo al Ministro e al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, dell'azione disciplinare è espressa dal carattere unitario dell'iniziativa disciplinare, ai sensi dell'art. 14 del d. lgs. n. 109 del 2006.

²²Sulla configurazione di un vero e proprio obbligo al segreto degli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria (a iniziativa o su delega), il cui orizzonte temporale è, in via generale, individuato al momento in cui l'indagato può averne conoscenza e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari, secondo il comb. disp. degli artt. 329 comma 1, 405 e 407 cod. proc. pen., cfr. QUERQUI MARCO, *Obbligo del segreto e divieto di pubblicazione di atti ed immagini*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 8, 1034. L'Autore evidenzia altresì come la giurisprudenza di legittimità esclude che sussista un principio generalizzato e inderogabile di segretezza delle indagini tale da impedire al P.M. la piena *discovery*, ma esclusivamente il riconoscimento di un potere di segretezza da esercitarsi solo quando sia necessario per la prosecuzione delle indagini. Sul medesimo tema, cfr. GRISOLIA, *Art. 329*, in A. Giarda – G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. II, V. ed., Milano, 2017.

²³BARTOLI, [Tutela penale del segreto processuale e informazione per un controllo democratico sul potere giudiziario](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, 61, che distingue tra tutela del segreto c.d. interno, previsto dall'art. 329

disciplina è improntata alla segretezza degli atti – e non della fase processuale – riguardando tutti gli atti non conoscibili dall’indagato e dal difensore. La segretezza viene meno nel momento in cui questi gli atti divengono conoscibili, anche prima della chiusura delle indagini preliminari, se depositati o in altro modo utilizzati nel procedimento²⁴.

Anche quando tali atti diventano conoscibili, il comma 3, lett. a), dell’art. 329 cod. proc. pen. prevede che il pubblico ministero – ove ne ravvisi la necessità per la prosecuzione delle indagini – può disporre con decreto motivato la segretazione per singoli atti «quando l’imputato lo consente o quando la conoscenza dell’atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone»²⁵.

Il momento del venir meno della segretezza degli atti non può avere carattere esaustivo. L’art. 329 cod. proc. pen. è norma descrittiva di una categoria “tipica” di atti coperti da segreto, non avendo la pretesa di avere carattere esaustivo della categoria degli atti segreti²⁶.

Del resto, la necessaria attribuzione al previo vaglio dell’autorità giudiziaria precedente di eventuali eccezioni o deroghe al segreto investigativo risponde ad un sistema di garanzia della funzionalità delle indagini²⁷.

cod. proc. pen. e tutela del segreto c.d. esterno che riguarda ulteriori limiti conoscitivi rispetto ad atti già noti o conoscibili rispetto al primo, al fine di proteggere da possibili interferenze esterne al processo una pluralità di interessi diversi e ulteriori dal segreto investigativo, quali il libero convincimento del giudice, la reputazione, la presunzione di innocenza, nella riservatezza delle parti coinvolte nel procedimento.

²⁴ BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione per un controllo democratico sul potere giudiziario*, cit., 60, che evidenzia che “si è passati da una segretezza “assoluta”, in quanto nella fase istruttoria il segreto non cadeva mai risultando tutti gli atti inconoscibili, a una segretezza “relativa”, in quanto adesso già durante le indagini preliminari il segreto cade proprio nel momento in cui gli atti diventano conoscibili dall’indagato”. Per un compiuto inquadramento della tematica, cfr. F. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, p. 63 ss.

²⁵ Espressione del medesimo potere di segretazione del pubblico ministero è quello di cui all’art. 391-*quinquies*, comma 1, cod. proc. pen. (“se sussistono specifiche esigenze attinenti all’attività di indagine, il pubblico ministero può, con decreto motivato, vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell’indagine di cui hanno conoscenza”). Il divieto di pubblicazione degli atti coperti dal segreto è previsto dall’art. 114, comma 1, cod. proc. pen. in senso assoluto non essendo consentita la pubblicazione totale o parziale o per riassunto.

²⁶ La violazione dell’obbligo di deposito, nel legittimo esercizio del potere del p.m. di selezione degli atti di indagine, alla luce di una unitaria lettura delle disposizioni di cui agli artt. 415-*bis*, 416, comma 2, cod. proc. pen. e 130 disp. att. cod. proc. pen., è sanzionato con l’inutilizzabilità degli atti. Sul tema, cfr. T. BENE, *L’avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, 149; BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini: l’effettività della discovery garantisce il sistema*, cit.

²⁷ L’approdo è espresso in via incidentale da Corte Cost., sent. 7 novembre 2018, n. 229, con commento di G. LEO, [La Corte Costituzionale sulle prerogative del pubblico ministero in merito alla diffusione di informazioni concernenti investigazioni in atto](#), in questa *Rivista*, 7 dicembre 2018. Con la citata sentenza la Corte ha definito il giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri promosso dal Procuratore della Repubblica di Bari nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri a proposito dell’art. 18, comma 5, del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 177, in relazione alla prevista comunicazione delle informative di reato in via gerarchica ai vertici delle forze dell’ordine.



3/2019

Con riferimento al caso oggetto del quesito²⁸, in cui l'Ispettorato ha richiesto l'acquisizione di atti di un procedimento archiviato, il P.M. inquirente ha prospettato la segretezza delle "notizie riguardanti indagini", alle quali non è stato dato accesso alle parti private, desumibile in concreto dalla iscrizione degli indagati nel relativo registro con nomi di fantasia. Inoltre il Procuratore ha chiesto di conoscere la propria legittimazione passiva alla richiesta ispettiva, potendo verificarsi un aggiramento della competenza ai sensi dell'art. 166 cod. proc. pen. in tema di accesso e copia agli atti del procedimento archiviato²⁹.

In via generale, quanto alla possibilità di opporre alla richiesta di consegna degli atti il segreto investigativo degli stessi (viepiù nel caso di procedimento archiviato) deve rilevarsi come, anche alla luce dell'analisi delle deliberazioni consiliari, per l'individuazione degli atti coperti da segreto non può che farsi riferimento al citato art. 329 cod. proc. pen.³⁰, disposizione che pone il momento di desecretazione nella chiusura delle indagini preliminari³¹.

²⁸ A fronte della richiesta dell'Ispettorato di trasmettere gli atti delle intercettazioni (brogliacci e trascrizione parziale delle captazioni trasfuse in una informativa della Guardia di Finanza) inseriti agli atti del procedimento archiviato ed utilizzati in un diverso procedimento, il Procuratore ha chiesto al Consiglio se detta consegna fosse dovuta, evidenziando come detti atti, in quanto compresi in un procedimento archiviato, non sono stati "depositati formalmente" in precedenza e sono per tale sola ragione da ritenere coperti da "segreto".

²⁹ Nell'articolato del quesito posto dal Procuratore al Consiglio si chiede di conoscere se, dando risposta alla richiesta dell'Ispettorato «si porrebbe al risultato dell'acquisizione delle notizie riguardanti indagini», in violazione dell'art. 116 cod. proc. pen., che attribuisce alla competenza del G.I.P. la decisione di provvedere, su parere del P.M., in ordine alla richiesta di copie dei singoli atti in caso di procedimento archiviato.

³⁰ Il sistema delineato dall'art. 329 cod. proc. pen. a tutela del segreto investigativo prevede, al fine di attuare un contraddittorio preventivo o successivo, vari momenti in cui si realizza la *discovery* e la difesa viene posta a conoscenza degli atti di indagine, così realizzando un contraddittorio imperfetto, in linea con il disposto dell'art. 111, comma 2, Cost. Per un approfondimento sul tema del segreto investigativo, CARINI, *Segreto d'indagine*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2005, 1513 ss.; FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005; GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989; ID., *Segreto: X) Segreto processuale – Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998; MALINVERNI – TONINI, *Segreto: III) Segreto istruttorio*, *ivi*, 1992; MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003; RIVELLO, *Segreto (profili processuali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, 90.

³¹ L'obbligo di deposito, a pena di inutilizzabilità, contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, degli atti delle indagini preliminari incontro un limite nell'esercizio legittimo del potere di secretazione degli atti attribuito all'organo inquirente dall'art. 329, comma 3, cod. proc. pen., nei casi in cui l'ostensione al difensore dell'indagato dei risultati dell'attività di indagine sia idonea a pregiudicare alle indagini ancora in corso nei confronti di altri soggetti o dello stesso imputato, ma per altri reati, in relazione ai quali le investigazioni non siano ancora concluse e risultino tuttora soggette all'obbligo del segreto (Cass. pen., Sez. 1, Sentenza n. 22164 del 05/07/2016, Aprea, in *CED Cass.* 270261, in relazione agli esiti di intercettazioni telefoniche effettuate nel corso delle indagini a carico dell'imputato, in cui si evidenzia che il citato limite trova espresso riconoscimento normativo nell'art. 268, commi quarto, quinto e sesto, cod. proc. pen.). Costituisce principio acquisito nell'elaborazione giurisprudenziale di legittimità che il mancato deposito da parte del pubblico ministero, unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, di parte della documentazione relativa alle indagini espletate non è causa di nullità della richiesta, ma comporta soltanto l'inutilizzabilità degli atti non trasmessi (*ex plurimis*, Cass. pen., Sez. 3 n. 49643 del 22/09/2015 in *CED Cass.* 265552; Sez. 1 n. 19511 del 15/01/2010, in *CED Cass.* 247192; Sez. 4 n. 47497 del 19/11/2008, in *CED Cass.* 242762).

Come detto, l'art. 329, comma 1 cod. proc. pen. non consente in via ordinaria la possibilità di segretazioni che si protraggano oltre la chiusura delle indagini preliminari³², né, si osserva³³, si rinviene nell'ordinamento una norma che legittimi il pubblico ministero alla esclusione dal proprio fascicolo di taluni atti ivi contenuti³⁴.

Deve, tuttavia, evidenziarsi che l'opponibilità del segreto degli atti alla richiesta di acquisizione in sede ispettiva, espressa dalla possibilità di rifiuto o ritardo della consegna, deve essere funzionale all'esigenza di evitare che la consegna degli atti possa compromettere investigazioni in corso, secondo quanto previsto dall'art. 16, comma 6, del d. lgs. n. 109 del 2006³⁵.

La nozione di segretezza degli atti³⁶, dunque, nella descritta ottica di evitare pregiudizio all'attività investigativa in corso, deve essere svincolata dalla fase processuale delle indagini preliminari – cui ordinariamente attiene – potendo acquisire rilievo in tutte quelle altre situazioni in cui il pubblico ministero può legittimamente compiere attività investigative, anche in fasi successive a quella della chiusura delle indagini preliminari³⁷.

³² Il principio di completezza delle indagini preliminari esclude un generalizzato potere di selezione in capo al pubblico ministero circa il materiale da sottoporre al vaglio del giudice, potendo l'organo requirente selezionare gli elementi sui quali fondare la richiesta di rinvio a giudizio, ma non quelli che il giudice pone a base della decisione.

³³ BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2010, 1283, secondo cui, anzi, «sono numerose le prescrizioni normative dalle quali desumere l'efficacia cogente dell'obbligo di consentire all'indagato l'accesso all'intero contenuto del fascicolo relativo alle indagini preliminari, senza eccezione alcuna».

³⁴ BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2010, 1283. L'autore evidenzia che, «per ottenere la "rimozione" di un atto coperto da segreto di Stato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha dovuto addirittura ricorrere ad un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, proprio in ragione della illegittimità di qualsiasi espunzione praticata unilateralmente dal pubblico ministero». Opportuno, sul punto, il richiamo a C. cost., 24 luglio 2000, n. 344, in *Giur. cost.*, 2000, 2513, con nota di SPANGHER, *Archiviazione e trasmissibilità al gip degli atti coperti dal segreto di Stato*.

³⁵ Sul potere del pubblico ministero di selezione del contenuto degli atti esercitabile anche nella fase cautelare del procedimento e sui limiti funzionali alla segretezza, cfr. E. RANIERI, *Segreto investigativo e diritto di difesa della persona sottoposta a misura cautelare: quale giusto contemperamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1, 81 (nota a Cass. pen. Sez. 6, 18 dicembre 2015, n. 3358).

³⁶ Occorre evidenziare che il reato di rivelazione di segreti di ufficio (326 cod. pen.), con riferimento alla segretezza del dato giudiziario, è integrato dalla rivelazione di informazioni sugli esiti delle indagini in corso, sul presupposto che l'agente sia consapevole della pendenza del procedimento penale (*ex plurimis*, Cass. pen., Sez. 6, n. 25677 del 16/03/2016, in *CED Cass.* n. 266967). Sul tema, in dottrina, cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 3 ed., Milano, 2013, pp. 344 ss.

³⁷ Cfr. CASSIBBA, *L'attività integrativa d'indagine*, in *Cass. pen.*, 2014, 10, 3542. La previsione dell'art. 415-bis cod. proc. pen. assicura all'indagato la possibilità (quantomeno in astratto) di vedere definita tempestivamente la propria posizione processuale, mediante archiviazione, consentendo un pieno accesso agli atti e la possibilità di esperire compiutamente le proprie difese. Con l'avviso di chiusura delle indagini e la previsione dell'obbligo di deposito degli atti di indagine compiuti l'indagato deve essere messo nelle condizioni di conoscere la natura ed i motivi dell'accusa formulata nei suoi confronti, attuando una forma di contraddittorio preprocessuale. In tal senso, l'istituto costituisce attuazione dei principi costituzionali del giusto processo, di cui all'art. 111, comma 3, Cost., e del diritto di difesa, riconosciuti anche dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.



3/2019

Tale è, ad esempio, l'attività integrativa di indagine compiuta dal p.m. dopo la richiesta di rinvio a giudizio e durante lo svolgimento dell'udienza preliminare, nell'ottica della piena *discovery*, oggetto dell'invito alla trasmissione formulato dal G.I.P. ai sensi dell'art. 419, comma 3, cod. proc. pen.³⁸ Ovvero, più in generale, l'attività svolta ai sensi dell'art. 430 cod. proc. pen., potendo il pubblico ministero legittimamente compiere attività integrativa di indagine, seppur con i prescritti limiti degli atti per i quali è prevista la garanzia di partecipazione assistita dell'imputato, anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio e durante la fase del dibattimento.

Del pari, nelle ipotesi di attività suppletiva di indagine svolta dal pubblico ministero in esecuzione delle indicazioni espresse dal GIP con ordinanza *ex art.* 409, comma 3, cod. proc. pen. a seguito della richiesta di archiviazione³⁹ ovvero nel corso dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 421-*bis* cod. proc. pen.

Può, dunque, affermarsi la permanenza di un potere investigativo – e di iniziativa probatoria del pubblico ministero nel processo – che può essere svolto nel periodo successivo alla chiusura delle indagini preliminari ed anche nell'udienza preliminare e nella fase del dibattimento, potendo emergere esigenze probatorie riferibili ad un determinato segmento processuale funzionali all'accertamento nell'interesse delle parti processuali e dei diritti della difesa⁴⁰.

L'acquisizione di tali atti, ancora da ritenersi coperti da segreto pur se formalmente esterni al perimetro dell'art. 329 cod. proc. pen., prima del rituale ed obbligatorio deposito dell'esito delle investigazioni in via astratta è idoneo a provocare nocumento alle indagini in corso.

³⁸ Costituisce principio consolidato l'affermazione del potere del giudice del dibattimento di disporre l'acquisizione, su sollecitazione della difesa o anche d'ufficio *ex art.* 507 cod. proc. pen., degli atti non trasmessi che risultino favorevoli all'imputato, fermo restando, peraltro, il potere del pubblico ministero di rifiutare, per ragioni connesse al corretto svolgimento delle indagini in corso per altri reati o a carico di altri soggetti, l'esibizione di atti contenenti elementi che devono rimanere coperti dal segreto, nei limiti e con le forme stabilite dall'art. 329 del codice di rito (Sez. 1, Sentenza n. 22164 del 05/07/2016, Aprea, cit.; Sez. 1 n. 18362 del 16/04/2002, in *CED Cass.* 221444). La sanzione della inutilizzabilità – e non della nullità – degli atti "occultati" alle difese degli indagati, per effetto della violazione dell'obbligo di trasmissione delle indagini integrative svolte dal p.m. dopo la richiesta di rinvio a giudizio, infatti, consente la possibilità di acquisizione dei suddetti documenti in dibattimento *ex art.* 507 cod. proc. pen. (con riferimento al caso di acquisizione di documentazione bancaria, cfr. Cass. pen., Sez. 3, 29 aprile 2014, n. 43552, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 6, 695, con nota critica di INNOCENTI, *Violazione della discovery e poteri di integrazione probatoria del giudice ex art. 507 cod. proc. pen.*).

³⁹ L'ordinanza emessa dal G.I.P. ai sensi dell'art. 409, comma 4, cod. proc. pen., a conclusione dell'udienza camerale, con il quale si indicano all'organo d'accusa le nuove indagini da svolgere, per parte della dottrina rappresenta una parentesi interlocutoria all'interno del procedimento di archiviazione, per altra parte espressione del potere integrativo di indagine del p.m., costituendo atto definitorio della procedura incidentale e rigetto della richiesta di chiusura avanzata. Per una compiuta ricostruzione del dibattito dottrinale, cfr. E. GATTO, *Richiesta di archiviazione a seguito di indagini "coatte" e poteri del G.I.P.: dalle Sezioni unite una pronuncia chiarificatrice*, in *Giur. It.*, 2011, 4 (nota a Cass. pen. Sez. U, 27 maggio 2010, n. 23909, che afferma la legittimità di un provvedimento di archiviazione *de plano* a seguito di nuova richiesta presentata dal p.m., all'esito delle indagini suppletive indicate, in assenza di opposizione della persona offesa).

⁴⁰ Per una analisi critica del tema, cfr. FALATO, *Nuovi spazi probatori nella fase tra la conclusione delle indagini preliminari e l'inizio dell'udienza preliminare*, in *Giur. It.*, 2010, 5.



3/2019

Anche per tali atti, dunque, a fronte di una richiesta istruttoria dell'Organo ispettivo, secondo le linee direttive fornite dal C.S.M., incombe sul pubblico ministero che intenda rifiutare o ritardare la consegna l'onere di motivarne il vincolo di segretezza degli atti e la sussistenza di un grave pericolo di compromissione delle indagini.

Onere motivazionale del rifiuto che deve ritenersi rafforzato («la motivazione del rifiuto dovrà essere più rigorosa», secondo la Delibera C.S.M. del 18 novembre 2018 in esame) rispetto ad atti investigativi successivi od esterni alla fase delle indagini preliminari, in quanto atti non tipicamente coperti da segreto ai sensi dell'art. 329 cod. proc. pen., dovendosi dar conto sia delle ragioni per le quali quegli atti non siano stati ancora depositati e, quindi, non siano già conosciuti o conoscibili dalle parti, che delle esigenze procedurali che ne rendono necessaria la segretezza.

Onere motivazionale che, di contro, è facilitato – ma certamente non escluso – nel caso in cui la richiesta acquisitiva avvenga in pendenza del procedimento nella fase delle indagini preliminari, avendo ad oggetto atti pacificamente coperti da segreto, la cui consegna può oggettivamente generare il rischio di una compromissione delle attività investigative ancora in corso.

Proprio la previsione oggettiva di un siffatto rischio di interferenza con le indagini in corso giustifica, del resto, la previsione ai sensi dell'art. 16, co. 4, del d. lgs. n. 109 del 2006, che riconosce al Procuratore Generale della Corte di Cassazione, nell'ipotesi in cui il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari, il potere (discrezionale) di sospendere le indagini nel procedimento disciplinare, così astenendosi dal dare seguito alla richiesta degli atti.

L'estensione della categoria degli atti coperti da segreto e la limitazione funzionale della sussistenza di un grave pregiudizio per le indagini rende, dunque, più ristretto l'ambito di opponibilità del rifiuto della consegna a fronte di richiesta diretta alla acquisizione degli atti di un procedimento archiviato.

5. La legittima acquisizione di atti di un procedimento archiviato.

Nel caso in esame, come detto, la richiesta di acquisizione formulata dall'Ispettorato Generale riguarda atti nella disponibilità del p.m. in quanto oggetto di un procedimento già archiviato. L'Ufficio ha paventato il rischio di un indebito accesso ad atti di indagine – nella specie, esiti di intercettazioni disposte in un diverso procedimento⁴¹ – coperti da segreto⁴² perché non ostensibili alle parti.

⁴¹ L'attività di captazione, disposta in un procedimento iscritto in relazione al solo reato di cui all'art. 416-bis cod. pen., era stata anticipatamente interrotta su richiesta della polizia giudiziaria, che aveva segnalato l'inutilità di proseguirla, «non avendo prodotto elementi particolarmente significativi ai fini dell'indagine in corso».

⁴² Al Procuratore è stato richiesto di riferire in ordine alla attività di indagine svolta con riferimento nel procedimento «e se siano state depositate annotazioni di PG nel medesimo procedimento». In riscontro alla richiesta il Procuratore ha trasmesso i soli atti relativi alla fase del dibattimento, rifiutando l'invio di quelli contenuti nel fascicolo risultante dal provvedimento di stralcio ed archiviato (nella specie, i brogliacci relativi all'utenza intercettata, l'annotazione integrale della Guardia di Finanza sul riascolto delle captazioni,

Al di là della addotta circostanza della necessità di iscrizione degli indagati con “nomi di fantasia”, peraltro rivelatasi indimostrata⁴³, in concreto il rifiuto di trasmissione degli atti non è motivato con riferimento a specifiche esigenze investigative da tutelare, ma si fonda sul solo fatto che gli atti del procedimento archiviato” non sono stati depositati “in precedenza” e che, pertanto, “sono coperti da segreto”.

Tale argomento, secondo il C.S.M., è del tutto “formale” e, soprattutto, fondato su un’equiparazione non condivisibile tra atti “non conosciuti” nè “conoscibili” alle parti perché non depositati – in assenza di detto adempimento tali atti non sono disponibili per carenza di legittimazione – e quella di “atti coperto da segreto”, anche nell’accezione più ampia, riferibile a situazioni processuali in cui, per la mera pendenza di indagini, gli atti giuridicamente non sono ostensibili.

In particolare, il procedimento già archiviato deve intendersi definito e non più pendente. Alle parti private legittimate è garantito l’esercizio del diritto di accesso, previa autorizzazione del G.I.P.

Peraltro, si presenta di natura meramente astratta (e non attualmente concreto) l’interesse l’investigativo ad utilizzare gli atti del procedimento archiviato, non conosciuti né conoscibili da parte dei privati, prospettandosi solo come mera eventualità una riapertura delle indagini ai sensi dell’art. 414 cod. proc. pen. o l’acquisizione degli atti di altri procedimenti in fase di indagini preliminari.

Ne deriva che il rifiuto di trasmissione di atti di un procedimento archiviato può fondarsi esclusivamente su di un vicolo di segretezza funzionale a preservare un interesse investigativo, ossia sulla prospettazione di un concreto ed attuale pericolo che la consegna degli atti possa compromettere attività investigative in corso.

La mera eventualità di un futuro utilizzo degli atti del procedimento archiviato – e non prevedibilità nel tempo, potendo mai realizzarsi o collocarsi a distanza di tempo dal momento dell’archiviazione – consente di ritenere non attuale l’esigenza di tutela del segreto investigativo.

Ipotizzare una preclusione ai poteri conoscitivi dell’Ispettorato generale, opponendo ragioni di segretezza degli atti relativi a procedimenti archiviati, per il solo fatto che non sono conosciuti né conoscibili dalle parti private, non è del tutto in linea con il richiamato primario dovere di leale collaborazione che deve improntare i rapporti tra autorità giudiziaria e quella ispettiva, funzionalmente preposta agli specifici compiti che la Costituzione assegna al Ministro, tra i quali la titolarità dell’azione disciplinare.

La proiezione funzionale predisciplinare dell’attività acquisitiva, secondo il Consiglio, impone di ritenere eccezionali le ipotesi in cui è consentito derogare al dovere di leale collaborazione.

Del resto, ritenere opponibile il rifiuto di trasmissione di atti di un procedimento archiviato potrebbe determinare uno stallo (ingiustificato) nello svolgimento dell’attività di inchiesta per un tempo non preventivabile o addirittura illimitato.

la richiesta di archiviazione e il relativo provvedimento emesso dal G.I.P.

⁴³ Rileva il Consiglio Superiore che «Dalla documentazione trasmessa non si evince con chiarezza se successivamente l’iscrizione sia stata effettuata con le generalità vere degli indagati».



3/2019

Anche il dato letterale consente di escludere che, nel corso dell'attività ispettiva, possa darsi rilievo, per l'opponibilità del segreto investigativo, a situazioni che determinerebbero un ostacolo definitivo o di durata indeterminata allo svolgimento della stessa. Infatti, l'art. 16, comma 6, del d. lgs. n. 109 del 2006 consente di ritardare la consegna di atti coperti da segreto al Procuratore Generale per un periodo di tempo circoscritto quando il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari. Tale disposizione, come detto, appare estensibile, in quanto compatibile, all'esercizio del potere di iniziativa disciplinare del Ministro, per evidenti ragioni di simmetria fondate sul carattere omologo delle due attività.

6. Potere ispettivo e profili di legittimazione passiva.

La necessità di valutare la sussistenza di un grave pregiudizio alle indagini orienta anche il profilo della legittimazione passiva, della corretta individuazione dell'organo tenuto a dare riscontro alla richiesta ispettiva di acquisizione degli atti del procedimento.

Deve osservarsi che, quando il procedimento pende nella fase delle indagini preliminari, il magistrato competente alla consegna degli atti richiesti dall'Ispettorato non può che individuarsi nel P.M. procedente, non solo perché titolare del fascicolo, ma in quanto unico soggetto in grado di apprezzare l'eventuale ricorrenza delle suindicate ragioni di segretezza che possono giustificare il rifiuto o la ritardata consegna.

Dopo la chiusura delle indagini preliminari, quando il procedimento sia passato ad una fase successiva, in ragione della dichiarata ostensibilità degli atti, la richiesta di copia deve, invece, essere avanzata al magistrato che ne ha la effettiva disponibilità.

Nel caso di atti relativi ad un procedimento già archiviato, ai sensi dell'art. 409, comma 1, c.p.p., all'esito dell'accoglimento della richiesta di archiviazione, con decreto il GIP dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero. Questi è, dunque, l'organo destinatario della richiesta di acquisizione.

Deve, inoltre, evidenziarsi che ai sensi dell'art. 116, comma 1, cod. proc. pen. la possibilità di autorizzare l'estrazione di copie di singoli atti del procedimento archiviato presuppone la sussistenza di un concreto interesse del richiedente e la specifica indicazione, in funzione della rilevanza per l'utilizzo a fini processuali, dei singoli atti di cui chiedere le copie, onde prevenire la possibile violazione del diritto alla riservatezza delle persone coinvolte nonché il principio di segretezza delle indagini. Il suddetto art. 116 cod. proc. pen.⁴⁴ conferisce al giudice il potere di autorizzare il rilascio di copia di un procedimento archiviato, riconoscendogli un'ampia discrezionalità nella valutazione

⁴⁴ Sul tema cfr. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione per un controllo democratico sul potere giudiziario*, cit., 69 l quale evidenzia che il rilascio alle parti private e alla persona offesa, che sono titolari di un diritto di deposito degli atti non è soggetto ad alcuna autorizzazione del pubblico ministero, a differenza del rilascio a persone da queste diverse, ai sensi della lettura combinata dell'art. 116, comma 2, cod. proc. pen. con l'art. 43 disp. att. cod. proc. pen.



3/2019

dell'interesse della parte richiedente, anche dopo la definizione del relativo procedimento⁴⁵.

Una diversa regola in ordine alla competenza a provvedere, fondata sulle norme processuali in tema di formalità per il rilascio delle copie agli interessati, e, dunque, anche alle parti private, non appare applicabile per la provenienza della richiesta di copia degli atti dall'Ispettorato e per le precipue finalità istituzionali che la giustificano⁴⁶.

In ogni caso, la prassi indicata dal C.S.M. fa salva la possibilità per il P.M., ove ritenesse di non poter estromettere dalla decisione il G.I.P. cui è attribuita, per legge, la competenza a decidere in ordine al rilascio delle copie in caso di procedimento archiviato, di rappresentare all'Ispettorato Generale la necessità di coinvolgimento di quest'ultimo, alla luce dell'affermato principio consiliare secondo cui "le forme e le modalità di accesso a tali atti da parte dell'Ispettorato, comunque, dovranno essere concordate ed in ultima istanza ovviamente decise dal magistrato titolare delle indagini"⁴⁷.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. 6, n. 36167 del 09/04/2008, Acampora, in *CED Cass.* 241909.

⁴⁶ Circa la competenza del G.I.P. sulla richiesta della persona indagata di prendere visione e ottenere il rilascio di copia degli atti relativi ad un procedimento conclusosi con decreto d'archiviazione, cfr. Cass. pen., Sez. 6, n. 36167 del 09/04/2008 cit., secondo cui non è abnorme il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari respinga tale istanza di copia quando tale rigetto sia stato motivato, per un verso, dalla necessità che l'interesse alla richiesta sia riscontrabile in relazione a singoli atti e non alla loro indistinta totalità e, per altro verso, dalla necessità di salvaguardare il diritto alla riservatezza degli altri soggetti cui gli atti del procedimento si riferiscono.

⁴⁷ In tal senso le citate delibere del 9 marzo 1994, del 24 luglio 2003, del 13 febbraio 2013 e, da ultimo, dell'8 marzo 2017 (in tema di "controlli amministrativo-contabili e possibili interferenze con l'attività giurisdizionale"), nonché la risoluzione dell'8 aprile del 2010. Per un commento sulla delibera C.S.M. 8 marzo 2017, sia consentito citare NOCERA, *Controlli amministrativo-contabili e limiti del sindacato ispettivo*, in *Il diritto vivente*, Roma, 7 giugno 2017.

RETROATTIVITÀ *IN MITIUS* E LIMITE DEL GIUDICATO: STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA ALLA LUCE DEL QUADRO NAZIONALE ED EUROPEO

di Valérie Nardi

***Abstract.** Il presente contributo affronta la problematica questione dei rapporti tra retroattività favorevole e giudicato. In particolare, muovendo dall'analisi della travagliata evoluzione che negli ultimi decenni ha interessato la retroattività in mitius, da un lato, e la firmitas del giudicato, dall'altro, si procederà ad indagare se – alla stregua di un'attenta opera di bilanciamento tra interessi contrapposti – l'attuale soluzione offerta dalla normativa codicistica in punto di sbarramento alla retroattività delle modifiche favorevoli trovi ancora una ragione giustificativa; o se, piuttosto – anche alla luce della rinnovata considerazione che entrambi gli istituti hanno oggi nell'ordinamento non sia auspicabile una revisione della disciplina vigente in materia di successione di leggi.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La progressiva ascesa della retroattività favorevole: a) in ambito nazionale. – 2.1. (Segue) b) in ambito europeo e internazionale. – 3. Il nuovo volto del giudicato penale: dal "mito" intangibile all'opzione codicistica di un istituto flessibile. – 3.1. (Segue) L'incidenza della giurisprudenza europea e nazionale. – 4. C'è ancora spazio per la tenuta del limite del giudicato alla retroattività favorevole? – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Nell'ordinamento italiano, il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo è stato tradizionalmente regolato da due distinti canoni: irretroattività della legge sfavorevole e retroattività della legge favorevole¹.

¹ Già C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, Torino, 1884, p. 269 ss., definiva come "principii universalmente ricevuti, e sanzionati anche nella maggior parte delle legislazioni, i seguenti: I. La legge penale non può avere effetto retroattivo, nel senso che nessuna azione può essere dichiarata reato, né il suo autore può essere punito, se non in virtù di una legge anteriormente pubblicata e messa in vigore. [...] II. Se la legge penale vigente al tempo del giudizio è più mite di quella stabilita dalla legge vigente al tempo dell'esecuzione del reato, la prima legge viene applicata retroattivamente. III. Se la legge penale vigente al tempo del giudizio è più severa della legge vigente al tempo dell'esecuzione del reato, si giudica secondo questa legge.

Come è noto, la prima regola – sintetizzata dal brocardo “*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali*” – afferma il criterio direttivo della non extrattività delle norme penali più restrittive della libertà, nel senso che nessuno può essere punito, né la sua situazione giuridica può essere aggravata, se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso.

Il principio in questione si è collocato, sin dalle sue prime affermazioni, tra i diritti fondamentali dell’individuo², assumendo poi in quasi tutte le civiltà giuridiche occidentali una dimensione costituzionale intrecciata al principio di stretta legalità³: la prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta costituisce un presupposto indispensabile per assicurare al cittadino libere scelte d’azione, al riparo da abusi del legislatore o del giudice, e, dunque, per salvaguardarne la libertà nei confronti del potere statale⁴.

Diversamente, il canone di retroattività della legge penale di favore stabilisce che, ove la norma vigente al momento della commissione del fatto e le successive siano diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più miti per il reo. In particolare, tale

Questi due ultimi principi sogliono compendiarsi in uno così formulato: se la legge penale vigente al tempo della esecuzione del reato e quella vigente al tempo del giudizio sono di gravità differente, si giudica secondo la legge più mite”.

² La prima esplicita formulazione legislativa del principio di irretroattività della legge in materia penale risale alla *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* del 1789, che all’art. 8 stabiliva: “*Nul ne peut être puni, qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*”.

³ P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, I, Messina, 1988, p. 8 ss. Secondo l’Autore, il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, forte di due secoli di storia, può considerarsi definitivamente consolidato e stabilizzato in un duplice senso: a livello formale-normativo, in quanto solidamente insediato sul piano più elevato della gerarchia delle fonti; a livello valoriale, in quanto profondamente radicato nella coscienza giuridica e diffusamente interiorizzato come uno tra i presupposti non rinunciabili di una convivenza libera e civile.

⁴ In questo senso, *ex plurimis*, M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987, p. 97 ss.; S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 89; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, I, Torino, 1999, p. 115; E.M. AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in (a cura di) M. RONCO, *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, I, 2006, p. 222; G.L. GATTA, *Abolitione criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 119; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in (a cura di) G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2012, p. 255; M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, p. 650. Nella manualistica, E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, I, III ed., Milano, 2001, p. 10; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, p. 97; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Torino, 2012, p. 110 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Torino, 2011, p. 128 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, p. 161.

Proprio l’irretroattività della legge penale, oltre a costituire il nucleo più risalente della legalità, si pone su un piano concettuale distinto dagli altri sotto-principi sanciti dall’art. 25, comma 2, Cost.: riserva di legge e precisione attribuiscono al potere legislativo il compito di stabilire “il se, il quanto e il come punire”; diversamente, il divieto di retroattività pone un limite nei confronti dello stesso legislatore, non potendosi emanare norme incriminatrici che puniscano un soggetto per un fatto che al momento della sua commissione non costituisce reato. In questo senso il principio in esame esprime un fondamento garantista praticamente assoluto e “astorico”, in quanto indipendente dalla fisionomia costituzionale che caratterizza in un dato momento la forma di Stato e dalle condizioni di equilibrio e di prestigio in cui si trovano gli organi costituzionali. Sul punto, per tutti, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, p. 219 ss.

principio opera con riferimento sia ai casi in cui la nuova legge abolisce il reato esistente ai sensi della legge antecedente, sia quando il legislatore modifica favorevolmente la disciplina dettata per il fatto commesso, pur mantenendone la rilevanza penale.

Sebbene si sia radicata nella cultura giuridica europea contestualmente all'irretroattività della legge sfavorevole⁵, la regola della *lex mitior* non ha ricevuto – né nel nostro ordinamento, né nella maggioranza degli ordinamenti del vecchio continente – esplicita consacrazione in una disposizione costituzionale, rimanendo relegata sul piano della legge ordinaria. Esito naturale di questo differente posizionamento all'interno della gerarchia delle fonti è stata la possibilità di riconoscere alla sua efficacia un limite invalicabile nell'esistenza di una sentenza già passata in giudicato, quanto meno per l'ipotesi della legge meramente modificativa della disciplina del reato.

Le ragioni alla base dell'adozione di siffatto modello di retroattività vanno rintracciate guardando al dibattito sorto al momento della stesura del Codice Zanardelli⁶: dopo una serie di progetti in cui si lasciava spazio all'operatività della disciplina più favorevole anche dopo la sentenza definitiva di condanna, si preferì un regime differenziato, stante le gravi difficoltà che sarebbero sorte nella pratica ove fosse stato necessario riesaminare ad opera dell'autorità giudiziaria le decisioni già passate in giudicato. Se, infatti, non pare particolarmente problematico revocare una decisione definitiva per un fatto non più astrattamente punibile, precludendone l'operatività sia per il presente che per il futuro, altrettanto non può dirsi ove occorra rivalutare la condotta alla luce di una nuova disciplina, per qualche aspetto più favorevole al reo, ma nel quadro del mantenimento della sua rilevanza penale⁷.

Tale impostazione è stata, poi, accolta – senza modifiche di rilievo – nel Codice Rocco⁸, rafforzata, peraltro, dalla concezione “mitologica” dell'istituto del giudicato all'epoca vigente, di fronte alla cui intangibilità qualsiasi contrapposta esigenza doveva considerarsi recessiva. Invero, nella prospettiva del regime totalitario, al di là della impraticabilità della riapertura di innumerevoli processi, la sopravvenienza di una legge

⁵ Già il codice penale francese del 1791 riconosceva – seppur non in via generale – la possibilità di applicare le norme più miti in esso contenute ai fatti commessi durante la vigenza della precedente legge, ove non ancora giudicati in via definitiva; allo stesso modo si esprimevano il codice penale austriaco del 1803 e la maggior parte dei codici preunitari. Per una ricostruzione storica della disciplina della retroattività favorevole dall'età arcaica all'attuale modello codicistico, M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 1 ss.

⁶ Per una disamina dei numerosi progetti ministeriali elaborati prima dell'approvazione del Codice Zanardelli, G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, vol. I, artt. 1-10, Torino, 1890, p. 126 ss.

⁷ Così si esprimeva il ministro della Giustizia Zanardelli, nella Relazione finale al progetto del nuovo codice penale presentata al Re: «La ragione principale (...) consiste nella difficoltà, che si risolve poi in un'impossibilità pratica di ragguagliare alla configurazione giuridica del fatto secondo la legge antica, la configurazione di esso secondo la legge nuova, e di precisare i criterii a norma dei quali il giudice abbia applicato la misura di pena inflitta; criterii che però sarebbe necessario conoscere per sostituire la nuova pena, la quale spesso, per ispecie, per latitudine e per la varia influenza che riceve dal concorso delle circostanze, generali o particolari, subiettive od obbiettive, non è comparabile con l'antica». Sul punto, G. CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., p. 175-176.

⁸ Cfr., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, Parte I, Roma, 1929, p. 6 ss.; nonché, *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, V, Parte I, Roma, 1929, p. 20 ss.

più favorevole al reo non poteva mettere in discussione la forza e la potestà punitiva dello Stato, espresse attraverso la sentenza definitiva, il cui contenuto assurgeva non solo a legge del caso concreto, ma, soprattutto, a verità opponibile *erga omnes*⁹.

Negli ultimi decenni, tuttavia, la situazione è mutata e la retroattività favorevole è stata oggetto di una nuova considerazione sul versante interno, europeo e sovranazionale. Questa rinnovata affermazione della *lex mitior* si è, d'altra parte, interfacciata con il processo – intervenuto anch'esso negli ultimi decenni – di progressiva “demitizzazione” del giudicato.

Muovendo, dunque, dalla disamina della travagliata evoluzione che ha interessato la retroattività *in mitius*, da un lato, e la *firmitas* del giudicato, dall'altro, le pagine che seguono si propongono di valutare – alla stregua di un'attenta opera di bilanciamento tra interessi contrapposti – se sia ancora legittima la prevalenza che il legislatore accorda a questo istituto a fronte di modifiche favorevoli della disciplina; o se, piuttosto – anche alla luce della nuova valenza che entrambi gli istituti rivestono nell'ordinamento –, non sarebbe auspicabile una revisione della vigente disciplina normativa in punto di successione di leggi.

2. La progressiva ascesa della retroattività favorevole: a) in ambito nazionale.

La regola della *lex mitior*, pur trovando origine già nella legislazione ottocentesca post-rivoluzionaria, è rimasta – come anticipato – per lungo tempo priva di un diretto referente costituzionale; e, proprio per tale ragione, la riflessione sia dottrinale che giurisprudenziale successiva all'entrata in vigore della Carta fondamentale ha valorizzato la possibilità di prevedere deroghe, purché sostenute da ragionevoli motivi¹⁰.

Per quanto concerne, più specificamente, il limite del giudicato, la Corte costituzionale – chiamata in più occasioni a pronunciarsi sul valore da attribuire alla regola della retroattività *in mitius* – ha affermato l'esistenza di una sua razionale giustificazione in caso di successione di leggi meramente modificative, individuabile «nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti, perseguita statuendo l'intangibilità delle sentenze divenute irrevocabili»¹¹.

⁹ In questo senso, *ex plurimis*, F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, p. 104 – 105; E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in (diretto da) G. UBERTIS – G.P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2012, p. 8.

¹⁰ Così, *ex plurimis*, G. VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 378 ss.; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 ss.; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p. 296; G.L. GATTA, *Abolito criminis*, cit., p. 124; C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, p. 14. Nella manualistica, E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 268; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 105.

Per una ricostruzione della posizione della Corte Costituzionale, G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale*, in (a cura di) G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 89.

¹¹ Così, Corte Cost., 8 maggio 1980, n. 74, in *Giur. cost.*, 1980, p. 684 ss.

Il quadro così delineato è mutato in seguito alle decisioni nn. 393¹² e 394¹³ del 2006, con cui la Consulta ha esplicitamente affermato il rango costituzionale della retroattività favorevole, anche in considerazione del riconoscimento che il principio aveva progressivamente ricevuto in ambito internazionale ed europeo.

Nelle occasioni appena citate, i giudici delle leggi, da un lato, hanno escluso che alla *lex mitior* possa accordarsi la tutela privilegiata stabilita dall'art. 25, comma 2, Cost. rispetto al canone di irretroattività, stante la funzione di garanzia che questo svolge nei confronti del cittadino; dall'altro, ne hanno riscontrato il fondamento nel principio di uguaglianza, che impone di equiparare il trattamento sanzionatorio rispetto ai medesimi fatti, a prescindere dal *tempus commissi delicti*. Con la fondamentale precisazione che, per la validità di questo collegamento, occorre muovere da una concezione oggettivistica del diritto penale, dal momento che i fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della norma più favorevole possono essere considerati uguali solo se si abbandona ogni logica che fondi il disvalore della condotta sulla "mera" trasgressione del precetto da parte del reo.

La Corte ha, tuttavia, precisato che il principio di uguaglianza segna non soltanto il fondamento della *lex mitior*, ma altresì il suo limite: a differenza del canone dell'irretroattività della norma sfavorevole – assolutamente inderogabile –, l'opposta

¹² Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Cass. pen.*, 2007, p. 419 ss., con nota di E.M. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, e di O. MAZZA, *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex-Cirielli)*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1187, con nota di E. FASSONE, *La nuova legge sui termini di prescrizione, il diritto transitorio e i processi pendenti in primo grado*; in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 194 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, e di S. ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità di nuovi termini di prescrizione e illegittimità costituzionale*; in *Giur. cost.*, 2006, p. 4106 ss., con nota di G. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e "termini più brevi" di prescrizione dei reati*; in *Giust. pen.*, 2007, p. 269 ss., con nota di A. LIPRINO, *Disciplina transitoria della legge "ex Cirielli": le disparità di trattamento sopravvivono all'intervento della Corte costituzionale*. Cfr., altresì, i commenti di S. DE FLAMMINEIS, *Prescrizione e deroga al principio di retroattività della lex penalis mitior*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2288 ss.; V. MANES, *L'applicazione della pena retroattiva più mite: prove di dialogo multilevel*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 374 ss.; I. PELLIZZONE *Il principio di retroattività delle norme penali in bonam partem*, *ibidem*, p. 855ss. Come è noto, con tale decisione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della L. 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. ex-Cirielli), nella parte in cui limitava l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione ai soli procedimenti penali di primo grado, per i quali non era stata ancora pronunciata la dichiarazione di apertura del dibattito.

¹³ Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4127 ss., con nota di G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, e di G. MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*; in *Cass. pen.*, 2007, p. 449 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 321 ss., con nota di C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*. Cfr., altresì, O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sent. n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 ss.; nonché, i già citati lavori di V. MANES, *L'applicazione retroattiva della pena più mite*, cit., p. 374 ss., e di I. PELLIZZONE, *Il principio di retroattività delle norme penali in bonam partem*, cit., p. 855. Oggetto di siffatto giudizio era costituito dalla valutazione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni dettate in materia di falso elettorale (art. 100, comma 3, del D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, e art. 90, comma 3 del D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, come sostituiti dall'art. 1, L. 2 marzo 2004, n. 61381), che avevano modificato la disciplina penale dei falsi elettorali, prevedendone – in maniera irragionevole – un regime sensibilmente meno severo rispetto a quello stabilito, sempre in materia di falsi, dal codice penale.

regola della retroattività deve ritenersi suscettibile di limitazioni, ove sorrette da giustificazioni che, ad un vaglio positivo di ragionevolezza, possano considerarsi legittime in quanto riferibili a interessi di analogo rilievo. Tra questi, è la stessa Consulta a indicare – a titolo esemplificativo – quello dell’efficienza del processo, a cui può essere indirettamente collegato anche l’istituto del giudicato.

Sennonché, in ambito scientifico sono emerse perplessità in ordine alla validità e all’efficacia di questo tipo di filtro, dal momento che lo stesso non pare dotato di sufficiente certezza giuridica, tale da escludere eventuali valutazioni soggettive o giudizi tra loro contraddittori. Il principio di uguaglianza, infatti, a differenza di altri previsti dalla Costituzione, presenta diverse articolazioni, ciascuna delle quali dotata di una distinta connotazione funzionale¹⁴.

In primo luogo, esso viene in rilievo come vero e proprio diritto, sotto il duplice profilo “formale” e “sostanziale”, sancito rispettivamente dal primo e dal secondo comma dell’art. 3: il primo fa riferimento alla parità degli individui davanti alla legge, senza possibilità di ammettere alcuna discriminazione sulla base di categorie soggettive; il secondo sottende, invece, la necessità di assicurare a tutti l’effettiva possibilità di godere dei medesimi diritti. In questo contesto, l’uguaglianza si comporta come tutti gli altri diritti, può entrare in contrasto con questi e, conseguentemente, essere soggetta ad un giudizio di bilanciamento.

Secondariamente, il principio in esame svolge la funzione di fondamento positivo del controllo sulla ragionevolezza delle leggi. A ben vedere, infatti, nonostante la sua importanza dal punto di vista storico-filosofico, il contenuto dell’uguaglianza non è definibile a priori, costituendo piuttosto «un modo di stabilire una relazione formale tra gli enti di una totalità»¹⁵. Ove si tratti di operare un confronto tra norme giuridiche, l’uguaglianza viene in considerazione come «criterio di giudizio», secondo uno schema «trilaterale» in cui la disparità di trattamento denunciata con riferimento a una certa

¹⁴ Per tale distinzione cfr., R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 42. Sul principio di uguaglianza, *ex plurimis*, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, cit., p. 17 ss.; A. CERRI, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976; ID., *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L’Aquila-Roma, 1984; ID., voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1 ss.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’uguaglianza*, Milano, 1965; ID., *Corte Costituzionale e principio generale d’eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti su “La giustizia costituzionale” in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 620 ss.; L. FERRAJOLI, *L’uguaglianza e le sue garanzie*, in AA.VV., *Le ragioni dell’uguaglianza (atti del VI convegno della Facoltà di giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008)*, Milano, 2009, p. 25 ss.; N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995; A.S. AGRÒ, sub Art. 3, 1° comma, in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 123 ss.; U. ROMAGNOLI, sub Art. 3, 2° comma, *ivi*, p. 162 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l’uguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; ID., sub Art. 3, in (a cura di) V. CRISAFULLI – L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 13 ss.; A. CELOTTO, sub Art. 3/1°, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 65 ss.; A. GIORGIS, sub Art. 3/2°, *ivi*, p. 88 ss. Nella prospettiva della sua incidenza sul diritto penale sostanziale, per tutti, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

¹⁵ Così, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 12.

fattispecie può essere apprezzata solo in rapporto alla disciplina dettata dallo stesso ordinamento per altre categorie più o meno simili (c.d. *tertium comparationis*)¹⁶.

Da ultimo, il principio di uguaglianza può svolgere la funzione di «strumento al servizio di una tecnica di costruzione della motivazione che correda la decisione»¹⁷ della Corte Costituzionale.

Orbene, dato questo quadro di riferimento, parte della dottrina non ha mancato di evidenziare le peculiarità che l'uguaglianza/ragionevolezza assume nella lettura datane dai giudici delle leggi: quale principio fondante il valore costituzionale della retroattività favorevole, essa è delineata come un parametro "ibrido", con la duplice e contemporanea funzione di diritto del singolo a non subire discriminazioni e di criterio di ragionevolezza rispetto a un più complesso giudizio di bilanciamento tra contrapposti interessi¹⁸.

Rispetto a quest'ultimo profilo – tuttavia – il coinvolgimento di controinteressi da far prevalere rispetto alla retroattività favorevole risulta sì affermato, ma in realtà non dimostrato dalla Corte: i giudici, infatti, dopo aver sottolineato il carattere non assoluto del principio e, dunque, la possibilità di derogarvi in presenza di interessi confliggenti, non hanno fino ad ora mai proceduto a un vero e proprio giudizio di bilanciamento, limitandosi solo ad affermare la ragionevolezza (o l'irragionevolezza) dei limiti stabiliti dal legislatore¹⁹.

¹⁶ In questo senso, per tutti, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 50.

¹⁷ Così, R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 46. Più specificamente, il parametro dell'uguaglianza è utilizzato dai giudici della Consulta con una finalità sia "retorica", allo scopo cioè di neutralizzare decisioni assunte con riferimento a indici sostanziali, che "logica", per meglio circoscrivere l'ambito del giudizio.

¹⁸ In questo senso, C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, p. 125 ss., secondo cui sarebbe possibile cogliere una certa differenza tra i casi "ordinari" in cui l'art. 3 Cost. svolge le funzioni di criterio di giudizio, affiancandosi ad altri parametri costituzionali per guidarne la lettura, e quanto accade in tema di retroattività favorevole dove, invece, «è come se l'art. 3 Cost. in funzione di criterio si affiancasse a se stesso, cioè all'art. 3 in funzione di diritto.

Il risultato è che l'art. 3 Cost. posto a fondamento della retroattività *in mitius* sta a metà del guado: dal diritto di uguaglianza prende il metodo formale di giudizio, dal criterio di ragionevolezza l'estensione dell'oggetto di giudizio.

Quello che ne risulta è uno schema di giudizio di tipo logico formale, aperto all'individuazione e ponderazione dei rispettivi confliggenti interessi in gioco senza, tuttavia, che si debba realmente valutare la congruità dei mezzi rispetto allo scopo, come invece avviene di norma per la ragionevolezza».

¹⁹ Così, V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1614 ss., secondo cui la Corte, piuttosto che impegnarsi nella costruzione di un giudizio di bilanciamento, indicando interessi suscettibili di giustificare eventuali deroghe alla retroattività favorevole, si è limitata ad affermare l'irragionevolezza del limite sancito dal legislatore. Analogamente, secondo C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo*, cit., p. 17, la formula utilizzata dalla Consulta risulta «tanto ampia quanto evanescente» e dettata principalmente dalla preoccupazione di non contraddire la legittimità delle deroghe esistenti alla retroattività della *lex mitior* e, al contempo, non pregiudicare l'esito di future questioni di legittimità costituzionale. Cfr., altresì, V. MANES, *L'applicazione retroattiva della pena più mite*, cit., p. 376, secondo cui la Corte avrebbe mantenuto un atteggiamento *low profile* in ragione della difficoltà di dimostrare come interessi generali, quali l'efficienza del processo, possano prevalere su una garanzia individuale come quella relativa all'applicazione della pena più mite, ancor di più ove si pensi che in altre occasioni gli stessi giudici li ha ritenuti incapaci di prevalere su altri valori di "peso" decisamente minore.

A fronte della debolezza che caratterizza il principio di uguaglianza quale fondamento della *lex mitior*, non mancano nel nostro ordinamento altri principi di sistema che possano meglio esplicitarne il valore. Con ciò non si intende dire che sia errato ravvisare un'istanza di necessaria parità di trattamento alla base della retroattività *in mitius*; ma, piuttosto, che tale nota non sia da sola sufficiente a motivare la rilevanza costituzionale dello stesso e, soprattutto, la legittimità di eventuali deroghe, ancorché da valutare in termini di ragionevolezza.

Muovendo dalla già accennata filosofia marcatamente oggettivistica che informa il canone in esame, può osservarsi come – in un'ottica incentrata sul versante dell'offensività²⁰ – l'intervento penalistico debba essere circoscritto unicamente alle

L'impostazione così delineata, d'altra parte, ha trovato conferma in una pronuncia, di poco successiva alle decisioni sopra citate, in cui la Consulta ha ritenuto prevalenti interessi diversi rispetto al principio di retroattività favorevole. Più specificamente, con la sentenza Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, in *Giur. cost.*, 2008, p. 944 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, la Consulta ha salvato dalla declaratoria di incostituzionalità la disciplina transitoria contenuta all'art. 10, comma 3, della L. n. 251 del 2005 (c.d. ex-Cirielli), nella parte in cui escludeva l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione più favorevoli ai processi pendenti in grado di appello e di cassazione al momento dell'entrata in vigore della legge. Secondo i giudici delle leggi – pur dovendosi confermare il valore costituzionale del principio di retroattività favorevole e le posizioni sostenute nelle decisioni del 2006 – occorre riconoscere una diversa ragionevolezza nel limite fissato dall'apertura del dibattimento in primo grado rispetto al grado di appello e di cassazione.

Un analogo percorso argomentativo – seppure con esiti opposti – è stato seguito dalla Consulta nella sentenza Corte Cost., 18 giugno 2008, n. 215, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2399 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina di diritto intertemporale fissata dall'art. 1, comma 547, della L. 23 dicembre 2005, n. 266, in materia di gioco d'azzardo, con cui si negavano gli effetti retroattivi dell'intervenuta depenalizzazione per i fatti commessi già commessi. Per tale ipotesi i giudici hanno escluso la ragionevolezza della deroga all'art. 2 c.p. per la mancata individuazione di contrapposti «interessi di analogo rilievo costituzionale». In senso critico, cfr., C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo*, cit., p. 22, secondo cui la decisione sembra riproporre gli stessi schemi concettuali che hanno consentito in passato alla Corte di considerare praticamente sempre legittime le deroghe alla retroattività favorevole previste dall'ordinamento: piuttosto che procedere alla ricerca di diverse possibili ragioni giustificatrici della norma sottoposta al suo sindacato, la Corte avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità in base alla semplice constatazione della mancata indicazione espressa volta a giustificare la scelta di non dare immediata applicazione alla mutata valutazione del disvalore di fatti in precedenza penalmente rilevanti.

²⁰ Sul principio di offensività quale canone di politica criminale, che impone di ricondurre l'intervento penalistico alle sole condotte che siano effettivamente idonee a ledere o a porre in pericolo i beni giuridici, tra i numerosi contributi, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; G. NEPPI MONDONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, p. 89 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 61 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 445 ss.; N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell'illecito penale*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 77 ss.; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, *ibidem*, p. 255 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA.VV., *Scritti in memoria di U. Pioletti*, 1982, p. 617 ss.; G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Delitala*, Milano, 1984, III, p. 1689 ss.; E. DOLCINI, *Il reato come offesa al bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in (a cura di) S. CANESTRARI, *Il diritto penale alla svolta di fine Millennio. Atti al convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, 1998, p. 211 ss.; M. DONINI, *Prospettive europee del principio di*

condotte effettivamente idonee a ledere o a porre in pericolo i beni giuridici: non si può, pertanto, ammettere che chi ha posto in essere il fatto prima del mutamento normativo continui a subire conseguenze sfavorevoli non più ancorabili ad una nota lesiva (o più marcatamente lesiva)²¹.

Considerando, poi, il profilo rieducativo sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., emerge con chiarezza come sarebbe assolutamente privo di senso continuare a punire qualcuno quando è venuto meno il presupposto obiettivo dell'esigenza di rieducazione, e cioè il disvalore (o quel tipo di disvalore) penale del fatto commesso. È evidente che in tali condizioni la pena finirebbe per acquisire una funzione strettamente retributiva; ma, soprattutto, il soggetto che si vedesse condannato per un fatto che, al tempo del giudizio, non costituisce più reato, o comunque fosse punito con un regime più favorevole, sarebbe inevitabilmente portato a considerare la pena come ingiusta e ad assumere, di conseguenza, un atteggiamento di chiusura verso un percorso di risocializzazione, vanificando in questo modo ogni possibile tentativo di riacquisizione dei valori dell'ordinamento²².

D'altra parte, valorizzando quell'impostazione che guarda alla funzione rieducativa come la naturale prosecuzione di un processo di orientamento culturale ai valori essenziali della convivenza civile²³, non può non vedersi come la coesistenza di due differenti regimi di punibilità costituisce un ostacolo alla penetrazione del messaggio persuasivo contenuto nelle norme incriminatrici, poiché rende incerta «la funzione di (promozione e di) consolidamento della fiducia istituzionale»²⁴.

Senza peraltro dimenticare che si tratta di soluzione in linea con la imprescindibile proporzione che deve contraddistinguere la risposta sanzionatoria, canone la cui importanza è ormai riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale proprio sulla base di una lettura congiunta degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.²⁵.

offensività, in (a cura di) A. CADOPPI, *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, p. 121 ss.; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2013, 4, p. 4 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.

²¹ In questo senso, S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 92.

²² Tale ricostruzione era già stata proposta, prima delle sentenze n. 393 e 394 del 2006 della Corte Costituzionale, da G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 301; ID., *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in (a cura di) G. GRASSO – R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di contrasto di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 310. Nello stesso senso, G. CASAROLI, *Amicus libertatis, etiam pro hosti*, in (a cura di) R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Ai confini del "Favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionali e di giustizia*, Torino, 2005, p. 139 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 281; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 197 ss.; V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior*, cit., p. 1630; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 211; G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen., proc.*, 2014, p. 224 ss.

²³ In questo senso si esprime, G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 451; ID., *Corso di diritto penale*, cit., p. 193 ss.

²⁴ Così, V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior*, cit., p. 1630, nonché, G. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale*, cit., p. 231.

²⁵ Più specificamente, questa connessione funzionale è stata evidenziata a partire dalla sentenza n. 313 del 1990, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 444, secondo comma, c.p.p., nella

Orbene, da questa prospettiva incentrata su parametri costituzionali diversi da quello di cui al solo art. 3 Cost., non può che discendere una maggiore problematicità nel delineare le deroghe e le limitazioni alla retroattività favorevole da considerarsi ammissibili, trattandosi di principi che difficilmente si prestano ad operazioni di bilanciamento con altri interessi di volta in volta emergenti. Problematicità che, d'altra parte, risulta ancora più marcata ove si guardi alla ricostruzione della *lex mitior* offerta dal quadro europeo e internazionale.

2.1. (Segue) b) in ambito europeo e internazionale.

Le conclusioni raggiunte dalla Consulta in relazione al rango costituzionale della retroattività *in mitius* sono state affiancate dalla parallela affermazione del principio in ambito europeo e internazionale.

Invero, anche in questi settori – ad eccezione della previsione contenuta nella seconda parte dell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 –, la *lex mitior* è rimasta a lungo sconosciuta, o comunque nell'ombra, stante, da un lato, la circostanza che il canone assume profili differenti nei vari Paesi europei²⁶, dall'altro, la mancanza di una sua menzione espressa all'interno dei Trattati istitutivi dell'Unione e della Cedu²⁷; anzi, proprio in relazione a quest'ultima, la Corte di Strasburgo aveva in

parte in cui non prevedeva che, ai fini e nei limiti di cui all'articolo 27, terzo comma, della Costituzione, il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta nelle ipotesi di giudizio sfavorevole: Corte Cost., 26 giugno 1990, in *Foro it.*, 1990, 1, p. 2385 ss., con nota di G. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*. Cfr. altresì, *ex plurimis*, Corte Cost. 28 luglio 1993, n. 343, in www.giurcost.org; Corte Cost., 22 luglio 1994, n. 341, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2802 ss., con nota di F. CURI, *L'attività "paralegislativa" della Corte Costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*; in *Foro it.*, 1994, 1, p. 2585 ss., con nota redazionale di G. FIANDACA; in *Giur. cost.*, 1994, p. 1101 ss., con nota di P. MAZZI, *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzione*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 788 ss., con nota di M. VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*. Più recentemente, Corte Cost., 23 marzo 2012, n. 68, in questa *Rivista*, 26 marzo 2012, con commento di T. GRIECO, [Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, Pres. Gallo, Rel. Frigo \(illegittimo l'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità\)](#); Corte Cost., 15 novembre 2012, n. 251, [in questa Rivista](#), 16 novembre 2012.

²⁶ A ben vedere, la retroattività favorevole trova affermazione più o meno unanime all'interno dei Paesi europei di *civil law*; tuttavia, il quadro comparatistico è piuttosto variegato rispetto al rango che la stessa assume all'interno dei singoli ordinamenti, nonché rispetto alla specifica disciplina per essa dettata. Diversamente, i Paesi che adottano sistemi penali di *common law* non prevedono di regola una disciplina generale che sancisca l'applicabilità della legge penale più favorevole a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, rimanendo nella discrezionalità del legislatore la possibilità di autorizzare la retroattività delle norme di volta in volta introdotte. Per una panoramica del quadro comparatistico europeo, cfr., G. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi di diritto penale europeo*, 2005, p. 27; nonché, G. DODARO, *Principio di retroattività*, cit., p. 4119 ss.

²⁷ Secondo V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 183 ss., la mancanza di un riferimento alla retroattività favorevole all'interno dei Trattati europei sarebbe dovuta, oltre che alla natura economica degli interessi originariamente tutelati in seno alle Comunità europee e all'assenza di una competenza diretta nel settore penalistico, alla distanza che tale principio assume – favorendo il reo a scapito delle sue vittime – rispetto al modello collettivo-garantista a cui si ispira buona parte della politica euro-unitaria in materia

diverse occasioni negato che dalle norme della Convenzione potesse ricavarsi il diritto del reo all'applicazione della legge più favorevole²⁸, pur non escludendosi la possibilità per i singoli Stati di recepirlo²⁹.

Nondimeno, nel 2005, pronunciandosi in relazione al celebre caso “Berlusconi e altri”, la Corte di Giustizia ha rotto il silenzio, affermando – seppure come *obiter dictum* – l'appartenenza del principio di retroattività favorevole alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, di conseguenza, ai principi generali del diritto comunitario³⁰.

penale. Invero – a parere dell'Autore – l'approccio europeo al diritto penale abbina alle classiche forme di tutela che questo assicura nei confronti dei possibili abusi dei poteri statuali, una tutela che agisce *mediante* il diritto penale stesso, valorizzando gli interessi non solo del reo, ma anche e soprattutto delle vittime reali o, addirittura, potenziali del reato, tradizionalmente poste a margine del sistema di giustizia (sul punto, diffusamente, p. 33 ss.).

Per quanto concerne, invece, l'assenza di una previsione esplicita della *lex mitior* all'interno della Cedu, si ritiene che le ragioni di tale lacuna vadano rintracciate nella circostanza che il canone in esame non trova un riconoscimento in tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa; e, ove presente, si caratterizza per una disciplina non omogenea. Sul punto, A. BERNARDI, sub *Art. 7*, in (a cura di) S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 252, il quale evidenzia, altresì, come un riconoscimento in sede convenzionale avrebbe sollevato resistenze, soprattutto da parte di quegli Stati privi di apparati giudiziari in grado di gestire la revisione di processi già definiti.

²⁸ Il riferimento è, in particolare, alla decisione Comm. Edu, 6 marzo 1978, X c. Germania, con cui la Commissione ha dichiarato l'infondatezza del ricorso presentato dall'imputato, in considerazione del fatto che, nonostante una parte delle condotte poste in essere dal ricorrente fossero state oggetto di decriminalizzazione, la sua azione «al momento in cui è stata commessa, costituiva un reato secondo il diritto nazionale ai sensi dell'art. 7, 1° comma». Analoga presa di posizione è stata assunta nella successiva sentenza Corte edu, 5 dicembre 2000, Le Petit c. Regno Unito, in cui la Corte ha ritenuto irricevibile la doglianza con cui si lamentava la violazione dell'art. 7 Cedu, in relazione a una condanna subita per fatti che erano stati considerati privi di rilevanza penale nella giurisprudenza successiva. Parimenti irricevibile è, poi, stato dichiarato il ricorso nella decisione Corte edu, 6 marzo 2003, Zaprianov c. Bulgaria anch'esso riguardante un caso di depenalizzazione delle condotte oggetto di condanna, in considerazione del fatto che «(The) article 7 of the Convention does not guarantee the right to have the most favourable criminal law applied».

²⁹ Così, A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., p. 252 e, più ampiamente, 291; analogamente, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 75, nonché, V. MANES, sub *Art. 7*, in (a cura di) S. BARTOLE – V. ZAGREBELSKY – P. DE SENA – S. ALLEGRAZZA, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2011, p. 284. A conferma di tale assunto, si possono richiamare le pronunce Corte edu, 27 settembre 1995, G. c. Francia, e Corte edu, 9 febbraio 2006, Karmo c. Bulgaria, in cui l'applicazione retroattiva della disciplina successiva più favorevole non è stata ritenuta in contrasto con i parametri di prevedibilità della legge penale.

³⁰ Corte Giust., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, Berlusconi e altri. La decisione è stata oggetto di numerosi commenti in dottrina. Tra i tanti, G. INSOLERA – V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2768 ss.; S. MANACORDA, “Oltre il falso in bilancio”: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto interno, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 253 ss.; M. SCOLETTA, *Berlusconi y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable*, in (a cura di) L. ARROYO ZAPATERO – A. NIETO MARTIN, *El derecho penal de la Union europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, 2007, p. 357 ss.; A. DI MARTINO – V. ONIDA, *Quando il giudice decide a metà*, in *Il Sole 24 ore*, 4 maggio 2005; A. DI MARTINO, *Possibile applicazione della pena più mite anche se affetta da illegittimità europea*, in *Guida al diritto*, 2005, 20, p. 103 ss.; G. SALCUNI, *Il “canto del cigno” degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 93 ss. Alla decisione è, peraltro, dedicato il volume (a cura di) R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *Ai confini del “favor rei”*, cit.

Va evidenziato, tuttavia, come i giudici europei non abbiano effettivamente fornito alcuna dimostrazione in ordine all'effettiva esistenza del principio di retroattività favorevole all'interno delle tradizioni costituzionali

Sempre nella prospettiva eurounitaria, la *lex mitior* ha, poi, trovato un'esplicita enunciazione anche nell'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cui l'art. 6 TUE attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Da ultimo, nella celebre pronuncia "Scoppola c. Italia" del 2009, anche la Corte Edu – con un chiaro *overruling* rispetto al proprio consolidato orientamento, probabilmente spinto proprio dai mutamenti intervenuti nel panorama delle fonti europee – ha riconosciuto l'esistenza, nel quadro della Convenzione, del principio di retroattività della legge più favorevole come corollario implicito dell'art. 7 Cedu³¹, consacrando quale diritto fondamentale dell'individuo³².

Più specificamente, a parere della Corte, sarebbe «coerente con il principio di preminenza del diritto – di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale – aspettarsi che il giudice applichi agli atti punibili la pena che il legislatore ritiene proporzionata». A ben vedere, continuare a infliggere una pena più severa solo perché prevista al momento della commissione del fatto, per un verso, equivarrebbe a ignorare che lo Stato – e la collettività che esso rappresenta – la considera ormai eccessiva; per l'altro, significherebbe applicare a svantaggio del reo le norme che regolano la successione di leggi penali nel tempo. Sotto questo profilo – continuano i giudici – l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa anche un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni³³.

comuni; anzi, proprio dal confronto comparatistico, non sembra potersi affermare – come invece fa la Corte – che lo stesso abbia ovunque rilevanza costituzionale: in questo senso, *ex plurimis*, V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior*, cit., p. 1619; L. FOFFANI, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., p. 186; R. MASTROIANNI, *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio"*, *ivi*, p. 262; S. RIONDATO, *Falso in bilancio e Corte di Giustizia*, cit., p. 338; R. TARTAGLIA, *La sentenza sul falso in bilancio: i "controlimiti" della Corte di Giustizia*, *ivi*, p. 351; G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 91.

³¹ Corte edu, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia., in *www.osservatoriocedu.eu*; con nota di S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 389 ss.; C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, *ivi*, p. 397 ss.; G. ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, *ivi*, p. 2020 ss.; G. ARMONE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio della "lex mitior": prove di tutela multilivello*, in *Foro it.*, 2010, 5, p. 229 ss.; G. GARRUTI, *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. proc. pen.*, 2009, p. 1427 ss.

³² In questo senso, F. VIGANÒ, [Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama di rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU](#), in questa *Rivista*, 6 settembre 2011, nonché in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1989 ss.

³³ Si tratta, a ben vedere, di uno degli aspetti più contestati della decisione dal momento che il profilo della prevedibilità è del tutto estraneo alla *ratio* e ai meccanismi di operatività della retroattività favorevole, il quale si fonda, piuttosto, sulla positivizzazione dell'esito di evoluzioni normative del tutto *imprevedibili-ignote*. In questa prospettiva, risulta inconferente, sul piano logico-giuridico, il richiamo alla prevedibilità della sanzione penale, dal momento che quest'ultima deve essere garantita *al momento della commissione del fatto*, mentre ogni discussione in ordine alla *lex mitior* attiene alla necessità di applicare retroattivamente norme più favorevoli entrate in vigore *dopo* la commissione del fatto. In questo senso, *ex plurimis*; F. VIGANÒ,

Senonché, proprio l'assunzione della *lex mitior* nel quadro della materia convenzionale ha riaperto l'attenzione degli interpreti sull'ammissibilità e sull'ampiezza di eventuali limitazioni da riconoscere alla sua operatività: più specificamente, si è posto il problema di capire se l'inclusione della retroattività favorevole tra i corollari del principio di legalità, abbia fatto acquisire "transativamente" alla *lex mitior* lo stesso statuto di validità dell'opposto principio intertemporale, che – come è noto – si iscrive all'interno dei c.d. *inviolable core rights*, per i quali l'art. 15, comma 2, Cedu non autorizza alcuna deroga neppure in tempo di guerra o di altro pericolo pubblico.

E, tuttavia, con la sentenza n. 236 del 2011³⁴, i giudici delle leggi hanno ribadito e tenuto ferme le conclusioni già raggiunte in punto di derogabilità della retroattività favorevole, non potendo – a loro dire – ricavarsi dalla sentenza Scoppola alcuna indicazione inerente alla portata del principio, tale da escludere che, in presenza di particolari situazioni, lo stesso possa essere soggetto a deroghe³⁵.

Sullo statuto costituzionale della retroattività, cit., p. 17; C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit., p. 87 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 220-221.

Ancor più significative sono le obiezioni avanzate da una parte degli stessi membri del collegio giudicante, riportate nella *dissenting opinion* del giudice Nicolao, condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajó. Più specificamente, viene contestata la scelta di ricavare dall'art. 7 Cedu il principio di retroattività favorevole, stante la sostanziale differenza che intercorre tra questo e il corrispondente canone di irretroattività. Quest'ultimo, infatti, in quanto corollario del più generale principio di legalità, opera ad un livello più elevato ed esprime l'esigenza, propria di uno Stato di diritto, di garantire la libertà del cittadino non condannandolo o punendolo per un fatto che, al tempo in cui fu commesso, non costituiva reato, o comunque era punito con una pena più severa; diversamente, la regola della retroattività più favorevole non risponde a tale necessità, risultando, piuttosto, l'espressione della scelta discrezionale dello Stato di non punire, o di punire meno severamente, una condotta che al tempo in cui fu commessa costituiva reato o era punita con una pena più severa. D'altra parte – aggiungono i giudici dissenzienti – è da escludere che, nel momento in cui la Convenzione è stata adottata, il canone della *lex mitior* facesse parte della sua formulazione; né tantomeno era prevedibile, stante la lettera dell'art. 7 Cedu, una sua incorporazione all'interno del principio di legalità. Pertanto – pur rendendosi necessario un approccio dinamico ed evolutivo alla Cedu, al fine di rendere effettivi e concreti i diritti in essa consacrati – non si possono oltrepassare i limiti segnati dal testo convenzionale, introducendo, attraverso un'interpretazione evolutiva, diritti che non vi erano inseriti in partenza.

³⁴ Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236, in questa *Rivista*, 23 luglio 2011, con nota di F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività*, cit.; in *Giur. cost.*, 2011, p. 3021 ss., con nota di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole*, cit.; in *Cass. pen.*, 2011, p. 4152 ss., con nota di A. MARI, *Inapplicabilità dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi pendenti in appello o in Cassazione*; in *Giust. pen.*, 2011, p. 244 ss., con nota di M. OGGIANO, *La consulta ribadisce la derogabilità del principio di retroattività della lex mitior*. Come è noto, con tale decisione, la Consulta, chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina dettata dalla legge ex-Cirielli in materia di prescrizione rispetto ai processi già pendenti in grado di appello o Cassazione, in relazione non solo al parametro di cui all'art. 3 Cost., ma anche a quello di cui all'art. 117, comma 1, Cost., ha ritenuto la questione infondata.

³⁵ Più specificamente, a parere dei giudici delle leggi, pur dovendosi recepire la lettura delle garanzie convenzionali fornita dalla Corte di Strasburgo, permane un margine di apprezzamento e di adeguamento al fine di tener conto delle caratteristiche dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi. In questo senso, se certamente va riconosciuta l'affermazione della retroattività favorevole quale diritto convenzionale sotto l'egida dell'art. 7 Cedu, non possono – a parere della Consulta – tralasciarsi le peculiarità della situazione concreta da cui la sentenza è originata. In senso fortemente critico rispetto a tale operazione ermeneutica, per tutti, C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole*, cit., p. 3052.

In realtà, se è vero che la pronuncia della Corte edu non offre sulla questione indicazioni decisive – né tantomeno queste possono ricavarsi dalla sua giurisprudenza successiva³⁶ –, non sembra al contempo sostenibile che il principio abbia una cogenza soltanto tendenziale, tale da poter essere sacrificato ogni qualvolta sussistano valide ragioni giustificative, liberamente apprezzabili dai giudici nazionali, secondo lo schema inaugurato con le già citate sentenze nn. 393 e 394 del 2006, come se la decisione dei giudici europei non fosse mai stata pronunciata³⁷. Una volta riconosciuto l’allargamento della base costituzionale della *lex mitior* – che trova ad oggi una specifica copertura convenzionale nell’art. 7 Cedu e, per il suo tramite, nell’art. 117, comma 1, Cost, il quale si affianca al parametro già riconosciuto del principio di uguaglianza –, è evidente come eventuali deroghe alla stessa debbano potersi motivare con ragioni ben più solide della mera ragionevolezza.

Invero, non può non considerarsi come lo spostamento del fondamento della retroattività favorevole dall’uguaglianza a uno specifico diritto fondamentale dell’individuo implichi inevitabilmente una restrizione delle limitazioni ad essa riconoscibili: continuare ad applicare un trattamento più severo, anche se ritenuto non necessario dallo stesso legislatore, può giustificarsi solo alla luce di controinteressi di rango quantomeno assimilabile alla retroattività favorevole; e ciò, non solo nella prospettiva interna, ma anche e soprattutto in quella convenzionale³⁸.

3. Il nuovo volto del giudicato penale: dal “mito” intangibile all’opzione codicistica di un istituto flessibile.

La ricostruzione fin qui effettuata ha messo in luce come il principio della retroattività favorevole abbia tradizionalmente trovato un limite alla sua operatività

³⁶ Cfr. Corte edu, 12 gennaio 2016, Gouarré Patte c. Andorra, in questa *Rivista*, 8 febbraio 2016, con nota di F. MAZZACUVA, [La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema](#); Corte edu, 12 luglio 2016, Ruban c. Ucraina, in questa *Rivista*, 27 febbraio 2017, con nota di A. GALANTE, [La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all’operatività del principio convenzionale della retroattività in mitius](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2017, p. 185 ss.

³⁷ Così, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività*, cit., p. 16.

³⁸ In questo senso, *ex plurimis*, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività*, cit., p. 16, secondo cui la valutazione in ordine all’ammissibilità di eventuali deroghe dovrebbe avvenire «con la stessa logica, dunque, che sarebbe adottata dalla Corte di Strasburgo, una volta che il caso le fosse sottoposto da un (ipotetico) ricorrente italiano al quale venga negata per qualche ragione l’applicazione retroattiva di una disciplina penale più favorevole». Analogamente, M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, p. 103, nonché, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 164 ss.; ID., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palinogenesi, crossfertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 851, il quale sottolinea come sia improbabile che, nella dimensione convenzionale del principio, interessi legati alla mera efficienza del processo siano di per sé in grado di giustificare deroghe alla *lex mitior*. Cfr., altresì, F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1174-1175, secondo cui «la “giustificazione” del permanere del trattamento deteriore (cioè della deroga alla retroattività favorevole) non può più essere ravvisata in una qualunque o speciale esigenza comunque “ragionevole”, ma esclusivamente in esigenze interne alla stessa *ratio* incriminatrice e funzionale della disciplina originaria».

nell'esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna. Più specificamente, nell'ordinamento italiano, tale limite rappresenta la nota che distingue – dal punto di vista degli effetti – il fenomeno dell'*abolitio criminis* da quello della mera modifica della fattispecie: se nel primo caso il mutamento legislativo può produrre conseguenze favorevoli senza ostacoli di sorta, nella seconda ipotesi trova uno sbarramento nell'esistenza di una decisione non più revocabile.

È evidente come siffatte previsioni trovino la loro ragion d'essere nell'esigenza – propria della *res iudicata* – di assicurare la certezza del diritto, volendosi evitare che ogni mutamento della legge penale possa rimettere in discussione gli esiti di una decisione assunta, magari, dopo diversi gradi di giudizio. Il giudicato – inteso come *dictum* definitivo ed irrevocabile, emesso da parte di un organo giurisdizionale, rispetto all'accertamento di un determinato fatto storico – risponde, infatti, all'esigenza politica prima ancora che giuridica, di regolare in maniera tendenzialmente stabile e definitiva le situazioni giuridiche, ponendo un limite pragmatico all'istanza, altrimenti potenzialmente infinita, di riapertura del processo³⁹. Più precisamente, lo sbarramento così delineato realizza sia l'interesse dell'individuo che è messo nella condizione di conoscere la propria sorte rispetto all'addebito che gli viene mosso, evitandogli di permanere in uno stato di perenne assoggettamento alla giurisdizione; sia quello della collettività che, per il suo tramite, ritrova il rispetto dell'ordinamento posto in crisi dalla realizzazione del reato e, conseguentemente, la pace sociale⁴⁰.

A fronte, dunque, di una prospettazione dell'istituto che attribuisce centralità alla dimensione della certezza giuridica – pur intrecciandola con la regola più marcatamente liberale del *ne bis in idem* –, è noto come il giudicato sia stato tradizionalmente delineato quale ferreo sbarramento al riesame delle decisioni – traendo da ciò il suo carattere intangibile – il cui contenuto è stato assunto a fonte di verità, fino a elevarsi – in seguito all'affermazione del regime fascista – a vero e proprio “mito”⁴¹, atto ad assicurare l'imperatività della legge e la stabilità dell'accertamento definitivo⁴².

Senonché, la pretesa intangibilità è stata duramente scalfita a partire dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana: la centralità riconosciuta dalla Carta fondamentale alla persona e ai suoi diritti inviolabili, ha cambiato radicalmente il modo di intendere i rapporti tra Stato e cittadino e, conseguentemente, la potestà punitiva, facendo emergere la necessità di una rilettura dell'impianto codicistico allora vigente, alla luce dei diritti di personalità, di difesa e, soprattutto, della funzione rieducativa della pena sancita all'art. 27, comma 3, Cost.⁴³.

³⁹ Così, per tutti, E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 3.

⁴⁰ In questo senso, F. CALLARI, *La firmitas del giudicato*, cit., p. 4.

⁴¹ La nota espressione è di G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956, p. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1987, p. 63 ss.

⁴² Così, in questo senso, *ex plurimis*, E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 8; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., p. 103 ss.

⁴³ Deve, tuttavia, osservarsi che, secondo l'opinione prevalente, anche il giudicato – pur in assenza di una esplicita menzione – abbia una dimensione costituzionale, potendosi rinvenire all'interno della Carta fondamentale plurime disposizioni che ne dimostrano il rilievo. Va, comunque, precisato che, all'interno di questo filone interpretativo non vi è unanimità rispetto a quali profili dell'istituto si debbano ritenere

Ne è derivata una serie di interventi da parte del legislatore incidenti sull'assetto processuale e finalizzati ad attribuire al giudicato una fisiologica flessibilità, consacratisi, poi, nella previsione, da parte del nuovo codice del 1988, di diversi meccanismi che consentono di intervenire sulle decisioni definitive adottate dal giudice di cognizione⁴⁴.

Non è possibile in questa sede soffermarsi specificamente su ciascuno di essi; basti evidenziare come, in tale direzione, operi anzitutto l'istituto della revisione, il quale – come è noto – consente l'accertamento e la correzione *post iudicatum* di eventuali errori emersi successivamente alla sentenza definitiva⁴⁵. Tale mezzo di impugnazione

costituzionalmente tutelati, distinguendosi tra chi ritiene che la trama personalistica della Costituzione imporrebbe la garanzia esclusiva del divieto di *bis in idem*; e chi, invece, sostiene che la funzione individual-garantista del giudicato penale non possa prescindere dall'obiettivo, più marcatamente oggettivo, di assicurare l'imperatività e l'immutabilità della decisione: cfr., nel primo senso, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 92; ID., voce *Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 2.; G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 912 ss.; F. CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 290 ss.; A.A. DALIA, *Le nuove norme sulla revisione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 799. Più recentemente, S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte Cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. pen. (web)*, 2013, p. 9. *Contra*, M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per Cassazione*, in (diretto da) G. UBERTIS – G.P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2005, p. 45; F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, p. 760; E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 25. Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, in *Giur. cost.*, 1987, p. 836 ss.; Corte cost., ord. 29 ottobre 1999, n. 413, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3178 ss.; Corte Cost., 5 marzo 1969, n. 28, in *Giur. cost.*, 1969, p. 391; Corte cost., 12 luglio 1972, n. 136, in www.giurcost.org.

⁴⁴ Va, tuttavia, evidenziato che questo cammino verso la nuova codificazione non ha inciso direttamente sulla struttura normativa del giudicato: tanto la prima legge delega per la riforma (L. 3 aprile 1974, n. 108), quanto il progetto preliminare del 1978 non contenevano specifiche direttive sul punto, limitandosi a prevedere il trasferimento del divieto di *bis in idem* – allora contenuto nell'art. 90 c.p.p. – nel corpo normativo dedicato alla fase esecutiva. Cfr., sul punto, E. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 14.

⁴⁵ Come è noto, le ipotesi revocatorie fondate sulla presenza di un *novum* rispetto al giudicato di condanna sono state tipizzate tassativamente dal legislatore all'art. 630 c.p.p.: «La revisione può essere richiesta: a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale; b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 3 ovvero una delle questioni previste dall'art. 479; c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'articolo 631; d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato». A tali casi, la Consulta – dichiarando l'illegittimità costituzionale della citata norma nella parte in cui non prevedeva la possibilità di attivare il rimedio della revisione, quando ciò fosse reso necessario, ai sensi dell'art. 46 Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo – ha aggiunto la c.d. revisione europea.

Sull'istituto della revisione, in una prospettiva generale, *ex plurimis*, F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Torino, 2012; M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Torino, 2003; G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999; R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatorii del giudicato penale*, Torino, 1996; G. SPANGHER, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, XII, 1997, p. 135 ss.; S. ASTRARITA, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2005, p. 1362 ss.; M. R. MARCHETTI, *La revisione*, in (a cura di) G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, V, Torino, 2009, p. 925 ss.; A. PRESUTTI, voce *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXXI, 1991, p. 1 ss.; ID., sub *Art. 630*, in (a cura di) G. CONSO – V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 10° ed., Padova, 2011, p. 3232 ss.; M. GIALUZ, sub *Art. 630 c.p.p.*, in (a cura di) A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, II, 5° ed., Milano,

straordinaria, a ben vedere, era già previsto dall'impianto codicistico del 1930 – trovando, peraltro, origini ancora più antiche⁴⁶ –; tuttavia, la sua considerazione è profondamente mutata nel passaggio alla disciplina del 1988: se, infatti, nell'impostazione originaria la revisione era intesa come un rimedio assolutamente eccezionale, da contenere entro stretti limiti, sotto la nuova luce costituzionale, ha assunto la veste di mezzo processuale, dalla piena dignità ancorché straordinario, preordinato a rimediare all'antinomia eventualmente sorta tra l'accertamento fondante la pronuncia irrevocabile e l'esistenza di dati fattuali nuovi⁴⁷.

Guardando, invece, alla fase dell'esecuzione, il legislatore del 1988 ha riconosciuto al giudice alcuni poteri necessari per revocare o modificare *quoad poenam* la decisione definitiva resa a conclusione della vicenda processuale, in caso di: 1) conflitto pratico tra giudicati (art. 669 c.p.p.); 2) questioni sul titolo esecutivo (art. 670 c.p.p.); 3) applicazione del concorso formale e del reato continuato in esecuzione (art. 671 c.p.p.); 4) revoca della sentenza per abolizione del reato o per la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (art. 673 c.p.p.); 5) modifiche *in peius* del trattamento sanzionatorio, in caso di revoca di benefici, quali, la sospensione condizionale della pena (art. 674 c.p.p.).

A queste previsioni sono, poi, stati progressivamente affiancati – mediante successivi interventi novellistici – altri istituti “erosivi” del giudicato, tra i quali viene in rilievo, in primo luogo, il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, previsto all'art. 625 bis c.p.p., per effetto della L. 6 marzo 2001, n. 128. Più specificamente, l'istituto – introdotto su sollecitazione della Corte Costituzionale che, pur evitando interventi additivi, già nel 2000 aveva sottolineato la necessità di un ripensamento della disciplina da parte del legislatore⁴⁸ – ha posto rimedio all'esigenza di emendare vizi di ingiustizia

2017, p. 3595 ss.

⁴⁶ A ben vedere, infatti, l'istituto risulta espressione dell'esigenza, da sempre avvertita, di apprestare un rimedio efficace contro le pronunce giudiziarie che, dopo l'esaurimento di tutti gli ordinari mezzi di impugnazione, si fossero successivamente palesate come ingiuste per l'insorgenza di nuovi elementi di fatto: sul punto, F. CALLARI, *La revisione*, cit., p. 35.

⁴⁷ Sulle tra il codice penale del 1988 e il codice previgente in tema di revisione, cfr., A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, p. 25 ss.; nonché, M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 3 ss.; F. CALLARI, *La revisione*, cit., p. 25 ss.

Nell'ottica di siffatta rivalutazione dell'istituto non può, d'altra parte, tralasciarsi di considerare il ruolo della Carta costituzionale: quest'ultima, infatti, pur in mancanza di un riferimento espresso all'istituto, contiene una serie di norme da cui l'opinione prevalente ricava l'esistenza di un vero e proprio vincolo per il legislatore a predisporre un mezzo di impugnazione *post iudicatum* delle sentenze di condanna. In questo senso, *ex plurimis*, M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 82; ID., *Art. 630*, cit., 3597 ss.; P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011, p. 101; R.L. VANNI, *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, Milano, p. 161; P. MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, p. 86; M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 188.

⁴⁸ Il riferimento è a Corte Cost., 28 luglio 2000, n. 395, in *Cass. pen.*, 2000, p. 393 ss. Con tale decisione, i giudici delle leggi – pur dichiarando l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza – hanno evidenziato come l'errore percettivo in cui sia incorso il giudice di legittimità che abbia determinato un'indebita dichiarazione di inammissibilità del ricorso, comporti un automatico e palese contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Alla luce di tale pronuncia, parte della dottrina ha ritenuto che l'istituto in esame sia dotato di un

determinati da errori percettivi del giudice di legittimità: attraverso tale strumento di impugnazione è possibile, infatti, richiedere, da parte del condannato, la correzione dell'errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla Corte di Cassazione⁴⁹.

Analogo effetto erosivo del giudicato, deve, poi, essere riconosciuto al rimedio revocatorio della rescissione, introdotto dalla L. 11 agosto 2014, n. 118 – nell'ambito di una più ampia rivisitazione della disciplina dettata per il procedimento *in absentia*, intervenuta sulla spinta di pressanti sollecitazioni sovranazionali⁵⁰ – all'art. 625 ter c.p.p.,

fondamento costituzionale, da rinvenirsi, innanzitutto, nell'art. 111, comma 7, Cost., che, prevedendo il diritto a un ottenere un giudizio di legittimità, deve ritenersi violato ogni qualvolta la formazione del giudicato non sia stata preceduta da un sindacato effettivo sulla violazione di legge; secondariamente, vi è chi ha ritenuto potervi riconoscere, altresì, uno strumento di tutela del "canone del contraddittorio" e della "giustizia sostanziale della decisione". Cfr., sul punto, A. CAPONE, *Gli errori della Cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, Padova, 2005, p. 251; M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario*, cit., p. 179.

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 625 bis c.p.p., è, infatti, ammessa «a favore del condannato, la richiesta per la correzione dell'errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla Corte di Cassazione.

La richiesta è proposta dal procuratore generale o dal condannato, con ricorso presentato alla Corte di Cassazione entro centottanta giorni dal deposito del provvedimento. La presentazione del ricorso non sospende gli effetti del provvedimento, ma, nei casi di eccezionale gravità, la corte provvede, con ordinanza, alla sospensione.

L'errore materiale di cui al comma 1 può essere rilevato dalla Corte di Cassazione, d'ufficio, in ogni momento.

Quando la richiesta è proposta fuori dell'ipotesi prevista al comma 1 o, quando essa riguardi la correzione di un errore di fatto, fuori del termine previsto al comma 2, ovvero risulta manifestamente infondata, la corte, anche d'ufficio, ne dichiara con ordinanza l'inammissibilità; altrimenti procede in camera di consiglio, a norma dell'art. 127 e, se accoglie la richiesta, adotta i provvedimenti necessari per correggere l'errore».

Sull'istituto, *ex plurimis*, cfr., M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario*, cit., diffusamente; ID., voce *Ricorso straordinario per cassazione*, in *Enc. dir.*, III *Annali*, Milano, 2010, p. 1043 ss.; A. CAPONE, *Il ricorso straordinario per errore di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 2004, p. 6 ss.; ID., *Gli errori della Cassazione*, cit., diffusamente; G. CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, in (a cura di) P. GAETA, *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Padova, 2001, p. 196 ss.; G. ROMEO, *Passato e futuro per gli errori di fatto incorsi nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3488 ss.; A. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004; M. BARGIS, *Ricorso straordinario per cassazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., II, Torino, 2004, p. 731 ss.; AA.VV., in (a cura di) P. CORVI, *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, 2016, p. 119 ss.

⁵⁰ Più specificamente, il sistema precedente all'entrata in vigore della L. n. 67 del 2014 era basato sull'istituto della contumacia. Quest'ultima si verificava allorché l'imputato non era comparso in udienza, 1) pur essendo stato destinatario di regolari notifiche; 2) in assenza di un legittimo impedimento dello stesso che comportasse un'assoluta impossibilità a comparire. In altre parole, in presenza delle predette condizioni, la regolarità della notifica faceva scattare la presunzione che l'imputato avesse cognizione dell'esistenza del processo, anche se non vi erano prove della conoscenza personale della convocazione per l'udienza; da tale conoscenza presunta si desumeva la volontarietà della rinuncia a comparire e, pertanto, il processo poteva proseguire contro il contumace rappresentato dal difensore.

Alla luce di questa disciplina, numerose erano state le condanne pronunciate dalla Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia, per la violazione dell'art. 6 Cedu, a norma del quale è riconosciuto il diritto dell'imputato a partecipare all'udienza, da intendersi anche come diritto alla conoscenza personale della celebrazione del processo: così, Corte edu, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia; Corte edu, 10 novembre 2004, Sejdivic c. Italia; Corte edu, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia.

Proprio al fine di evitare ulteriori condanne della giurisprudenza europea, con la già citata L. 28 aprile 2014, n. 67, il legislatore ha eliminato la vecchia disciplina della contumacia, prevedendo al suo posto due diversi

e oggi trasferito – per effetto della L. 23 giugno 2017, n. 103, che ha soppresso quest’ultima norma – nel nuovo art. 629 bis c.p.p.⁵¹. Si tratta di una specifica impugnazione, in forza della quale l’interessato che, senza colpa, abbia avuto conoscenza del processo a suo carico solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna può chiedere di rescindere il giudicato, vale a dire di revocare la decisione e trasmettere gli atti al giudice di prime cure.

Volgendo, invece, lo sguardo al piano del diritto sostanziale, una speciale attenzione – in considerazione del tema di nostro interesse – deve essere riservata al nuovo terzo comma dell’art. 2 c.p., introdotto per effetto dell’art. 14 della L. 24 febbraio 2006, n. 85, il quale stabilisce che, «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’art. 135»⁵².

istituti: se si tratta di un soggetto irreperibile, il processo deve essere sospeso; se, invece, vi è stata una consegna dell’avviso o della citazione a mani proprie, o vi è un altro fatto sintomatico della conoscenza certa del procedimento, il rito prosegue contro l’imputato dichiarato assente, del quale si presume la rinuncia volontaria a comparire. Per una disamina della nuova disciplina, cfr., P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XVIII ed., Milano, 2017, p. 631 ss.; P. TONINI – C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l’alba radiosa della sospensione e le nubi dell’assenza “consapevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 517 ss.; S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all’assente, mentre l’irreperibile l’abbandona*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, 2, p. 101 ss.; A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili. Tante ombre e qualche luce*, *ibidem*, 2015, 1, p. 196 ss.

⁵¹ In forza della nuova disposizione – che ha modificato solo gli aspetti procedurali della disciplina del 2014 – si prevede che «Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può ottenere la rescissione del giudicato qualora provi che l’assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

La richiesta è presentata alla corte di appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento, a pena di inammissibilità, personalmente dall’interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme previste dall’articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell’avvenuta conoscenza del procedimento.

La corte di appello provvede ai sensi dell’articolo 127 e, se accoglie la richiesta, revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l’articolo 489, comma 2.

Si applicano gli articoli 635 e 640».

Sull’art. 625 ter c.p.p., cfr., M. BARGIS, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, p. 161 ss., nonché, AA.VV., *Le impugnazioni straordinarie*, cit., p. 201 ss.

⁵² A ben vedere, la scelta del legislatore di prevedere, per le situazioni fin qui delineate, l’applicazione della legge più favorevole anche oltre il limite della sentenza irrevocabile di condanna era già stata avanzata in occasione di alcuni progetti di riforma del codice penale. Tuttavia, dato l’esito negativo dell’iter modificativo, si è approfittato della novella del 2006 in materia di reati di opinione per introdurre la disposizione derogatrice, stante le variazioni apportate dal Parlamento sul piano sanzionatorio nei delitti di vilipendio, di offese alle confessioni religiose e di oltraggio ad un Corpo politico, amministrativo e giudiziario, prima puniti con la reclusione ed ora con la sola multa. Su tale riforma, cfr., *ex plurimis*, T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., p. 23 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati d’opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 959 ss.; *Id.*, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati d’opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, *ibidem*, 2006, p. 1198 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le “modifiche in materia di reati di opinione” introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, 5, p. 217 ss.; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 745 ss.; R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 697 ss.; A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuto*

Obiettivo della disciplina è quello di evitare irragionevoli disparità di trattamento in presenza di un significativo mutamento della valutazione legislativa circa il disvalore del fatto commesso – pur permanendone l'illiceità –, segnalato dalla previsione esclusiva della pena pecuniaria in luogo di quella detentiva⁵³.

Si tratta, evidentemente, di una deroga rispetto a quanto previsto dal codice per i casi di successione meramente modificativa⁵⁴ – seppure caratterizzata da una collocazione non particolarmente coerente dal punto di vista formale⁵⁵ e da un ambito di applicazione circoscritto a modifiche inerenti al tipo di pena –; e, tuttavia, non sembra potersi dubitare che, disponendo il superamento del limite del giudicato qualora la legge sopravvenuta sostituisca alla pena detentiva oggetto della condanna quella pecuniaria, il legislatore abbia inteso affermare il carattere recessivo dell'istituto, allorché siano in gioco beni fondamentali della persona, quale la sua libertà personale.

3.1. (Segue) L'incidenza della giurisprudenza europea e nazionale.

Alla progressiva erosione del principio di intangibilità del giudicato, ancor più degli interventi novellistici realizzati dal legislatore, hanno contribuito alcune decisioni adottate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, spesso mosse dalla necessità di conformare l'ordinamento interno ai diritti riconosciuti dalle Carte sovranazionali e, in particolare, dalla Cedu.

Più specificamente, un primo gruppo di decisioni è stato determinato dall'esigenza di assicurare un'effettiva esecuzione alle sentenze pronunciate dalla Corte di Strasburgo avuto riguardo alle violazioni dell'art. 6 in materia di giusto processo: è risaputo, infatti, che quantomeno fino al 2011 – nonostante una serie di iniziative parlamentari⁵⁶ e il pressante invito formulato dalla Corte Costituzionale⁵⁷ – mancava nel nostro ordinamento uno strumento appositamente destinato a porre rimedio alle lesioni procedurali sopra richiamate.

e limiti della L. n. 85 del 2006, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3857 ss.; D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 401 ss.

⁵³ Cfr., per tutti, T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, 14, p. 25; nella manualistica, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 105.

⁵⁴ Così, per tutti, G. AMATO, *Scardinata l'intangibilità del giudicato*, in *Guida dir.*, 2006, 14, p. 29.

⁵⁵ Più specificamente, appare impropria la scelta del legislatore di collocare la disposizione al terzo comma invece che al quarto: trattandosi di una deroga al regime dettato in punto di successione di leggi meramente modificatrici, sarebbe stato certamente più corretto dislocarla dopo la regola generale e non prima: in questo senso, *ex plurimis*, G. AMATO, *Scardinata l'intangibilità del giudicato*, cit., p. 29; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione (II)*, cit., p. 1207; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma*, cit., p. 77; C. PECORELLA, sub Art. 2, in (a cura di) E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, I, IV ed., Milano, 2015, p. 129; R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione*, cit., p. 714.

⁵⁶ Per una panoramica delle proposte legislative, cfr. per tutti, F. CALLARI, *Esigenze giuridiche ed aspirazioni idealistiche nel giudizio di revisione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 306 ss.

⁵⁷ V. Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3985 ss., con nota di L. DE MATTEIS, *Tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte Costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte di Strasburgo*.

A fronte, dunque, dell'inerzia del legislatore, e nella giusta consapevolezza che – come più volte affermato dalla Corte di Strasburgo⁵⁸ – lo strumento più idoneo ad assicurare un'effettiva riparazione di tali violazioni sia quello della riapertura (o riesame) del processo stesso, naturalmente “depurato” dei vizi riconosciuti dai giudici europei, è stata la giurisprudenza di legittimità ad assumersi il compito di identificare – in via pretoria – i meccanismi per consentire l'ottemperanza degli obblighi derivanti dall'art. 46 Cedu.

Anche in questo caso, non è possibile soffermarsi dettagliatamente sugli interventi ermeneutici; basti qui evidenziare come il riferimento sia ad un tritico di sentenze in cui i giudici italiani hanno cercato di utilizzare gli istituti già esistenti nell'ordinamento – in particolare, e rispettivamente, la disciplina della rimessione in termini dettata dall'art. 175, comma 2, c.p.p.; l'incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p.; e il ricorso straordinario previsto dal già citato art. 625 bis c.p.p. –, valorizzandone la *ratio* anche al di fuori del loro immediato ambito applicativo, al fine di revocare il giudicato e consentire, di conseguenza, la riapertura del procedimento penale⁵⁹.

Senonché, proprio la necessità di ricorrere a siffatte forzature interpretative, stante l'intrinseca inadeguatezza degli strumenti vigenti nell'ordinamento, ha determinato la Corte Costituzionale a individuare uno specifico rimedio che consentisse di piegare lo sbarramento del giudicato al fine di ottemperare alle decisioni pronunciate a Strasburgo. Con la celebre sentenza n. 113 del 2011, i giudici delle leggi hanno, infatti, dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non contemplava un “diverso” caso di revisione, volto a consentire la riapertura del processo, quando la stessa risultasse necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte edu⁶⁰.

⁵⁸ In questo senso, *ex plurimis*, Corte edu, 23 ottobre 2003, Gencel c. Turchia; Corte edu, 29 gennaio 2004, Tahir Duran c. Turchia; Corte edu, 29 luglio 2004, Yildimir c. Turchia; Corte edu, 24 marzo 2005, Stoichkov c. Bulgaria; Corte edu, 9 giugno 2005, R.R. c. Italia; Corte edu, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; Corte edu, 28 febbraio 2006, Krasniki C. Rep. Ceca; Corte edu, 27 aprile 2006, Sannino c. Italia; Corte edu, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia; Corte edu, 14 dicembre 2006, Ay ali c. Italia; Corte edu, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia. Cfr., altresì, le pronunce della Grande Camera: Corte edu, 12 maggio 2005, Ocalan c. Turchia; Corte edu, 1 marzo 2006, Sejdovi c. Italia; Corte edu, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

⁵⁹ Il riferimento è, in particolare, a: Cass. Pen., sez. I, 3 ottobre 2006, n. 32678, Somogyi, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 48, con nota di G. UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termini. Ma la legge italiana non risulta ancora adeguata alla CEDU*; Cass. Pen., sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, P.M. in proc. Dorigo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1530 ss., con nota di S. LONATI, *Il «caso Dorigo»: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*; Cass. Pen., Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, in *Giur. it.*, 2009, p. 2154, con nota di R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: il caso Drassich*.

Sul punto, più ampiamente, G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, [L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale](#), in questa *Rivista*, 25 maggio 2015, p. 5 ss.

⁶⁰ Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113, in questa *Rivista*, 19 maggio 2011, con nota di S. LONATI, [La Corte Costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali](#). Cfr., altresì, M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte Costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 ss.; L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte Costituzionale “getta il cuore oltre l'ostacolo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 833 ss.

Invero, a parere della Consulta, «pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata», «non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell’art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell’art. 111 Cost.».

Si tratta, evidentemente, di una conclusione che – nonostante alcune perplessità inerenti all’opportunità di ricorrere ad un intervento “additivo di istituto”⁶¹, la cui fisionomia, pur richiamando formalmente le ipotesi tipiche della revisione, è in realtà assai diversa rispetto a quella normalmente attribuita a tale rimedio impugnatorio⁶² – attesta espressamente la preminenza dei diritti della persona rispetto alla salvaguardia della certezza e della stabilità del giudicato che, nella trama di garanzie designata dalla Carta fondamentale, non può assumere valore assoluto.

E, d’altra parte, che la necessità primaria imposta dalla Costituzione sia quella di tutelare i diritti inviolabili dell’individuo, è emerso anche nell’ambito di un secondo gruppo di decisioni pronunciate dalla Corte di Cassazione in tema di sanzioni irrogate sulla base di norme successivamente dichiarate illegittime⁶³.

Come accennato, una simile questione era già stata proposta alla Consulta nel 2008; e, tuttavia, i giudici delle leggi l’avevano dichiarata infondata, invitando il legislatore a colmare la lacuna del sistema (Corte Cost., 30 aprile 2008, n. 129, cit.). Alla base di questo esito diverso, vi è stata probabilmente la differenza sia del *thema decidendum* (art. 630, comma 1, lett. a) c.p.p. nella sentenza del 2008, art. 630 c.p.p. nel suo complesso nella decisione del 2011), sia del parametro di costituzionalità invocato (artt. 3, 10 e 27 Cost. nel 2008, art. 117 Cost. – con l’art. 46 CEDU come norma interposta – nel 2011).

⁶¹ Cfr., F. CALLARI, *La revisione*, cit., p. 288 ss.; M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”*, cit., p. 3310, il quale evidenzia come la Consulta non si sia fermata alla proclamazione del principio secondo cui il giudicato penale nazionale deve poter essere superato quando la Corte europea riconosce che la riapertura del processo è necessaria per riparare una violazione della Convenzione, lasciando ai giudici la scelta del rimedio da applicare nel caso concreto in attesa di una rielaborazione della materia da parte del legislatore; piuttosto, i giudici della legge, consapevoli dei rischi per l’uniforme applicazione della legge processuale, hanno voluto impegnarsi direttamente per la costruzione di un istituto nuovo, inaugurando una tipologia di pronuncia che può definirsi «additiva di istituto».

⁶² In questo senso, F. CALLARI, *La revisione*, cit., p. 281 ss.; allo stesso modo, Così, G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *L’incidenza sul giudicato interno delle sentenze*, cit., p. 12, i quali evidenziano come, a differenza della revisione tradizionale, la cui finalità principale è quella di ricomporre la rottura tra la verità processuale e quella storica, ogni qualvolta emerge un *novum* da elementi esterni al processo già celebrato, nel caso della nuova “revisione europea” non c’è nessun contrasto di questo tipo. A ben vedere, infatti, il *novum* non riguarda circostanze sopravvenute capaci di influire sulla ricostruzione storica della vicenda, ma l’esistenza di un accertamento – in sede europea – dell’avvenuta lesione di determinati principi contenuti nella Cedu o nei suoi protocolli. In questo senso, semmai si voglia continuare a intendere la revisione come strumento di ricomposizione, il conflitto sussiste tra il «come il processo è stato celebrato» e il «come avrebbe dovuto essere celebrato».

⁶³ Il riferimento è alle celebri sentenze Cass. Pen., Sez. Un., 23 ottobre 2013, n. 18221, Ercolano, in questa *Rivista*, 12 maggio 2014, con nota di F. VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola](#); nonché, Cass. Pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in questa *Rivista*, 17 ottobre 2014, con nota di G. ROMEO, [Le Sezioni unite sui poteri del](#)

Più specificamente, a fronte di un orientamento tradizionale che aveva tendenzialmente escluso ogni possibilità di rideterminazione della sanzione inflitta con una sentenza definitiva, ritenendosi siffatta circostanza incompatibile tanto con la finalità di “certezza delle situazioni giuridiche” che deve caratterizzare l’attività giudiziaria, quanto con il quadro normativo di riferimento⁶⁴, la giurisprudenza più recente, anche alla luce della variata considerazione del principio di immutabilità del giudicato, ha ritenuto di affermare la prevalenza del valore della legalità della pena rispetto a quello della stabilità delle decisioni⁶⁵.

Nella prospettiva dei giudici di legittimità, infatti, ancorché sia da riconoscere la portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di solidità dell’assetto dei rapporti giuridici, occorre ridimensionare profondamente il significato totalizzante attribuito alla sua intangibilità, rafforzando, per contro, la sua valenza di garanzia individuale come limite all’intervento dello Stato nella sfera dell’individuo.

In presenza, quindi, di accertamenti definitivi fondati su norme nazionali dichiarate illegittime per violazione della Costituzione o della Cedu, l’avvenuto esaurimento del rapporto cognitivo non può essere invocato quale limite all’operatività della declaratoria di incostituzionalità. E ciò, non solo perché le conseguenze

[giudice di fronte all’esecuzione di pena “incostituzionale”.](#)

Come è noto, con la prima decisione la Suprema Corte ha posto fine alla c.d. “saga dei fratelli minori di Scoppola”, ossia di coloro che, pur trovandosi nella medesima posizione di Scoppola non avevano proposto ricorso nei termini di legge alla Corte edu, risultando, pertanto, privi di un “titolo esecutivo europeo” da far valere di fronte ai giudici italiani. Più specificamente, la Corte ha ritenuto di non poter dare esecuzione ad una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, “convenzionalmente illegittima”; e ciò, anche a seguito della decisione della Consulta con la quale era stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 341 del 2000, che, modificando *in malam partem* il contenuto sanzionatorio dell’art. 442, comma 2, ultimo periodo, c.p.p., non poteva avere efficacia retroattiva: v., Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 210, in questa *Rivista*, 19 luglio 2013, con nota di G. ROMEO, [Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 4, p. 261 ss. Nel secondo caso, la Cassazione ha, invece, trattato la questione – tutta interna al nostro ordinamento – relativa alla possibilità di rideterminare una pena in sede di esecuzione, successivamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale, diversa dalla norma incriminatrice ma idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, determinatasi in seguito alla declaratoria di incostituzionalità dell’art. 69, comma 4, c.p. nella parte in cui impediva al giudice l’applicazione – tra le altre – dell’attenuante prevista dalla normativa in materia di stupefacenti per i fatti di lieve entità (art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990), ove concorresse la circostanza aggravante della recidiva reiterata ai sensi dell’art. 99, comma 4, c.p.: v., Corte Cost., 15 novembre 2012, n. 251, in www.giurcost.org.

⁶⁴ Ricostruisce questo indirizzo, G. RICCARDI, *Giudicato penale*, cit., p. 4. In giurisprudenza, cfr., Cass. Pen., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 27640, Hamrouni, in www.iusexplorer.it.

⁶⁵ In questo senso, oltre alle già citate decisioni “Ercolano” e “Gatto”, *ex multis*, Cass. Pen., sez. VI, 17 novembre 2010, n. 40836, Nasri, in questa *Rivista*, 9 dicembre 2010, con nota di S. ZIRULIA, [Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l’aggravante di clandestinità? L’efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità di fronte al giudicato penale](#); Cass. Pen., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, Hauohu, in questa *Rivista*, 19 gennaio 2012, con nota di M. SCOLETTA, [Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell’esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all’aggravante costituzionalmente illegittima](#); Cass. Pen., Sez. I, 24 febbraio 2012, n. 19361, Teteh Assic, in questa *Rivista*, con nota di G.L. GATTA, [Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell’applicazione della cd. aggravante della clandestinità \(art. 61 n. 11-bis c.p.\)](#).

pregiudizievoli per il condannato devono essere rimosse fintanto che siano ancora perduranti, dovendosi ritenere la pena, in fase esecutiva, costantemente *sub iudice*; ma, soprattutto, in considerazione del fatto che la restrizione della libertà personale derivante dalla sentenza definitiva, al fine di assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma 3, Cost., deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Carta fondamentale. Per tali ipotesi, pertanto, la preclusione del giudicato non dovrebbe poter in alcun modo trovare spazio, dal momento che la pena irrogata in virtù di quell'accertamento definitivo, collocandosi al di fuori della dimensione della legalità, determina un ingiusto sacrificio della libertà personale del condannato.

Ancora una volta, nel rapporto tra giudicato e tutela dei diritti fondamentali, la giurisprudenza ha riconosciuto la permeabilità dell'istituto processuale, stante l'incidenza che lo stesso determina sulla libertà del reo: in una prospettiva effettivamente rispettosa dei valori della Costituzione, l'obiettivo della salvaguardia della certezza del diritto non può considerarsi preminente, non essendo ammissibile sacrificare sull'altare della "ragion di Stato" – da interpretarsi, se non come prestigio, quale efficienza dello stesso – una garanzia del cittadino, qualificata come "inviolabile" dagli stessi Costituenti.

4. C'è ancora spazio per la tenuta del limite del giudicato alla retroattività favorevole?

Così ripercorso, per un verso, il moto ascendente che ha portato all'affermazione del principio di retroattività favorevole quale diritto fondamentale dell'individuo, per l'altro, il processo di ridimensionamento del valore dell'intangibilità del giudicato, occorre a questo punto chiedersi se sia ancora legittima la prevalenza che il legislatore riconosce al giudicato a fronte di modifiche favorevoli della disciplina.

Come si è visto, il quadro dei rapporti tra l'istituto processuale e la retroattività *in mitius* ha trovato conferma anche una volta definito lo statuto costituzionale di quest'ultima, in ragione del peculiare rilievo – non assoluto – riconosciuto al principio per il tramite dell'art. 3 Cost.; soluzione che, peraltro, è stata mantenuta anche una volta allargata la base costituzionale per il tramite dell'art. 117 Cost. e dell'art. 7 Cedu, quale norma interposta⁶⁶.

⁶⁶ In questo senso, Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in questa *Rivista*, 15 ottobre 2012, con nota di V. NAPOLEONI, [Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di \(supposto\) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 3-4, p. 164 ss. Come è noto, con tale decisione, i giudici delle leggi hanno rigettato la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la disciplina di cui all'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sollevata in relazione ad una serie di parametri costituzionali tra cui – segnatamente – l'art. 117, comma 1, Cost. in riferimento all'art. 7 Cedu. Più specificamente, la Consulta ha escluso che la Corte di Strasburgo abbia sinora mai riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza, ribadendo – in un'ottica tutta interna – che tale principio non ha a che fare con la conoscibilità del precetto, e quindi con la

Nondimeno, sulla scorta della disamina sin qui compiuta, ci sembra non manchino elementi significativi per sollevare seri dubbi sulla perdurante tenuta del limite posto attualmente dal quarto comma dell'art. 2 c.p.

Invero, già muovendo dall'ottica della prevalente dottrina e della Corte Costituzionale, che individuano quale fondamento della retroattività *in mitius* il principio di uguaglianza, sono sempre meno, ad oggi, gli argomenti che consentono di affermare la resistenza del giudicato a fronte di successioni di leggi meramente modificative. A ben riflettere, appare assai improbabile che, nell'ottica di un effettivo bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, l'esigenza di certezza del diritto sottesa al giudicato possa considerarsi prevalente rispetto al diritto fondamentale all'applicazione della retroattività favorevole⁶⁷.

Si è visto, infatti, come la pretesa intangibilità tradizionalmente riconosciuta all'istituto sia stata duramente scalfita a partire dall'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana. In questa prospettiva, non sembra quindi possibile invocare l'avvenuto esaurimento del giudizio di cognizione per giustificare la mancata applicazione della legge successiva più favorevole, dal momento che, così operando, si determina un'evidente e pregnante compromissione della libertà personale del reo⁶⁸.

Senza dubbio, la certezza del diritto sottesa al giudicato costituisce un profilo da preservare; ciò, tuttavia, non può avvenire a discapito della tutela di beni relevantissimi dell'individuo, rispetto ai quali l'istituto dovrebbe sempre considerarsi recessivo. Risulta, dunque, difficilmente sostenibile la sua prevalenza a fronte di condanne che, in forza delle modifiche normative adottate dal legislatore, non sono più conformi al disvalore riconosciuto dallo stesso a quella condotta.

È vero che la maggior parte dei fenomeni cui si è fatto riferimento nel trattare il processo di progressiva erosione dell'intangibilità del giudicato hanno natura "patologica"; tuttavia, sembra innegabile che l'effetto limitativo della libertà personale derivante dalla "fisiologica" successione di leggi penali modificative sia, di fatto, il medesimo: se si considera ammissibile la recessività del giudicato nel primo caso, non sembra ragionevole disconoscerla nel secondo⁶⁹.

D'altra parte – sempre nell'ottica di un giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti – è ancora più problematico ritenere predominanti le succitate esigenze di certezza giuridica ove si individui il fondamento della retroattività favorevole non tanto nella necessità di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza tra soggetti che hanno commesso lo stesso fatto in momenti diversi, ma, piuttosto, nel finalismo rieducativo della pena e nei principi di offensività e di proporzione.

necessità di tutelare la libera autodeterminazione dell'individuo, ma soltanto con l'eguaglianza, la quale resta pur sempre sacrificabile rispetto all'intangibilità del giudicato.

⁶⁷ In questo senso, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 167-168; analogamente, M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in (a cura di) C.E. PALIERO – F. VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 278.

⁶⁸ In particolare, sottolinea questo collegamento tra la retroattività favorevole e la libertà personale dell'individuo, F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde*, cit., p. 1174.

⁶⁹ In questo senso, T. VITARELLI, *Recenti interventi sulla disciplina degli stupefacenti e principio di retroattività delle norme di favore*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, 2016, p. 2613 ss.

Come si è accennato, il parametro dell'uguaglianza-ragionevolezza, essendo fondato su uno schema di giudizio logico-formale, consente all'interprete di limitarsi ad assumere l'esistenza di controinteressi confliggenti, quali appunto la certezza del diritto, senza poi accertare se la limitazione posta a tutela degli stessi sia effettivamente necessaria. Al contrario, una riflessione fondata su principi più rigorosi determina inevitabilmente una restrizione dei possibili limiti da riconoscere alla *lex mitior*.

Guardando alle caratteristiche e alla natura del fenomeno abolitivo e modificativo, questo esprime la perdita di disvalore, o di un certo tasso di disvalore, di un fatto sulla scorta di una rinnovata valutazione circa l'effettiva necessità di intervenire attraverso una sanzione penale o, comunque, attraverso una sanzione penale avente quella misura. Tale processo valutativo va, peraltro, inserito in un sistema di tipo oggettivistico, in cui ciò che rileva non sono la disobbedienza alla legge e la logica d'autore, ma solo il giudizio di rilevanza penale operato dal legislatore, che considera un certo comportamento offensivo, in quanto obiettivamente idoneo a porre in pericolo o ledere beni giuridici e, pertanto, meritevole di pena.

In questo contesto è evidente come l'applicazione della legge più favorevole si imponga non tanto per ragioni ispirate a un generale *favor* nei confronti del reo, ma perché è questa la più rispondente all'attuale quadro di valori sociali e culturali e alle correnti valutazioni politico-criminali.

Focalizzando, poi, l'attenzione sulla pena, è noto come essa rappresenti la risposta del sistema, nello svolgimento delle sue funzioni di difesa collettiva e individuale, all'illecito penale; costituisce, pertanto, un principio generale dell'ordinamento, unanimemente condiviso, la necessità che sia proporzionata al disvalore penale del fatto, tanto per garantire il cittadino contro gli abusi del potere statale, quanto per assicurare l'effettiva capacità dissuasiva dell'intervento sanzionatorio⁷⁰.

In questa prospettiva, affinché l'intervento punitivo non perda di significato, è necessario che il reo non percepisca come ingiusto il trattamento inflitto, dato il rischio – altrimenti – che in esso egli ravvisi un'irragionevole vendetta dello Stato, suscitando ulteriori istinti antisociali: l'evenienza di una sproporzione sanzionatoria rispetto al disvalore del reato preclude ogni possibilità di accettazione della pena come equa reazione all'illecito commesso⁷¹.

Ora, non può dubitarsi che in caso di successione di leggi, se la pena applicata al reo è più gravosa rispetto a quella che gli sarebbe irrogata in base alla normativa attualmente vigente, si determini una sproporzione tra il nuovo disvalore del fatto e la

⁷⁰ La rilevanza del principio di proporzione per la tutela dell'individuo è dimostrata dal fatto che, storicamente, la sua prima affermazione risale al pensiero illuminista, confluita poi nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che, infatti, all'art. 8 proibiva al legislatore di introdurre pene che non fossero "strettamente ed evidentemente necessarie".

Per una ricostruzione dell'evoluzione del principio nell'ordinamento italiano, per tutti, A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1427 ss.

⁷¹ In questo senso, per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 18 ss.; nella manualistica, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 746.

sofferenza legale inflitta attraverso la sanzione. Ne deriva il rischio per il condannato di percepire un'ingiustizia rispetto al sacrificio della propria libertà personale, aprendosi, di conseguenza, la strada alla possibilità di inficiare il processo di recupero della sua capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento; e ciò, evidentemente, a prescindere dall'esistenza o meno di una sentenza passata in giudicato⁷².

È altrettanto indubbio, peraltro, che la congruità del trattamento sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto – pena la vanificazione della finalità rieducativa della pena – si imponga non solo rispetto al momento della previsione normativa della fattispecie – vincolando il legislatore nell'attività di predeterminazione del tipo e della misura edittale – o in quella di commisurazione della pena, ma soprattutto al momento dell'esecuzione. Quest'ultimo, a ben vedere, costituisce la sede naturale in cui dar seguito all'idea rieducativa: è, infatti, durante l'esecuzione che si procede (o si dovrebbe procedere) al trattamento individualizzato del colpevole, al fine di favorirne il più possibile il riadattamento⁷³.

A fronte, dunque, dei potenziali effetti destabilizzanti che il limite del giudicato è in grado di determinare sulle potenzialità rieducative del reo e, conseguentemente, sull'efficacia del sistema sanzionatorio, non sembra che la prevalenza che il legislatore attualmente accorda all'istituto, a fronte di modifiche favorevoli della disciplina, possa ancora considerarsi legittima; ben più funzionale sarebbe, invece, la possibilità di intervenire sul trattamento sanzionatorio, rendendolo permeabile alla rinnovata valutazione circa l'offensività del fatto di reato compiuta dal legislatore.

5. Considerazioni conclusive.

Dal percorso sin qui compiuto è emerso come l'attuale soluzione offerta dalla normativa codicistica in punto di sbarramento alla retroattività della disciplina più favorevole abbia smarrito nel tempo la sua ragione giustificativa.

Per le considerazioni sin qui svolte, essa non è più rintracciabile nel quadro dei valori costituzionali, non potendosi ammettere – alla luce dei più volte citati principi di uguaglianza, offensività e finalismo rieducativo della pena – che la limitazione all'operatività della retroattività favorevole, anche in presenza di una mera rimodulazione delle scelte punitive, sia realizzata in favore di un istituto processuale la cui valenza dogmatica risulta sempre più ridimensionata, come dimostrato dagli interventi novellistici realizzati a partire dal 1988 e dalle decisioni adottate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

⁷² Seppure si tratti di un profilo non afferente alla retroattività favorevole, va osservato che, anche nell'ottica della prevenzione generale, la minaccia di una pena eccessivamente severa, o comunque, sproporzionata, può suscitare sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbero riflettersi nel rapporto tra i singoli reati e le sanzioni corrispondenti: sul punto, T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 262.

⁷³ Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 760.



3/2019

Quest'ultima – si è visto – ha dato una forte accelerazione al processo di erosione del giudicato, evidenziando – seppure spinta dalla specifica necessità di ripristinare i diritti del condannato, lesi da violazioni della Cedu o della legalità costituzionale – come l'impianto assiologico ricavabile dalla Carta fondamentale, specie se calato nel più ampio contesto sovranazionale di affermazione e riconoscimento dei diritti umani, non consenta di assumere la certezza del diritto quale valore centrale dell'ordinamento, idoneo a prevalere sui diritti fondamentali dell'individuo.

Una giustificazione al mantenimento del limite del giudicato in presenza di successione di leggi penali meramente modificative non emerge, peraltro, neanche dalla giurisprudenza della Corti sovranazionali. Invero, se non può negarsi che, allo stato attuale, i giudici europei non abbiano preso posizioni esplicite rispetto alla legittimità di siffatto sbarramento – in ragione probabilmente della non unanime disciplina che il canone della retroattività *in mitius* assume nei vari Stati europei –, occorre, nondimeno, considerare l'esistenza di testi normativi che, escludendo ogni riferimento al giudicato o ad altre possibili limitazioni all'applicazione di tale principio di diritto intertemporale, spingono verso il riconoscimento del suo valore tendenzialmente assoluto.

D'altra parte, non può trascurarsi come la necessità di contemperare l'esigenza di certezza posta dal giudicato in caso di modifiche favorevoli inerenti alla pena si sia già posta all'attenzione del legislatore, il quale – in occasione di alcuni progetti di riforma del codice penale – ha proposto una parziale riscrittura della disciplina dettata in materia di successione di leggi penali, realizzata solo in parte con la già citata L. 24 febbraio 2006, n. 85⁷⁴.

⁷⁴ Seguendo un criterio cronologico e soffermandoci solo sui profili di nostro interesse, il primo progetto cui occorre fare riferimento è quello elaborato dalla commissione ministeriale, presieduta dal Prof. Pagliaro, nel 1992. In particolare, l'art. 5 della bozza di articolato contenuta nello schema di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale iscrive, tra i criteri direttivi in base ai quali disciplinare l'efficacia della legge penale nel tempo, la retroattività della normativa più favorevole oltre il limite del giudicato, «quando essa preveda una pena pecuniaria in luogo della precedente pena detentiva, ovvero quando l'esecuzione di una pena detentiva sia destinata a protrarsi, in forza del giudicato, oltre il limite massimo stabilito dalla nuova legge». Il testo del Progetto Pagliaro è consultabile in www.giustizia.it; cfr., inoltre, M. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Padova, 1993.

Deroghe al limite del giudicato sono contenute anche nel disegno di legge di iniziativa parlamentare n. 2038 (c.d. Progetto Riz), presentato alla Presidenza del Senato il 2 agosto 1995 e avente ad oggetto la riforma del Libro I del codice penale. Più specificamente, si propone un'eccezione rispetto all'attuale disciplina nei casi in cui sia stata irrogata «una pena non preveduta dalla legge posteriore più favorevole, ovvero una pena superiore al massimo consentito dalla legge posteriore più favorevole»; in presenza di questa evenienza sarà il giudice dell'esecuzione a determinare, in conformità alla legge posteriore, «la pena da applicare, tenuto conto di quella già scontata». Il Progetto Riz è consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927 ss.

Sulla stessa linea si pone anche il Progetto preliminare di riforma del codice penale elaborato nel 2001 dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Grosso (c.d. Progetto Grosso). In particolare, all'art. 5 – dedicato all'efficacia della legge nel tempo – si stabilisce che, in caso di modifiche favorevoli al reo, pur in presenza di una pronuncia inderogabile, «la pena inflitta, non ancora eseguita o in corso di esecuzione, non può superare il limite massimo di durata stabilita dalla legge successiva. Se la legge successiva prevede una pena di specie diversa da quella prevista precedentemente, e non ancora eseguita o in corso di esecuzione, a richiesta del condannato essa viene commutata con i criteri previsti dall'articolo 73 comma 3». Il Progetto Grosso è consultabile in www.giustizia.it.

Sostanzialmente analoghe anche le proposte elaborate dalle Commissioni ministeriali presiedute,

A ben vedere, proprio la previsione fissata nel quarto comma dell'art. 2 c.p. – rilevando l'iniquità che si sarebbe determinata nel continuare a eseguire una pena detentiva non più compatibile con la successiva legge più favorevole – ha segnato una significativa apertura verso la possibilità di un superamento dell'attuale modello codicistico. Apertura che, tuttavia, trova un limite nella scelta di circoscrivere l'eliminazione dello sbarramento del giudicato solo ai casi di evidente variazione del trattamento sanzionatorio e, comunque dalla facile soluzione dal punto di vista strettamente processuale.

Sotto questo profilo, se non si può non riconoscere che, in alcuni casi – a fronte di una differenza maggiormente significativa tra quanto previsto dalla disciplina previgente e la normativa successiva – l'ingiustizia nel continuare a eseguire la pena più grave sia particolarmente manifesta, è parimenti innegabile come, anche in presenza di rivalutazioni del disvalore del fatto meno significative, si determini la violazione dei principi di offensività e proporzione e, tramite quest'ultimo, della funzione rieducativa della pena. Il rapporto di proporzione tra fatto e sanzione, necessario affinché la pena non venga percepita come ingiusta, non è incrinato, infatti, solo a fronte di notevoli divaricazioni nel tipo o nella misura della pena, ma in presenza di qualsiasi sperequazione che manifesti l'incongruenza del regime punitivo.

Ove, dunque, si voglia essere effettivamente rispettosi dei principi costituzionali, non sembra potersi prescindere quantomeno dal saggiare la proponibilità del modello che prevede l'eliminazione dello sbarramento del giudicato rispetto a qualsiasi modifica idonea a incidere in senso favorevole sul trattamento sanzionatorio, tenuto conto, altresì, del fatto che la soluzione normativa prefigurata dall'art. 2 c.p. rappresenta un'eccezione nel panorama europeo⁷⁵.

In questa prospettiva, è evidente come il principale ostacolo a una rielaborazione della disciplina della retroattività in caso di mutamenti favorevoli della legge sia rappresentato dalle difficoltà pratiche che una siffatta novella determinerebbe – in

rispettivamente, dal Dott. Nordio nel 2004 e dall'Avv. Pisapia nel 2006. Più specificamente, la prima dispone all'art. 3 – rubricato «Successione di leggi penali» – che «la pena in esecuzione non può superare il massimo della pena stabilita dalla legge più favorevole»; la seconda, invece, all'art. 6 – dedicato all'«efficacia della legge nel tempo» – prevede la necessità di «stabilire (...) che se sono diverse la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le leggi successive, si applichi quella che, valutata complessivamente e in concreto, risulti più favorevole per l'agente, salvo che sia intervenuta sentenza irrevocabile. Stabilire che, in tale ultimo caso, se la legge successiva prevede una pena di durata minore o di specie meno afflittiva, la pena sia corrispondentemente determinata». L'articolato del Progetto elaborato dalla Commissione Nordio è consultabile in www.ristretti.it; mentre lo schema di riforma del Progetto Pisapia è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.

⁷⁵ A ben vedere, infatti, ad eccezione di Italia, Grecia e Portogallo, che distinguono l'*abolitio criminis* dalla mera successione di leggi modificatrici stabilendo solo per quest'ultima il limite del passaggio in giudicato della decisione, la maggioranza dei Paesi europei prevede una disciplina unitaria dei due fenomeni, ancorché caratterizzata, per alcuni ordinamenti, dall'impossibilità di riconoscere in qualunque ipotesi l'operatività della nuova legge più favorevole ogni qualvolta sia stata pronunciata sentenza definitiva di condanna (es. Francia, Belgio, Lussemburgo); per altri, dall'assenza di qualsiasi preclusione, anche ove sia intervenuto il giudicato (es. Spagna, Svezia, Finlandia, Olanda).



3/2019

termini di tempo e costi – per il sistema giudiziario italiano, data la mole di arretrato pendente che grava su di esso.

Tuttavia, come ammoniva già autorevole dottrina, la «preoccupazione di rinnovare *ex novo* un processo sfociato in una sentenza irrevocabile» non deve trasformarsi in «pigrizia mentale, o scarsa fantasia»⁷⁶; soprattutto – sembra potersi aggiungere – ove siano in gioco diritti fondamentali della persona.

⁷⁶ Così, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 121.



3/2019

LA NUOVA FISIONOMIA DELLE MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI: IL CONTROLLO GIUDIZIARIO DELLE AZIENDE E DELLE ATTIVITÀ ECONOMICHE DI CUI ALL'ART. 34-BIS CODICE ANTIMAFIA

di Francesco Balato

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-bis del D.lgs n. 159 del 2011: profili generali. – 2. I presupposti di applicazione dell'istituto. – 3. L'ambito di applicazione soggettivo. – 4. I presupposti oggettivi: la soggezione e l'agevolazione. – 4.1. La possibilità di applicare l'amministrazione giudiziaria anche alla "vittima". – 5. L'occasionalità dell'agevolazione. – 6. Le conseguenze derivanti dall'applicazione del controllo giudiziario: il duplice contenuto del controllo. – 7. L'ipotesi di cui al comma 6 dell'articolo 34 bis. Profili generali. – 7.1 Segue: ancora sui presupposti di cui al comma 6 dell'art. 34-bis e la pretesa sussistenza di un interesse pubblico. – 7.2 Segue: il presupposto dell'impugnazione dell'interdittiva antimafia. – 8. L'applicabilità del controllo giudiziario di cui al comma 6 dell'art. 34-bis alle ipotesi di diniego della iscrizione alla cosiddetta *white list* di cui all'art. 52 della L. n. 190/2012.

1. Il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-bis del D.lgs. n. 159 del 2011: profili generali.

Nel rimodulare sotto diversi profili il codice antimafia¹, la L. 17 ottobre 2017, n. 161², ha introdotto nella legislazione in materia di prevenzione una nuova misura

¹ Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 recante il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136 in GU n. 226 del 28 settembre 2011.

² Legge 17 ottobre 2017 n. 161 recante: "Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate" (in GU n. 258 del 04.11.2017). Sulle modifiche apportate, in generale, al codice antimafia dalla citata legge si veda: A. BALSAMO, *Codice antimafia*, in *Digesto disc. pen., Agg.*, VIII, Torino, 2014; A. BALSAMO – G. LUPARELLO, *Il codice antimafia e le ulteriori novità in tema di prevenzione*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018; M.V. DE SIMONE, *Gli effetti della confisca e la destinazione*, in AA.VV., *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di F. Fiorentin, Torino, 2018; G. FIANDACA, *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano 2016, 22 ss.; S. FINOCCHIARO, *Art. 1 Prot. Add. Protezione della proprietà*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis – Viganò, Torino, 2016; ID., [La riforma del Codice antimafia \(e non solo\): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2017, p. 251 ss.; V. MANES, *Nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1259; A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di*

patrimoniale, contemplata all'articolo 34-*bis* del codice, denominata controllo giudiziario delle aziende³.

Ponendo mente alla collocazione dell'istituto – inserito subito dopo gli articoli 33 e 34 del codice antimafia –, rispettivamente disciplinanti gli istituti dell'amministrazione

qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera, in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; F. MENDITTO, [Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 \(c.d. Codice antimafia\) e della confisca allargata](#), in questa *Rivista*, 22 dicembre 2015; ID., [La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2017, p. 127 ss.; G. PIGNATONE, [Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 259 ss.; Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea*, Torino, 2016; F. ROBERTI, *Terrorismo internazionale. Contrasto giudiziario e prassi operative*, in [www.questionegiustizia.it](#); G. VARRASO, [Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017](#), in questa *Rivista*, 12 gennaio 2018; F. VIGANÒ, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 370 ss.; C. VISCONTI, [Proposte per recidere il nodo mafie-imprese](#), in questa *Rivista*, 7 gennaio 2014; ID., *Strategie di contrasto all'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafia e impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 705; ID., [Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali](#), in questa *Rivista*, 11 luglio 2016; C. VISCONTI – G.B. TONA, *Commento al nuovo codice antimafia*, LP, 2018.

³ L'istituto, introdotto dall'articolo 11 della legge 17 ottobre 2017, n. 161, vanta, in vero, il suo antecedente legislativo nella previsione di cui al comma 8 della precedente formulazione dell'articolo 34 del codice antimafia, relativo all'amministrazione giudiziaria delle aziende e delle attività economiche.

Peraltro, l'ordinamento conosce anche altra tipologia di controllo giudiziario, ovvero quella prevista dall'articolo 3 della L. 29 ottobre 2016, n. 199 nel caso di procedimenti penali per i reati previsti dall'articolo 603-*bis* c.p. (Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), da adottare al posto del sequestro preventivo, qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale. Quanto al contenuto del controllo, lo stesso presenta profonde affinità con quello di cui all'articolo 34-*bis* del codice antimafia, comportando la nomina di un amministratore giudiziario che affianca il titolare dell'attività economica nella gestione e relaziona al giudice in ordine alla vigilanza esercitata. Sul nuovo istituto disciplinato dall'articolo 34-*bis* del codice antimafia, tra i primi lavori: T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giur. it.*, n. 6, 2018, p. 1521 ss.; A. Auletta, *L'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario a seguito della riforma del codice antimafia*, in [www.ilpenalista.it](#), 30 novembre 2017; A. BALSAMO – G. LUPARELLO, *La riforma del codice antimafia*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2018*, Roma 2018; T. BENE, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, 21 maggio 2018; A. CAIRO – C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, Molletta, 2018, p. 802; R. CANTONE – B. COCCAGNA, [Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2018, p. 151 ss.; R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, *Dossier. Art. 34-bis d.lgs. 159/2011 Il controllo giudiziario delle aziende*, febbraio 2018, reperibile a questo [link](#); R. MAGI, *Cenni sul procedimento. Il sequestro e la dimensione probatoria della confisca*, in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 1100; A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018 p. 53; C. PANSINI, *Procedimento applicativo delle misure di prevenzione patrimoniale: la l. 17 ottobre 2017, n. 161 e le modifiche al codice antimafia*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 2; R. RAZZANTE – E. PEZZUTO, *Il nuovo codice antimafia, commentario aggiornato alla legge 17 ottobre 2017, n. 161*, Pisa 2018; A.V. SARNATARO, in L. De Gennaro – N. Graziano (a cura di), *La nuova legislazione antimafia*, Roma, 2017, p. 180 e ss.; P. SCHIATTONE, *Il nuovo codice antimafia, guida operativa alla riforma del codice antimafia (l. 17 ottobre 2017, n. 161)*, Piacenza, 2018, p. 28 ss.; M. URBANO, *Il controllo giudiziario delle aziende di cui all'articolo 34 bis del codice antimafia*, in D. Posca (a cura di), *Criticità gestionali di beni e aziende sequestrate*, Trani, 2018, p. 405 ss.; C. VISCONTI, *Codice antimafia, luci ed ombre*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 145; C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Legislazione penale*, 14 febbraio 2018, p. 7 ss.

giudiziaria dei beni personali del proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione e quello dell'amministrazione giudiziaria delle imprese, quello di cui all'articolo 34-*bis* riflette anzitutto un nuovo schema di misura di prevenzione patrimoniale che si affianca a quelle già contemplate dal codice, ossia tanto a quelle appena menzionate – accomunate, come si vedrà, da effetti meno invasivi sulla proprietà del destinatario della misura –, quanto a quelle paradigmatiche del sequestro finalizzato alla confisca, e della confisca stessa.

Questi ultimi interventi patrimoniali – rispettivamente disciplinati agli articoli 20 e 24 del codice –, costituenti l'uno lo strumento di tipo cautelare, l'altro quello tendenzialmente definitivo (salve le ipotesi di revocazione di cui all'articolo 28 del codice), si connotano essenzialmente sul piano funzionale in quanto comportano entrambe il radicale spossessamento dei beni dal contesto proprietario di riferimento.

Effetto tipico del sequestro, atto prodromico alla confisca e dalla quale ripete struttura analoga, è quello di rimuovere il bene oggetto della misura dalla disponibilità del soggetto interessato dal procedimento di prevenzione per affidarlo all'autorità giudiziaria.

La rimozione del bene, interinale con il sequestro, tendenzialmente definitiva con la confisca risponde, come noto, a plurime finalità, tra le quali è senz'altro presente quella di espungere dall'economia legale quanto sia frutto di attività illecita⁴, ovvero quanto sia stato accumulato in misura non rispondente al criterio di trasparenza che presiede all'accumulazione patrimoniale⁵.

Gli interventi diversi dal sequestro quali l'amministrazione dei beni personali (di cui all'articolo 33), l'amministrazione giudiziaria dei beni (di cui all'art. 34) e il nuovo controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis* codice antimafia) si connotano tutti per l'assenza del dato della rimozione e ciascuno, invece, per la conservazione della titolarità del bene in capo all'imprenditore colpito dalla misura di prevenzione, sebbene in una cornice di interventi – pur sempre preventzionali – ma dal contenuto eterogeneo e progressivamente più incisivi, a seconda delle maggiori o minori esigenze di prevenzione⁶ da soddisfare sul bene interessato.

Nelle ipotesi di cui agli articoli 33 e 34, pur all'interno di una sostanziale diversità di contesto, la misura di prevenzione comporta l'intervento dello Stato per la sola amministrazione dei beni, ferma la disponibilità di fatto e giuridica che resta di pertinenza del soggetto proposto, laddove nell'ipotesi di cui al controllo giudiziario di cui all'articolo 34-*bis*, lo Stato riduce ancor di più il livello di azione, limitandosi ad esercitare un controllo sull'amministrazione spettante agli organi ordinari del soggetto economico attinto dalla misura.

⁴ Cass. pen. sez. un., 2014, n. 4880, Spinelli, Rv. 262602 a 262607, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3520, con nota di M. Di LELLO FINUOLI e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 922 con nota di A.M. MAUGERI; Corte cost. n. 335/1996.

⁵ G. CAPECCHI, [La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità](#), in questa *Rivista*, 4 ottobre 2017, p. 9. Cfr. Corte cost. n. 106/2015; ord. 368/2004; 335/1996; 487/1995; cfr., anche Cons. Stato., sez. 3, 9 febbraio 2017, n. 565, a giudizio del quale “*lo Stato non riconosce dignità e statuto di operatori economici, e non più soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose*”.

⁶ V. *infra*, par. 4.



3/2019

Si assiste così all'introduzione, nell'impianto del codice antimafia, di un principio di progressività dell'intervento prevenzionale⁷ – simile a quello che, in tema di misure cautelari personali, è contemplato dal codice di procedura penale –, che si intensifica o si riduce in misura proporzionale⁸ al “bisogno di prevenzione” dell'operatore economico colpito.

Se con la misura dell'amministrazione giudiziaria, già presente nel codice⁹, si percepiva la forma più blanda dell'azione di prevenzione, con il controllo giudiziario si apprezza – sul piano del contenuto dell'intervento – un approccio ancora più *soft*, specularmente al minor bisogno di intervento rilevatosi dall'analisi della regiudicanda.

La finalità, tuttavia, è comune e consiste in un obiettivo comunque recuperatorio del soggetto economico, finalità questa presente in tutte le misure patrimoniali e declinata secondo diverse sfumature contenutistiche, ma tutte accomunate dal fine, consistente nel recupero alla legalità del soggetto economico e nella depurazione dello stesso da eventuali tentativi di contaminazione.

Come si vedrà anche meglio in seguito¹⁰, la dosimetria dell'intervento – fermo il fine – dipende essenzialmente dall'esigenza preliminare di comprendere quale sia, come si diceva, il bisogno di prevenzione da soddisfare e, ancor prima, quale sia il tipo soggettivo¹¹ da trattare sul versante prevenzionale.

Così, la caratteristica essenziale del nuovo istituto è rappresentata in primo luogo dall'innestarsi su un modello di amministrazione che si conserva nelle mani del titolare dei beni, il quale non ne viene spogliato; in secondo luogo per il fatto di connotarsi in una serie – modulabile a seconda dei casi – di prescrizioni e obblighi da imporre al soggetto economico al fine di realizzare l'obiettivo di prevenzione che consiste, come si accennava, nella finalità di bonificare l'impresa rimuovendo il rischio di infiltrazione o contaminazione criminale.

⁷ C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., p. 31; A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018 p. 51; R. MAGI, *Cenni sul procedimento. Il sequestro e la dimensione probatoria della confisca*, in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 1100.

⁸ A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018 p. 53, la quale evoca il principio di proporzionalità delle misure di prevenzione così come previsto dalla Direttiva europea n. 42/2014, in particolare ai considerando nn. 17 e 18; si veda anche T. BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 2, la quale rileva che “da un punto di vista sistematico, le modifiche normative rispondono all'esigenza sempre più avvertita di costituire un sistema “adattivo” capace di individuare soluzioni diversificate rispetto al trend sinora adottato per fronteggiare le aggressioni criminali ai patrimoni”.

⁹ Articolo 34 del codice antimafia nella versione precedente alla modifica apportata dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161.

¹⁰ Si veda par. 4.

¹¹ R. MAGI, *Cenni sul procedimento. Il sequestro e la dimensione probatoria della confisca*, in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 1100.



3/2019

Si tratta, quindi, a differenza delle altre misure patrimoniali, di un sistema di vigilanza prescrittiva¹² dal contenuto variegato¹³ azionabile dai tradizionali titolari del potere di proposta di prevenzione patrimoniale, ai sensi dell'art. 17 del codice, ovvero, nel caso del comma 6 dell'articolo 34-*bis*, dallo stesso soggetto economico interessato all'intervento.

2. I presupposti di applicazione dell'istituto.

Esposto l'inquadramento, nonché la natura e la finalità del nuovo istituto, si tratta ora di analizzare i presupposti contemplati dalla disposizione introduttiva. Si anticipa fin da subito come il profilo dei presupposti per l'attivazione del controllo giudiziario interseca il tema del tipo soggettivo avuto in considerazione dal legislatore quale destinatario peculiare della misura in parola.

Tale dato merita un approfondimento in quanto pare riflettere la chiave di complessiva interpretazione dell'istituto e, insieme, il criterio per la soluzione delle non poche questioni che – specie in tema di controllo giudiziario ai sensi del comma 6 dell'articolo 34 bis¹⁴ – si sono originate fin dalle prime applicazioni dell'istituto.

Tanto premesso, va rilevato come il tenore testuale della disposizione in tema di controllo giudiziario rechi anzitutto un rinvio all'articolo 34, relativo all'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende.

Ai sensi, infatti, del primo comma dell'articolo 34-*bis*, quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone anche d'ufficio il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività.

Dalla lettura della disposizione sembra che l'istituto focalizzi i suoi presupposti su due elementi, ossia, da un lato sul profilo dell'agevolazione, il cui carattere occasionale serve, come si vedrà, a distinguerla dall'istituto dell'amministrazione giudiziaria di cui all'articolo 34; dall'altro, sulla presenza di circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose.

Sul punto va osservato come la disposizione non sembri brillare per chiarezza dal momento che affianca due elementi di indubbia eterogeneità, anche in relazione al tipo soggettivo oggetto di richiamo.

Si accosta – all'interno della medesima fattispecie in condizioni di compresenza – l'elemento dell'agevolazione di cui all'articolo 34, ossia quell'attitudine, propria dell'organismo economico, a determinare un ausilio rispetto all'attività di determinate

¹² C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *LP*, 2018, p. 32.

¹³ Si veda più approfonditamente *infra*, par. 6.

¹⁴ Si veda par. 7.

persone a vario titolo gravate da pregiudizi¹⁵, a quello dell'infiltrazione mafiosa della quale si pretende vi siano circostanze di fatto dalle quali desumerne il pericolo concreto.

Non è perfettamente chiaro in che relazione si pongano reciprocamente tali presupposti, anche tenendo conto del fatto che il momento dell'agevolazione di cui all'articolo 34, quale singolo termine di una coppia nella quale figura anche la sottoposizione alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis, non si riferisce solo a soggetti che gravitano nella fenomenologia mafiosa.

L'articolo 34 utilizza l'espressione *"(...) o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per uno dei delitti di cui agli articoli 603 bis, 629, 648 bis e 648 ter del codice penale"*, segno questo evidente che il tema dell'"agevolazione" è inteso dal legislatore quale, appunto, attitudine del soggetto economico ad agevolare, ossia avvantaggiare in qualsiasi modo non solo persone o soggetti portatori di criticità di tipo mafioso, ma anche persone collocabili in un generico contesto di criminalità qual è certamente quello relativo, ad esempio, all'essere indagato per i delitti di cui all'articolo 603-bis, 629, 648-bis e ter c.p.¹⁶

Insomma, l'agevolazione che un ente economico determina a favore di taluno, non è limitata alle sole ipotesi di soggetti attratti in fenomeni mafiosi, ma è agevolazione rispetto a forme anche ordinarie di criminalità, quindi, anche extra mafiosa.

Se così è, si comprende subito come poco si concili – nel corpo del comma 1 dell'articolo 34-bis – il compresente richiamo da una parte all'agevolazione di cui all'articolo 34, dall'altra al "pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività". Si tratta di chiarire allora come coniugare il richiamo all'agevolazione con quello del pericolo di infiltrazione mafiosa e, quindi, domandarsi se nella fattispecie debba avere maggiore pregnanza l'elemento indicato da ultimo, che si attegga a sorta di "evento" ai fini dell'adozione del controllo giudiziario o se debba riconoscersi prevalente rilievo al rinvio all'agevolazione di cui all'articolo 34 che sembra possedere una latitudine più ampia, in quanto include forme di criminalità anche diversa da quella mafiosa.

È naturale che prediligere un'opzione piuttosto che l'altra significa scegliere di conferire un ambito di applicazione più o meno ampio al controllo giudiziario: a voler enfatizzare il richiamo al tratto dell'agevolazione, si conferisce ampia portata all'istituto; al contrario, focalizzando l'interpretazione sull'infiltrazione mafiosa e spostando dunque su questa il baricentro, l'istituto resterebbe di schietta pertinenza mafiosa,

¹⁵ Nel corso della trattazione tali persone verranno indicate con diverse locuzioni, quali quella di "persone gravate", "entità gravata", "entità sospetta", ma si tratta di espressioni con le quali si ci riferisce a coloro che, nel corpo della disposizione di cui all'articolo 34 del codice, designano: *"(...) le persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per uno dei delitti di cui agli articoli 603 bis, 629, 648 bis e 648 ter del codice penale"*, come risulta anche dal passaggio successivo dell'argomentazione.

¹⁶ V. nota precedente.



3/2019

generando dubbi in ordine alla sua applicazione alle ipotesi in cui l'organismo economico abbia invece *chances* concrete di agevolare l'opera (criminale) di soggetti inquadrabili nella pericolosità generica¹⁷, quella di coloro che sono indagati per i reati catalogo di cui al codice penale, non necessariamente connotati da profili di mafiosità.

Si tratta, quindi, di assegnare un congruo significato al concetto di “infiltrazioni mafiose”, espressione che compare solo nel nuovo istituto introdotto dal legislatore del 2017 e può incidere sulla sua portata applicativa.

Certo, a voler considerare plausibile una lettura restrittiva, si arriverebbe in primo luogo ad assegnare al controllo giudiziario un ambito di applicazione minore rispetto all'articolo 34, limitandolo alle sole fenomenologie mafiose, laddove l'amministrazione giudiziaria potrebbe applicarsi anche alle ipotesi – diverse da quelle di operatori economici sottoposti all'intimidazione ovvero alle condizioni descritte all'articolo 416-bis c.p. – in cui l'attività economica in rilievo sia in concreto agevolatrice rispetto a persone indagate per i cennati reati, ovvero soltanto proposte per l'applicazione di una misura di prevenzione personale o patrimoniale.

In secondo luogo, il controllo finirebbe per riflettere una misura di prevenzione patrimoniale *sui generis*, in quanto – pur figurando nel titolo II del codice antimafia, relativo alle misure di prevenzione patrimoniali, accanto al sequestro e alla confisca, e pur dovendo soggiacere al disposto dell'articolo 17 che reca il riferimento, con il richiamo all'articolo 4, a pressoché tutte le tipologie di criminalità –, nondimeno dovrebbe riguardare le sole manifestazioni di criminalità mafiosa.

In verità, un tentativo di risolvere il problema potrebbe essere compiuto considerando la cornice sistematica all'interno della quale si colloca il riferimento al concetto di infiltrazione mafiosa. In effetti, il codice si occupa del tema nelle disposizioni contenute agli articoli 84, comma 4 e 91, comma 6, laddove si disciplina l'istituto dell'informazione antimafia, quale misura di prevenzione di pertinenza dell'autorità amministrativa.

In tali disposizioni, laddove sono enucleati i presupposti per l'emanazione della informazione interdittiva, si fa in più occasione riferimento all'infiltrazione mafiosa, che assurge a presupposto – tra gli altri – ai fini dell'emissione della misura interdittiva prefettizia.

Ai sensi delle indicate previsioni normative, l'infiltrazione diventa il profilo da diagnosticare, l'effetto da prevenire, mentre gli indicatori per comprendere se ci si trovi al cospetto di un'infiltrazione vengono ritracciati in vari elementi, tutti elencati nell'articolo 84, comma 3 oltre che nell'articolo 91, comma 6 del codice.

Se si pone mente all'esemplificazione di tali segnali, si comprende come essi siano molto simili al concetto di “agevolazione” alle attività criminali di cui parla l'articolo 34, comma 1, oggetto di richiamo da parte dell'articolo 34 bis.

Così, a titolo di esempio, la lettera a) del comma 4 dell'articolo 84 inserisce tra le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo alla informazione

¹⁷ Si fa riferimento essenzialmente alle persone collocabili nelle categorie di pericolosità cosiddetta generica di cui agli articoli 1 e 4, comma 1 lettera c) del codice antimafia.

antimafia interdittiva: i provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna, anche non definitiva, per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, etc.

Similmente, il concetto di agevolazione di cui parla l'articolo 34, richiamato dall'articolo 34-bis è enucleato nei seguenti termini: *“Quando (...) sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale (...) possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli del presente decreto ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1 lettera a), b) e i bis) del presente decreto ovvero per i delitti di cui agli articoli 603 bis, 629, 644, 648 bis e 648 ter del codice penale”*.

Si comprende dunque che in un caso come nell'altro, il concetto di agevolazione di cui all'articolo 34, richiamato dall'articolo 34-bis e quello delle situazioni dalle quali desumere il rischio di infiltrazioni di cui all'articolo 84, guardano a un medesimo fenomeno che è quello che si identifica con un retroterra criminale che possa disvelare l'esistenza di infiltrazioni mafiose, sicché è a queste ultime che l'interprete deve guardare sia allorché si tratta di applicare la misura interdittiva, sia quando si tratta di intervenire con la misura di cui all'articolo 34 bis.

In altre parole, le misure di prevenzione citate trovano la loro giustificazione in un intervento atto a sterilizzare proprio il rischio di infiltrazioni mafiose all'interno delle attività economiche e la presenza incipiente o attuale dell'infiltrazione viene diagnosticata sulla scorta di una serie di segnali che nel contesto del controllo giudiziario vengono definite “agevolazione”, laddove in quello delle misure amministrative sono declinate in termini specifici, ma che comunque rinviano alla presenza di reati o comportamenti criminosi di persone, e che riflettono la spia che l'organismo economico è sottoposto a un tentativo di contaminazione da parte di organizzazioni criminosi¹⁸. Il contesto, in definitiva, anche per l'amministrazione giudiziaria di cui all'articolo 34, è tendenzialmente sempre di tipo, in senso lato, mafioso¹⁹.

In tale prospettiva, è possibile affermare che il controllo giudiziario, con il testuale riferimento al “pericolo concreto di infiltrazioni mafiose” quale condizione esplicita per la relativa adozione, necessita l'operare sullo sfondo, sul quale apprezzare le attività criminosi in esame, pur sempre un'organizzazione criminale, di cui l'ente economico in rilievo – in base al ruolo diagnostico dell'agevolazione – stia per subire

¹⁸ Le disposizioni utilizzano – deve ritenersi genericamente – l'attributo di mafiosità, ma non vi è ragione sistematica e logica che consenta di espungere dal significato forme diverse di criminalità che abbiano comunque alla loro base il tratto dell'organizzazione strutturale. Saranno quindi incluse le associazioni rientranti nel paradigma di cui all'art. 416-bis, ancorché diverse dalla mafia intesa in senso stretto, e, comunque, tutte le fenomenologie criminali che abbiano alla loro base un minimo di substrato organizzativo.

¹⁹ Si veda sul punto G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione*, cit., p. 265 il quale nota, ad esempio, come nella recente legislazione vi sia un *trend* teso a far emergere un disegno unitario, un unico *trait d'union* tra il contesto mafioso e quello corruttivo.



3/2019

tentativi di infiltrazione che è possibile scongiurare, data l'occasionalità, con l'intervento di prevenzione improntato sulla vigilanza.

La proposta lettura pare confermata da una delle prime decisioni della Corte di cassazione sull'istituto del controllo giudiziario delle aziende²⁰.

La Corte, nel respingere il ricorso proposto da una società che si era vista negare dal Tribunale l'accesso al controllo giudiziario di cui al comma 6 dell'articolo 34 bis²¹, essenzialmente in base a una valutazione concernente il difetto del requisito della occasionalità dell'agevolazione, ha fornito una serie di interessanti indicazioni sul nuovo istituto, in particolare – per quanto interessa nella presente sede – quanto all'inquadramento sistematico dello stesso.

Afferma testualmente la Corte che quello di cui al comma 6 dell'articolo 34-bis *“si pone alla confluenza di due istituti diversi per natura e caratteri: da un lato il controllo giudiziario regolato dall'art. 34 bis del d. lgs. n. 159 del 2011, dall'altro la informativa antimafia interdittiva di cui all'art. 84 d. lgs. n. 159 del 2011”*.

L'indagine compiuta dalla Suprema corte muove dalla ipotesi di cui al comma 6 dell'articolo 34-bis, per arrivare a svolgere considerazioni interpretative spendibili per l'istituto in generale. In particolare, spicca – nell'ambito dell'analisi concernente il controllo giudiziario a richiesta – la considerazione per cui lo stesso è *“ontologicamente connotato dalla natura occasionale del contagio mafioso”*. Senza voler qui anticipare quanto si dirà in seguito, è opportuno rilevare come la Suprema corte offra un concreto avallo alla problematica interpretativa evidenziata, optando verosimilmente per una valorizzazione del denominatore mafioso del controllo giudiziario.

Pare, dunque, a ragione sostenibile come il controllo e le dinamiche interpretative che presiedono alla sua concreta applicazione debbano fondarsi sul profilo dell'infiltrazione mafiosa e sulla concretezza del pericolo del suo verificarsi²², tenendo presente che l'aspetto dell'agevolazione rispetto all'attività in senso lato criminosa di taluno (secondo gli schemi anche di criminalità comune), serva da modello diagnostico per la individuazione del rischio di infiltrazione che deve dunque restare connotato dai tratti della mafiosità, nel senso di *“organizzazione”* protesa al compimento di reati.

3. L'ambito di applicazione soggettivo.

La disposizione sul controllo giudiziario esordisce nel seguente modo: *“Quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende”*.

Un primo punto rilevante da analizzare concerne l'ambito di applicazione soggettivo dell'istituto, ossia quali siano i soggetti cui la nuova misura risulta applicabile.

²⁰ Cass. pen., Sez. V., 02.07.2018, n. 34526, Rv. 273645.

²¹ Sulla ipotesi di cui all'articolo 34-bis, comma 6, vedi par. 7.

²² Sul pericolo concreto di infiltrazione mafiosa e il rilievo ai fini della complessiva interpretazione della fattispecie di cui all'articolo 34-bis, si veda infra, par. 5.

Sul punto, va subito segnalata la chiarezza della disposizione, descrivendo la stessa i potenziali destinatari del controllo con l'espressione – volutamente generale – di “attività economiche e aziende”. È evidente, sulla scorta di un mero rilievo di natura semantica, come il legislatore abbia inteso riferirsi a qualsiasi soggetto economico, a qualsiasi *player* del mercato a prescindere, anche in questa disposizione, da definizioni tecniche o formali di imprenditore o di azienda.

L'impiego dell'espressione “azienda”, da intendersi ai sensi dell'art. 2555 c.c. alla stregua della universalità dei beni che servono all'imprenditore per la gestione della sua attività, e che, a sua volta, rievoca la nozione giuridica di imprenditore disciplinata dall'articolo 2082 c.c. si accompagna alla locuzione generalista di “attività economiche”. Con quest'ultima espressione il legislatore ha inteso ricomprendere – quale soggetto potenzialmente destinatario della misura patrimoniale in discorso – qualunque operatore economico suscettibile di essere contaminato dal giogo mafioso ovvero di agevolare il fenomeno criminale.

Così, alla stregua di tale ampia definizione, non appaiono praticabili soluzioni interpretative che mirino a restringere il campo valorizzando, ad esempio, requisiti dimensionali del soggetto economico, ovvero la sua collocazione nello svolgimento di attività che guardino al solo settore pubblico, o, ancora, la sua natura giuridico formale individuale o societaria, ovvero la qualità e quantità di forza di lavoro impiegata.

Tali tentativi di comprimere il campo di applicazione (sul piano soggettivo) della norma in rilievo appaiono in contrasto con il (volutamente) ampio dettato normativo che appare fortemente inclusivo guardando come anticipato a qualsiasi soggetto che operi, sul piano economico, con il fine o, comunque, con il risultato di produrre ricchezza potenzialmente appetibile alle fenomenologie criminali.

Una riprova di tale esteso ambito (soggettivo) di applicazione si ha ponendo mente alla disposizione di cui all'articolo 34, relativa all'amministrazione giudiziaria anch'essa dei beni connessi ad attività economiche o delle aziende – oggetto di richiamo dal primo comma dell'articolo 34 bis.

In essa il legislatore, nel far riferimento alle attività economiche in relazione alle quali vi sono indizi di sottoposizione alla condizione di assoggettamento di cui all'articolo 416-bis, c.p., ovvero che agevolino persone coinvolte in attività criminali, precisa che tali attività economiche comprendono anche “quelle di carattere imprenditoriale”. Ciò conferma che il dato dell'imprenditorialità non necessariamente deve connotare le predette attività, per le quali è sufficiente che siano “economiche”, ossia anche occasionalmente idonee a produrre ricchezza.

In questa prospettiva, a titolo esemplificativo, anche un'attività di tipo professionale, e dunque non imprenditoriale *tout court*, ovvero un'attività svolta nel contesto di un'associazione potrebbe costituire oggetto di controllo giudiziario, a condizione che abbia i tratti dell'essere soggetto operante nella sostanza con criteri economici, volto cioè alla produzione di un profitto. Tanto, come si diceva, porta consequenzialmente ad escludere filtri ovvero limitazioni in campo soggettivo²³.

²³ Nel medesimo senso T. Bene, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in



3/2019

Tali non possono essere i richiami, come sostenuto in una prima giurisprudenza di merito, al requisito della dimensione ovvero a quello del funzionamento dell'attività economica proposta per il controllo in un settore dove esiste un compresente interesse pubblico, che potrebbe, a limite, essere anche quello alla conservazione di un numero rilevante di posti di lavoro²⁴. Tale interpretazione, pur nel comprensibile tentativo di creare un argine alla verosimile copiosa richiesta di accesso all'istituto (soprattutto a quello ad istanza di parte di cui al comma 6 dell'articolo 34 bis), non pare in linea con il dato normativo, strutturalmente rivolto a includere il più possibile, in una coerente ottica prevenzionale, dove quello che conta non è il profilo formale ma quello relativo alla necessità di intervenire in qualunque ambito economico per sterilizzare tentativi di infiltrazione o di indebito utilizzo delle attività lucrative in contesti criminali.

4. I presupposti oggettivi: la soggezione e l'agevolazione.

Come anticipato, il primo comma dell'articolo 34-bis stabilisce che: “Quando l'agevolazione di cui al comma 1 dell'articolo 34 risulta *occasionale*, il tribunale dispone, anche d'ufficio il controllo giudiziario (...)”.

Premesso che, come si vedrà, l'amministrazione giudiziaria di cui all'articolo 34 può fondarsi tanto sull'agevolazione quanto sull'autonoma ipotesi del condizionamento esercitato sul soggetto economico²⁵, dalla lettura della disposizione riportata si ricava come l'agevolazione di cui al comma 1 dell'articolo 34 debba essere occasionale. Ne consegue che il principale tratto distintivo tra il controllo giudiziario e l'amministrazione giudiziaria di cui all'articolo 34 vada individuato in una qualità che deve connotare l'agevolazione descritta dal comma 1 dell'articolo 34.

Tale caratteristica è espressa dal legislatore con il ricorso al concetto di “*occasionalità*”, lasciando comprendere anzitutto come il rapporto che intercorre tra le misure dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario sia una relazione tra *maior* e *minus*, giacché è evidente che, laddove la suddetta relazione non sia occasionale, ma stabile, soccorrerà l'istituto dell'amministrazione giudiziaria²⁶.

L'aggettivo in questione consente, dunque, di scorgere una gradualità tra le due misure di prevenzione a carattere non ablativo e queste ultime, a loro volta, risultano sussidiarie – secondo un principio di progressività²⁷ che oggi informa anche le misure di prevenzione – rispetto alle misure ablativo come il sequestro e la confisca.

Archivio penale, 2018, p. 11. Cfr., Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, n. 1, in Giurisprudenza italiana, n. 6 del 2018, p.1518 ss., con nota di T. Alesci, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*.

²⁴ Cfr. Tribunale di Reggio Calabria, decreto del 31 gennaio 2018, consultabile in www.cerpec.unirc.it.

²⁵ Sulla (ancora) controversa applicabilità dell'amministrazione giudiziaria al soggetto non pericoloso (la vittima), malgrado la esplicita previsione dell'articolo 34, come riformulato dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161, v. per approfondimenti il paragrafo successivo.

²⁶ Vedi, più in dettaglio sull'occasionalità, infra, par. 5.

²⁷ A. AULETTA, *L'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario a seguito della riforma del codice antimafia*, in www.ilpenalista.it, 30 novembre 2017; C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*,

Non a caso, è lo stesso articolo 20 del codice antimafia, dettato in tema di sequestro di prevenzione, a contemplare tale progressività tra le misure patrimoniali allorquando stabilisce, dopo aver indicato gli elementi in presenza dei quali è possibile adottare il sequestro, che il Tribunale dispone lo stesso “*ovvero dispone le misure di cui agli articoli 34 e 34 bis ove ricorrano i presupposti ivi previsti*”²⁸.

In altri termini e, come in parte anticipato, è stata ideata una intensità a scalare²⁹ degli interventi di prevenzione a partire dal più intenso, individuabile nella coppia sequestro-confisca, e di lì, via via, scendendo fino al controllo giudiziario delle attività economiche che riflette il primo gradino dell'azione di prevenzione sugli organismi economici.

Va comunque precisato che, al netto di tale approccio gradualistico caratterizzante l'intero ventaglio delle misure adoperabili, l'eterogeneità delle stesse obbedisce principalmente all'esigenza di individualizzare il più possibile il dispositivo di prevenzione rispetto al “tipo soggettivo” potenzialmente destinatario del trattamento³⁰.

A seconda del soggetto da trattare muta anche la modalità del trattamento e, quindi, anche la finalità dell'azione di prevenzione³¹ che, come si vedrà, può essere di tipo ablativo puro (nei casi più severi) o di tipo “terapeutico”³² ovvero di sostegno³³ nel caso in cui il soggetto economico soggiaccia al giogo criminale.

Tornando ora al concetto di agevolazione occasionale che, come detto, riflette lo spartiacque tra l'amministrazione giudiziaria e il controllo, va anzitutto compiuto un tentativo di indicare più precisamente cosa debba intendersi per “agevolazione”, a quali condizioni la stessa possa definirsi “occasionale”, o debba di contro far propendere per istituti dalla maggiore incidenza quali l'amministrazione o il sequestro.

cit., p. 31; A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018 p. 51; G. CAPECCHI, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, cit., p. 25; R. MAGI, *Cenni sul procedimento. Il sequestro e la dimensione probatoria della confisca*, in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 1100.

²⁸ R. MAGI, *Cenni sul procedimento*, cit., p. 1100.

²⁹ Nel medesimo senso R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, *Dossier. Art. 34-bis d.lgs. 159/2011*, cit., p. 8.

³⁰ R. MAGI, *Cenni sul procedimento*, cit., p. 1100. Nel medesimo senso, nella vigenza dell'istituto della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni di cui agli artt. 3 *quater* e 3 *quinqies*, L. n. 575/1965, v. F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinqies, L. N. 575/1965. L'agevolazione incolpevole della attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, in Bargi-Cisterna, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2013, p. 1092. Si veda anche C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, p. 712.

³¹ F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca...*, op. cit., p. 1100.

³² C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica*, cit., p. 719.

³³ C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità*, cit., p. 31. G. CAPECCHI, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, cit., p. 24; T. BENE, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 2.

Infatti, per comprendere il concetto di occasionalità – che letteralmente vuol dire “casuale”, “fortuito”³⁴ – non può non farsi anzitutto riferimento al sostantivo al quale si accompagna, ossia al concetto stesso di agevolazione.

È necessario dunque far cenno a cosa si intenda per agevolazione e, soprattutto, quale sia il tipo soggettivo avuto in mente dal legislatore quando ha concepito gli istituti dell'amministrazione giudiziaria³⁵ e del controllo giudiziario. Tale passaggio renderà inoltre necessaria una breve digressione sul tema dell'amministrazione giudiziaria, oggetto di richiamo ad opera dell'articolo 34-bis, e soprattutto sull'altra delle due situazioni che oggi – con la modifica all'articolo 34 apportata dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161 – mette capo all'amministrazione giudiziaria, ovvero la situazione di assoggettamento alle condizioni di cui all'articolo 416-bis c.p.

Infatti, dalla lettura del comma 1 dell'articolo 34, come riscritto dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161, ci si avvede di come il legislatore abbia inteso far scattare l'opzione dell'amministrazione giudiziaria – in luogo evidentemente delle più incisive misure ablativo –, quando l'organismo economico sia: a) in una condizione di intimidazione o assoggettamento (paradigmatico il richiamo alle condizioni di assoggettamento di cui all'articolo 416-bis, c.p.); b) ovvero quando lo stesso “possa *comunque* agevolare l'attività” di determinate persone attinte da specifici procedimenti penali per alcuni reati catalogo ovvero da misure (o proposte di misure) di prevenzione patrimoniali o personali.

Ancora una volta la lettura della disposizione offre interessanti spunti per l'interpretazione della disposizione e anche per la corretta esegesi del termine “occasionale”.

Nell'articolo 34 si prendono sostanzialmente in considerazione due situazioni soggettive³⁶ che devono connotare l'organismo economico: l'una è l'assoggettamento ovvero l'intimidazione dell'operatore stesso, quindi la sua soggezione rispetto all'entità criminale di riferimento; l'altra – evidentemente residuale, come testimonia l'espressione “*comunque*” – che invece evoca una situazione soggettiva che, pur non identificandosi in soggezione, determina (ad ogni modo) un'agevolazione rispetto all'entità criminale³⁷.

Con il richiamo alla condizione di “agevolazione” accanto a quella di “soggezione” nei termini indicati, il legislatore ha inteso completare il riferimento ai tipi soggettivi ritenuti potenzialmente meritevoli di interventi (non ablativi) di prevenzione,

³⁴ Cfr., il dizionario Treccani il quale reca la seguente definizione: “*Che dipende da un'occasione, che nasce dalle particolari circostanze, e quindi non voluto o cercato appositamente, casuale, fortuito: un incontro o; clienti, conoscenti occasionali*” (cfr. questo [link](#)).

³⁵ Va ricordato, a tal proposito che l'istituto dell'amministrazione, previsto all'articolo 34 del codice antimafia, disposizione riformulata dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161, trova il suo antecedente normativo nella disciplina della cosiddetta sospensione temporanea della gestione delle aziende di cui dagli artt. 3-*quater* e 3-*quinquies*, l. 575 del 1965, come novellati dal d.l. 306 del 1992.

³⁶ T. Bene, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, cit., p. 5, la quale ritiene trattarsi di due situazioni “*tra loro diverse e non omogenee*”.

³⁷ A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018 p. 45.

ponendo accanto alla vittima di un tentativo di irretimento criminale/mafioso³⁸, la condizione di altro tipo soggettivo che si identifica in base al mero apprezzamento degli effetti concreti generati dalla sua condotta, valutando se la stessa sia in grado di agevolare – *rectius*, in base al significato letterale, *ausiliare* – l'entità criminale di riferimento.

È evidente che, così facendo, il legislatore ha scelto di impiegare una formula di chiusura del sistema consentendo che l'amministrazione giudiziaria si applichi da un lato al soggetto economico soggiacente, in quanto intimidito o vessato³⁹, dall'altro anche a soggetti dal più problematico inquadramento relazionale con l'entità criminale di riferimento e che, tuttavia, determinino comunque un'agevolazione dell'attività della stessa.

Se, dunque, la componente dell'agevolazione allarga il campo anche a operatori economici non propriamente vittime del soggetto criminale, è evidente come si possa includere nel suo spettro anche tipi soggettivi che siano – comunque – venute in relazione qualificata con l'entità criminale. Ci si avvede, dunque, di quanto si accennava in precedenza, circa una modulazione degli interventi di prevenzione calibrata per un verso sulla differente intensità degli stessi, per l'altro sul diverso tipo soggettivo, inteso in termini di situazione soggettiva cui praticare il trattamento.

Così congegnato il sistema di prevenzione diventa pervasivo,⁴⁰ proiettando sul tessuto economico un fascio di luce di ampio raggio allo scopo di captare qualsiasi focolaio di infezione criminal-mafiosa: la prevenzione patrimoniale diventa, dunque, un imponente strumento diagnostico che consente di operare uno *screening* continuo della realtà economica allo scopo di individuare per tempo ogni tentativo di contagio evitandone la diffusione.

Posto, dunque, che l'agevolazione guarda tendenzialmente a un tipo soggettivo diverso dalla vittima, la precisa identificazione dello stesso può essere effettuata in comparazione al tipo cui si riferisce, invece, la misura ablativa. Il tipo dell'agevolazione si pone nel mezzo tra la vittima e il soggetto economico compiacente ovvero colluso: potrebbe dirsi che è qualcosa in più della semplice vittima ma in meno rispetto al soggetto colluso.

³⁸ Tribunale di Milano, 27 gennaio 2017, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 4, 421.

³⁹ Sull'applicabilità dell'amministrazione giudiziaria alla vittima, si veda anche G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione*, cit., p. 261; F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca*, op. cit., p. 1089, il quale, a proposito della situazione di soggezione, si esprime in termini di "contiguità forzata" con la criminalità organizzata.

⁴⁰ R. MAGI, *Cenni sul procedimento*, cit., p. 1101, il quale osserva che "Gli strumenti posti a disposizione del giudice della prevenzione sono, pertanto, nel settore del controllo delle modalità di esercizio delle imprese (e sempre che l'esistenza di una ipotesi di pericolosità soggettiva consenta l'apertura di una procedura di prevenzione), altamente sofisticati e rispondono ad una filosofia di fondo che rafforza forme alternative di intervento (rispetto alla ablazione) finalizzate alla bonifica aziendale, in tutte le ipotesi in cui risulti possibile «rimuovere» le situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura (così come indicato al c. 2 del novellato art. 34) e non venga prioritariamente qualificata l'impresa come "proiezione economica" di un organismo mafioso o come attività che tragga obiettivo vantaggio da una relazione consapevole e di tipo sinallagmatico".



3/2019

Con ogni verosimiglianza, tale tipo soggettivo si identifica con colui che è venuto in “contatto incolpevole” con l'entità criminale e l'ha agevolata, nel senso che il contatto si è tradotto in ausilio per l'entità stessa.

Prospettivamente, l'operatore economico che è entrato in contatto qualificato con l'entità criminale ne risulta tendenzialmente contaminato. A tal proposito, la giurisprudenza della Suprema corte, che si è di recente pronunciata sul tema del controllo giudiziario con una delle prime decisioni, ha plasticamente distinto – con riferimento alle due situazioni soggettive dianzi illustrate – tra ipotesi di “*contiguità soggiacente*” e ipotesi di “*contiguità concorrente*”⁴¹.

Ciò posto, sulla base delle precedenti considerazioni pare possibile ribadire – in ossequio alla prospettata progressività del sistema – come i diversi interventi di prevenzione patrimoniali guardino a diversi tipi soggettivi e, prima ancora, a diversi livelli di contaminazione del soggetto economico interessato dall'intervento di prevenzione. Il crinale sul quale effettuare l'apprezzamento sembrerebbe dunque il *quantum* di contaminazione ovvero il *quantum* di agevolazione arrecato, dal soggetto economico, alla persona gravata da criticità.

In tale prospettiva è possibile scorgere una coerenza sistematica tra i tipi soggettivi e le tipologie di intervento elaborate dal legislatore.

Muovendo dalla vittima, ossia il soggetto sottoposto alle condizioni di intimidazione di cui all'art. 416-*bis*, c.p., si comprende come tale tipo soggettivo esprima nolente – e quindi in assenza di rimproverabilità – un significativo grado di agevolazione per il soggetto gravato da criticità.

La nozione di soggezione cui guarda il legislatore pare riferirsi a un'ipotesi in cui l'operatore economico risulti del tutto avviluppato, tanta è la sottomissione al giogo criminale, per cui il livello di contatto – ancorché incolpevole – con l'entità sospetta è intenso: di conseguenza, si giustifica un livello di intervento preventivo altrettanto intenso qual è quello della amministrazione giudiziaria, risposta preventiva che, appunto, il riformulato articolo 34 del codice antimafia ricollega alla situazione di soggezione.

Procedendo per metafora, in questo caso si tratta di fronteggiare un consistente livello di malattia, sicché la terapia⁴² da mettere in atto è energica e giustifica anche una sostituzione della *governance* del soggetto economico, per far sì che sia lo Stato a relazionarsi – con la sua forza – all'interlocutore gravato.

Vi è poi, sempre seguendo una scala parametrata sul livello di agevolazione, la situazione dell'agevolatore incolpevole, che può distinguersi in “occasionale” – e in

⁴¹ Cass. pen. Sez. V., 02.07.2018, n. 34526, Rv. 273645.

⁴² In senso analogo, T. BENE, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, cit., p. 4, la quale osserva che “*La nuova prospettiva di insieme mostra la tendenza ad usare lo strumento preventivo, sganciato come è noto dall'accertamento della colpevolezza e legato al profilo della pericolosità alla stregua di una cura*”. Si veda anche Trib. Milano, Sez. Misure di Prevenzione, decr. 24 giugno 2016, Pres. Roia, Est. Tallarida, in questa *Rivista*, 11 luglio 2016 con nota di C. VISCONTI, [Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali](#).

questo caso da luogo al controllo giudiziario – e in “non occasionale”, cioè stabile⁴³, che pone le premesse invece per l’amministrazione giudiziaria.

Muovendo dall’ipotesi dell’occasionalità, il contatto, in quanto occasionale, esprime un modesto livello di agevolazione per il soggetto gravato. Il soggetto economico è autonomo; l’affezione che lo colpisce non è grave in quanto vi è, in prospettiva, un basso livello di potenziale contaminazione, sicché l’intervento “terapeutico” sperimentabile è più blando, consistendo nella vigilanza prescrittiva⁴⁴ che discende dall’applicazione del controllo giudiziario e che consente – con le forme di ingresso più *soft* all’interno del soggetto economico – di fronteggiare con maggiore delicatezza un rischio di contaminazione che comunque è presente e deriva dal fatto che sussiste un’agevolazione che l’attività dell’operatore determina per il soggetto gravato.

Diversamente a dirsi per l’agevolatore (incolpevole) stabile, quello cioè non occasionale: in questo caso il contatto diventa più intenso; il tipo di patologia da neutralizzare più serio, sicché deve prospettarsi un livello di intervento più incisivo, analogo a quello pensato per l’ipotesi della vittima.

Malgrado la diversità di posizione soggettiva, quello che accomuna le due ipotesi è un livello di agevolazione alto che il soggetto interessato dall’intervento di prevenzione arreca a vantaggio del soggetto gravato da criticità, sicché si giustifica, in ambedue le situazioni, un intervento marcato che può comportare la conservazione della titolarità del soggetto economico ma il subingresso temporaneo dello Stato nella *governance* dello stesso. Si tratta, anche in questo caso, di una terapia energica che si giustifica perché è intenso il livello di contatto.

Ultimo gradino è quello della collusione, della compenetrazione o, comunque, il livello in cui vi è cointeressenza consapevole e, quindi, un atteggiamento chiaramente colpevole del soggetto economico che opera in un circuito che è verosimilmente illegale e dal quale ricava vantaggi.

In tal caso si tratta di adoperare il più elevato grado di intervento, di mettere in campo quello che, in ambito sanitario, è lo strumento tradizionale per l’ablazione, ovvero il bisturi ed espungere il soggetto economico dal contesto illecito per ricollocarlo – ove possibile – in uno lecito⁴⁵. Ne consegue la praticabilità in questo caso del sequestro che – comunque – conserva, al pari degli altri interventi di prevenzione, una finalità schiettamente preventiva, ma, a differenza di essi, si connota per un contenuto pesantemente incisivo sui diritti del soggetto trattato che viene completamente spossessato dalla disponibilità della *res*.

⁴³ Si veda, per approfondimenti sul tema, *infra par. 5*.

⁴⁴ C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., p. 32.

⁴⁵ Si tratta delle finalità caratteristiche della misura di prevenzione patrimoniale della confisca, come affermato costantemente dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Cfr., Corte cost., n. 335/1996; Cass. pen. sez. un., 2014, n. 4880, Spinelli, Rv. 262602 a 262607.

4.1. La possibilità di applicare l'amministrazione giudiziaria anche alla "vittima".

In ossequio alla ricostruzione prospettata sembrano dissolversi i dubbi concernenti da un lato la ricerca di un coefficiente psicologico necessariamente colpevole in capo ai soggetti interessati da una qualsiasi delle misure patrimoniali; dall'altro, l'immaginabile illogicità di applicare misure dal contenuto più incisivo a soggetti muniti di un minor coefficiente psicologico di vicinanza all'entità criminale.

Ambedue le ipotizzate criticità risultano probabilmente ridimensionate all'esito della prospettata modalità di lettura dell'intervento di prevenzione reale.

Il primo profilo da approfondire concerne la controversa applicazione dell'amministrazione giudiziaria di cui all'articolo 34 del codice antimafia⁴⁶ alle vittime *tout court*, ai soggetti cioè in cui sia assente un profilo di colpevolezza⁴⁷.

La problematica può prendere le mosse dalle considerazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 487/1995⁴⁸, in ossequio alle quali l'intervento di prevenzione patrimoniale – ancorché preventivo – per le ricadute pratiche che genera per il soggetto interessato dalla misura, postula l'apprezzamento di un coefficiente soggettivo minimo, tale da far ritenere che tale soggetto non sia del tutto terzo rispetto all'entità criminale, pena la violazione del principio di cui all'articolo 27 primo comma della Costituzione.

Da una parte della dottrina⁴⁹, tra i vari argomenti prospettati, si ritiene di rintracciare nelle considerazioni effettuate dalla Consulta in tale decisione lo sbarramento per ipotizzare l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria al soggetto in precedenza definito come vittima *tout court* del soggetto gravato.

A ben guardare, tuttavia, il ragionamento che fa da sfondo alle statuizioni della Corte costituzionale non sembra costituire un effettivo sbarramento all'ipotizzata ricostruzione. A parte l'incidenza del novellato dato letterale di cui all'articolo 34 del codice antimafia – come noto modificato per effetto della L. 17 ottobre 2017, n. 161 –, sul quale si tornerà e che ha elevato la condizione di attività economica soggiogata, in quanto sottoposta alle condizioni di intimidazione di cui all'articolo 416-bis, c.p., a

⁴⁶ I medesimi dubbi concernevano in passato l'istituto antecedente della sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni di cui agli artt. 3 quater e 3 quinquies della L. n. 575 del 1965, come modificata dal DI n. 306/1992, convertito nella legge n. 356/1992, sulla quale v. F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca...*, op. cit., p. 1083 e ss.

⁴⁷ Si veda sul punto, A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017*, cit., p. 44.

⁴⁸ Corte cost. n. 487/1995, in *Giur. cost.*, 1995, 6, pag. 4182, con nota di S. SOTTANI, *Verso il doppio grado di giurisdizione nel procedimento di prevenzione*.

⁴⁹ Si veda, con riferimento all'istituto della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure antimafia tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2002, 270; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 722; A.M. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in G. Fiandaca – C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, p. 292. Più di recente, C. VISCONTI – G. TONA, op. cit., p. 29; A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione*, cit., p. 48.

presupposto autonomo per l'applicazione dell'amministrazione, sono gli stessi rilievi della Consulta ad apparire non in contrasto con l'indicata applicazione.

La Corte costituzionale, infatti, nell'occuparsi dell'istituto della sospensione temporanea dell'amministrazione delle attività economiche (antecedente legislativo dell'amministrazione giudiziaria)⁵⁰, ha investigato in via principale uno degli eventuali epiloghi della misura, ossia la possibilità di pervenire – pur nella cornice della sospensione temporanea – al sequestro-confisca dei beni frutto di attività illecita o che ne costituiscono il reimpiego.

È più propriamente a tale epilogo che è riconnesso il principio per cui un esito di tal fatta non può prescindere dall'apprezzamento di un profilo psicologico rimproverabile.

Tale profilo di rimproverabilità non era quindi richiesto per l'adozione della sospensione dell'amministrazione temporanea dei beni⁵¹ e, oggi – *mutatis mutandis* – dell'amministrazione giudiziaria di cui all'articolo 34⁵², bensì ai soli fini del momento ablatorio che pure può trovare origine nel contesto della misura inizialmente non ablativa.

Del resto, anche nell'attuale configurazione dell'istituto, è attribuito al Tribunale, ai sensi dei commi 6 e 7 dell'articolo 34, il potere di addivenire all'applicazione delle misure del sequestro e della confisca dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego⁵³, sempre che ne vengano apprezzati i rispettivi requisiti, tra i quali la riscontrata rimproverabilità del soggetto che lo subisce⁵⁴. Questo non però ai fini dell'applicazione dell'intervento di prevenzione non ablativo dell'amministrazione, per il quale, allora come ora, tale coefficiente psicologico non appare richiesto.

⁵⁰ Su tale istituto si veda, per tutti, F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni*, op. cit., p. 1083 e ss.

⁵¹ C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, p. 723, il quale osserva che ai fini dell'applicabilità di tale misura “è sufficiente (...) che l'impresa agevoli oggettivamente l'organizzazione criminale, senza che sia necessario che tale agevolazione integri già specifiche ipotesi criminose e che risulti provato l'interesse o il vantaggio tratto dall'imprenditore”; si veda anche A. CAIRO – C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, Molfetta, 2018, p. 802, i quali osservano che “L'istituto testimonia, nella sua strutturazione primigenia, quella consapevolezza d'assoluta avanguardia ed offre il primo strumento di contrasto preventivo patrimoniale, che prescinde da un addebito di responsabilità in senso ampio a carico del soggetto o da un addebito di colpa diretto a carico del patrimonio medesimo”.

⁵² G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione*, cit., p. 261, il quale osserva che la finalità dell'istituto di cui all'articolo 34 non è quella di “preparare e assicurare una futura confisca, che pure rimane – come detto – uno sbocco possibile del procedimento, ma quella di interrompere le attività agevolatrici e di prevenirne altre”.

⁵³ G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione*, cit., p. 261, il quale fa riferimento ad una “autonoma pericolosità dei beni destinati all'attività imprenditoriale ed utilizzati in modo tale da favorire interessi di associazioni di stampo mafioso”. Analogamente T. BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, cit., p. 7

⁵⁴ In senso contrario, A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017*, cit., p. 48, la quale osserva che si tratta di misure che colpiscono soggetti che non sono considerati socialmente pericolosi e ciò a dispetto di quanto affermato dalle Sezioni unite Spinelli della Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 487/1995.

Anzi, oggi, a seguito della riscrittura dell'articolo 34 ad opera della L. 17 ottobre 2017, n. 161, sembra potersi sostenere che l'amministrazione giudiziaria possa applicarsi integralmente ai soggetti definiti "vittima".

È poi evidente che una volta applicata la misura dell'amministrazione, che consente la penetrazione dello Stato nell'organismo economico, qualora emerga che vi siano i presupposti oggettivi e soggettivi per un sequestro, in quanto si accerta che l'attività agevolativa del soggetto amministrato si sia risolta nella produzione di beni di illecita provenienza in quanto frutto della contiguità con l'entità criminale – con il conseguente venir meno della condizione di terzietà piena propria della vittima –, non vi è dubbio che le misure ablativo possano essere adottate⁵⁵, ma in questo caso in presenza dei citati presupposti⁵⁶.

Dunque, il dubbio pare potersi dire dissolto nei termini esposti e, soprattutto, si diceva, in considerazione della mutata formulazione testuale della disposizione di cui all'articolo 34 del codice dopo l'intervento del legislatore con la L. n. 161/2017⁵⁷.

Nella previsione precedente la condizione di attività economica sottoposta alle condizioni di intimidazione di cui all'articolo 416-*bis*, anziché integrare – come nell'attuale formulazione dell'articolo 34 – una ipotesi autonoma per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria, al più poteva legittimare gli organi proponenti a richiedere al tribunale lo svolgimento di ulteriori indagini o verifiche sulle predette attività, nonché l'obbligo nei confronti di chi ha la proprietà o la disponibilità a qualsiasi titolo dei beni o delle altre utilità di valore non proporzionato a proprio reddito o alla propria capacità economica, di giustificarne la legittima provenienza.

Il cambiamento della formulazione della disposizione che, peraltro, ha espunto dall'articolo 34 una primitiva forma di controllo giudiziario (quella prevista dal comma 8 della vecchia formulazione) non è senza significato: anzi, riflette con ogni verosimiglianza l'intento del legislatore di realizzare un mutamento qualitativo nella fisionomia degli interventi di prevenzione patrimoniali, che da misure di ispirazione in senso lato afflittiva, sia pure a scopo preventivo, diventano interventi dal contenuto eterogeneo in quanto talvolta tesi al soccorso delle attività economiche a rischio di contaminazione.

⁵⁵ Nel medesimo senso si vedano C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica*, cit., p. 729; G. CAPECCHI, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, cit., p. 15; cfr., A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017*, cit., p. 50, la quale – facendo leva sulla dizione legislativa di cui all'articolo 34 che testualmente prevede la condizione che “non ricorrano i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali” di cui al capo I del titolo II – ritiene che l'amministrazione giudiziaria possa applicarsi anche ai soggetti pericolosi ai quali siano pertanto applicabili misure di prevenzione personali, ma non quelle patrimoniali per difetto dei presupposti oggettivi richiesti dall'articolo 20 del codice, ossia la sproporzione, della disponibilità ovvero della origine illecita dei beni.

⁵⁶ Cfr., Cass. pen., sez V, 14 giugno 2007, n. 33617, Pesto, Rv. 236968, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2059, con nota di P.V. MOLINARI, *Le condizioni per la confisca dei beni dei mafiosi*.

⁵⁷ A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017*, cit., p. 45, a parere della quale sarebbe stato positivizzato l'accostamento della vittima con l'agevolatore ancorché tale accostamento fosse temuto dalla dottrina.

Si comprende, allora, come anche la vittima *tout court* rientri razionalmente nella platea dei soggetti potenzialmente interessati dallo strumento dell'amministrazione giudiziaria. Più che misura di prevenzione, potrebbe oggi parlarsi di trattamento di prevenzione, ciò che postula anzitutto il previo inquadramento, sia pure *prima facie*⁵⁸, del destinatario di tale trattamento. A seconda di come lo stesso si presenti si elabora un modello di trattamento che può mutare al mutare delle condizioni, o pure, al mutare degli elementi conoscitivi concernenti il destinatario stesso dell'intervento. Si spiega in questo modo come da un tipo di intervento si possa legittimamente passare ad altro⁵⁹, a seconda di quale sia la situazione concreta da fronteggiare.

In tale prospettiva, pare cadere anche l'ipotizzato rilievo in virtù del quale non sembrerebbe ragionevole intervenire con misure di indubbia e rilevante afflittività pratica, come l'amministrazione dei beni, in situazioni in cui si registra l'assenza di profili di pericolosità in capo al soggetto colpito.

Anche in questo caso, il sospetto di irragionevolezza sfuma se si individua la ragione dell'intervento di prevenzione in un tentativo di trattamento di sostegno⁶⁰ all'impresa o, più in generale, all'attività economica soggiacente. Non pare eccessivo, se riguardata sotto questo diverso angolo visuale, che lo Stato subentri nella *governance* dell'attività economica sostituendone il ceto gestorio allo scopo di soccorrere il soggetto economico stesso, onde cercare di evitarne il fagocitamento mafioso. Anche il dubbio di mancanza di proporzionalità pare fugato laddove la misura dell'amministrazione giudiziaria venga letta in chiave di sostegno.

Da altro punto di vista vi sono argomenti da contrapporre anche a ulteriori immaginabili incongruenze che osterebbero alla praticabilità di un siffatto intervento di prevenzione anche alle vittime dell'assoggettamento mafioso.

Si allude, da un lato, alla testuale impossibilità di applicare alla vittima il controllo giudiziario di cui al comma 6 della disposizione che postula l'emissione di un'interdittiva antimafia, e dall'altro la mancanza di una previsione – nel corpo

⁵⁸ Come anticipato, l'ingresso dello Stato nella realtà economica consente di acquisire informazioni più dettagliate in ordine soprattutto alla qualità dei rapporti intercorrenti tra il soggetto sottoposto al trattamento di prevenzione e l'entità gravata, sì da comprendere in maniera compiuta, nel caso, tanto l'assenza di un rischio di contaminazione, che inevitabilmente porterebbe alla rimozione del trattamento, quanto – come si è anticipato – la presenza di relazioni vantaggiose con l'entità criminale che, ove si traducesse in produzione di ricchezza, aprirebbero le porte alla misura ablatoria di cui ai commi 6 e 7 dell'articolo 34. Analogamente, in relazione all'istituto della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, F. Licata, *op. cit.*, p. 1118, il quale parla di “*funzione cautelare e ispettiva*” della misura. Peraltro, anche nell'attuale configurazione dell'istituto, la indicata funzione informativa è ricavabile testualmente dal comma 5 dell'articolo 34, ai sensi del quale, l'amministratore giudiziario adempie agli obblighi di relazione e segnalazione di cui all'articolo 36, comma 2, non solo nei confronti del tribunale e del giudice delegato, ma anche nei confronti del pubblico ministero, al fine evidente di fornirgli gli elementi per l'attivazione anche di diverse misure di prevenzione.

⁵⁹ R. MAGI, *Cenni sul procedimento*, cit., p. 1100.

⁶⁰ Sul punto v. C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità*, cit., p. 30, i quali desumono la funzione di sostegno esplicabile dall'amministrazione giudiziaria nel comma 2 dell'articolo 34 dettato in tema di proroga della misura laddove è stabilito che la proroga è concessa quando a seguito della relazione dell'amministratore giudiziario si evidenzia la necessità di completare il programma di *sostegno* e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura.

dell'articolo 34 – di una modalità di attivazione dell'amministrazione a semplice richiesta dell'interessato, opzione che dovrebbe invece soccorrere nei casi in cui si suppone sufficiente, ai fini della applicazione della misura, lo *status* di vittima.

Quanto al primo dei profili, ovvero la apparente illogica inapplicabilità del controllo giudiziario – figura si è detto più blanda di intervento – alle condizioni della vittima piena, si potrebbe replicare rievocando quanto si è prima esposto in relazione ai diversi tipi soggettivi cui si applicano oggi le differenti misure di prevenzione.

Lo status di attività economica assoggettata, riguardata sotto il profilo del *quantum* di agevolazione per l'entità sospetta, integra potenzialmente un'intensa agevolazione e simmetricamente rievoca un intervento più consistente della sola vigilanza: implica, quindi, che si metta in campo una terapia più vigorosa e che si presti soccorso alla vittima mediante la sostituzione temporanea degli organi gestori con quelli di promanazione statale, affinché si contrapponga forza adeguata a quella del soggetto sospetto.

Quanto al profilo della mancanza di un meccanismo di attivazione a richiesta di parte, anche qui lo stato di soggezione autorizza a pensare che l'attività economica sia così condizionata da giustificare il più appropriato intervento dello Stato a scopo tutorio, similmente a quanto avviene nelle procedure di volontaria giurisdizione.

Chiarito dunque come l'articolo 34 in tema di amministrazione giudiziaria contenga il riferimento a due situazioni, ovvero la soggezione e l'agevolazione e che solo quest'ultima invece può dar luogo al controllo giudiziario, è opportuno soffermarsi sul concetto di occasionalità dell'agevolazione, parametro legale sul quale riposa il discrimine tra l'amministrazione giudiziaria e il controllo.

5. L'occasionalità dell'agevolazione.

Esistendo un ventaglio di situazioni (soggettive) di contatto con l'entità criminale, si tratta di comprendere come distinguere una situazione di "contiguità concorrente"⁶¹ stabile da una di tipo occasionale.

A tal proposito, prima di ogni ulteriore considerazione, pare opportuno non discostarsi dal significato lessicale del termine che allude chiaramente a un contatto estemporaneo – quasi fortuito – tra il soggetto economico e l'entità criminale avvantaggiata.

Occasionalità, in termini letterali, sarebbe sinonimo di limitata dimensione temporale della contiguità⁶², sicché l'aggettivo in parola sembrerebbe alludere a un profilo quantitativo più che qualitativo, rispetto al tipo di relazione suscettibile di amministrazione giudiziaria.

Immaginando un rapporto commerciale di fornitura, ad esempio, di prodotti ittici che intercorra tra un'azienda che si occupa di commercializzazione e un ristorante

⁶¹ Cfr., Cass. pen. Sez. V Sent., 02.07.2018, n. 34526, Rv. 273645.

⁶² V. nota n. 34.

di conclamata appartenenza mafiosa e che tale rapporto risulti duraturo nel tempo, ad esempio pluriennale, si tratta in primo luogo di comprendere qual sia la natura di tale rapporto e, una volta escluso che vi sia contiguità compiacente anziché “soggiacente” o “concorrente”, in quanto consta che l'azienda fornitrice vanta, ad esempio, un pacchetto clienti variegato e nel quale solo una minima parte è occupata dal soggetto affetto da criticità, si tratta allora di comprendere se il rapporto di clientela stabile possa definirsi “occasionale”.

Del pari, si immagini che un supermercato collochi tra i prodotti in vendita una nota marca di latte (dal prezzo interessante) sponsorizzato dalla criminalità organizzata locale e lo faccia con continuità nel tempo e con volumi di acquisto importanti rispetto alle altre marche acquistate⁶³.

A tal proposito, si dovrà – sempre in ossequio alla predetta scansione logica – dapprima comprendere che tipo di relazione vi sia tra i due soggetti; poi interrogarsi sulla possibilità di definire il contatto come occasionale.

In entrambi i casi, se, a tutta prima, pare potersi escludere la sussistenza di una contiguità di matrice collusiva in quanto (ad esempio) ciascuno dei menzionati esercizi non sembra avere alcun interesse qualificato nel relazionarsi con quel cliente (nel primo caso) o con quel fornitore (nel secondo caso), e non sembra dubbio che la relazione crei (in qualche misura) un vantaggio, ovvero agevoli nel senso economico il soggetto portatore di criticità, l'aspetto ulteriormente problematico riguarda la possibilità di definire occasionale la esposta relazione. Il punto, ancora una volta, è comprendere in che prospettiva si deve interpretare il connotato (forse caratterizzato da una eccessiva vaghezza)⁶⁴ dell'occasionalità⁶⁵ e, cioè, da un angolo visuale quantitativo o qualitativo.

In base al primo dei termini, l'apprezzamento di una durata significativa della relazione dovrebbe far propendere per l'assenza della occasionalità e dunque per ritenere praticabile l'amministrazione giudiziaria dei beni in luogo del controllo, purché un'agevolazione in concreto vi sia stata.

Adottando una prospettiva di valutazione qualitativa, invece, anche in una delle situazioni dinanzi esemplificate, duratura ma di limitata importanza si potrebbe comunque riconoscere il polo dell'occasionalità e, dunque, applicare ugualmente il modulo del controllo giudiziario⁶⁶.

Sarebbe sostenibile, in quest'ultimo senso, che nonostante la consistente valenza temporale, il solo rapporto di fornitura di pescato per il ristorante di appartenenza

⁶³ Si veda, per ulteriori esempi, F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni*, cit., p. 1096; C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica*, cit., p. 712.

⁶⁴ Nel medesimo senso T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, cit., p. 1525, che lo definisce evanescente oltre che “opinabile, soprattutto nel contesto delle misure di prevenzione, in cui lo standard probatorio decisionale risulta di gran lunga inferiore al processo di merito”.

⁶⁵ Condivisibile il pensiero di T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, cit., p. 1525, la quale osserva che: “Se è (...) apprezzabile la scelta di attribuire autonomia e originalità ad un istituto dalle molteplici potenzialità, il presupposto legittimante – l'occasionalità – costituisce un dato eccessivamente discrezionale e dai confini variabili, rimesso al prudente apprezzamento giurisdizionale”.

⁶⁶ Cfr., in tal senso, Tribunale di Catanzaro, Seconda sezione penale, Misure di prevenzione, n. 5/2018, inedito; Tribunale di Napoli, 7 novembre 2018, n. 337, inedito.



3/2019

mafiosa, tutto sommato non tradisca (sul piano qualitativo) una comunanza di affari e come tale si traduca in una contiguità concorrente e di tipo occasionale nel senso che il rapporto di mera fornitura risulterebbe di per sé – appunto – un contatto non significativo.

In realtà, sulla scorta delle precedenti riflessioni sembra chiaramente emergere il rischio di sovrapporre la valutazione inerente alla sussistenza del requisito dell'agevolazione⁶⁷ a quello relativo all'occasionalità della suddetta agevolazione, operazioni queste che invece dovrebbero restare del tutto distinte.

Ciò in quanto si tratta di due momenti logicamente diversi per cui l'accertamento circa la effettiva esistenza di un'agevolazione riflette un *prius* rispetto al momento della occasionalità che – come attributo – necessita, come in parte anticipato, che si accerti il polo antecedente.

Sicché, tornando agli esempi richiamati, il dubbio che la fornitura di un prodotto possa essere fattore idoneo a far scattare la misura di prevenzione, è dubbio che dovrebbe attingere il momento dell'agevolazione e non quello dell'occasionalità: si tratta di comprendere in primo luogo se si tratti di vera agevolazione⁶⁸, e poi stabilire, in un'ottica di tipo quantitativo⁶⁹, se si possa parlare di occasionalità.

Comprendere se ci si trovi di fronte a una reale agevolazione è operazione sicuramente non semplice ma che potrebbe giovare di tutta l'esperienza maturata, con gli opportuni adeguamenti, in riferimento al contributo agevolatore nel campo del concorso di persone nel reato e, a tal proposito, pure potrebbero rivelarsi utile gli stessi approdi della giurisprudenza di legittimità in relazione al concorso esterno nella fattispecie associativa⁷⁰.

Quanto detto incontra ulteriori conferme nella stessa disposizione normativa di cui all'articolo 34-bis, laddove fa riferimento all'ulteriore requisito del “*pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività*”.

Tale dizione è d'ausilio allo scioglimento del prospettato nodo interpretativo, laddove introduce nel sistema un ulteriore profilo di riflessione consistente nel concetto di esigenza di prevenzione, ovvero di bisogno di prevenzione dalla cui diagnosi da parte del giudice discende in concreto l'applicazione di una misura di prevenzione.

Va tenuto in debito conto infatti che qualsiasi misura di prevenzione, anche la più blanda, si risolve, quanto meno, in un *vulnus* per l'attività economica interessata, in costi di procedura, in lavoro degli organi statuali che vi sono chiamati a partecipare e, in definitiva, in un possibile intralcio per la fluidità dei rapporti economici tra i soggetti del mercato.

⁶⁷ Per quello della soggezione non sembrano esservi questioni, in quanto testualmente si situa al di fuori della disposizione sul controllo.

⁶⁸ In senso analogo, F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni*, cit., p. 1097; Tribunale di Napoli, 8 maggio 2018, n. 169, in proc. n. 24/2018, inedito.

⁶⁹ In senso contrario risulta orientata la prima giurisprudenza di merito che pare stia sperimentando un approccio quali-quantitativo coniugando talora la scarsa gravità del contributo agevolatore alla tendenziale non ripetitività dello stesso. Cfr., Tribunale di Catanzaro, 19 febbraio 2018, Eurobitume, inedito.

⁷⁰ P. SCHIATTONE, *Il nuovo codice antimafia, Guida operativa alla riforma del codice antimafia* (L. 17 ottobre 2017, n. 161), Piacenza, 2018, p. 28. Cfr., Cass., 23 ottobre 2017, n. 48570.

Ciò significa che l'intervento di prevenzione deve trovare sempre e comunque giustificazione in un'esigenza da soddisfare: in tanto è possibile applicare un programma di profilassi a un soggetto, in quanto vi sia una plausibile diagnosi di attuale o incipiente malattia, altrimenti non vi sarebbe alcuna ragione per la predisposizione dell'intervento che rimarrebbe carente di qualunque giustificazione⁷¹.

Se così è, si comprende che anche nel sistema di prevenzione, così come in quello concernente le misure cautelari personali – nell'ambito del procedimento penale –, in tanto si può adottare una misura in quanto vi sia un “bisogno”⁷² da soddisfare, e tale bisogno nel sistema delle cautele personali e reali nel processo penale risponde al nome di “esigenze cautelari”⁷³, laddove nel sistema di sicurezza di cui si discute, risponderà al nome di “esigenze prevenzionali”.

La disposizione richiamata stabilisce che in tanto si può praticare il controllo giudiziario, definito come il livello minimo di intervento adottabile, in quanto – unitamente alle altre condizioni – vi sia il concreto pericolo di infiltrazioni mafiose per l'organismo economico stesso, e che questo sia idoneo a condizionarne l'attività.

Tanto non può non riflettersi anche sul modo di intendere il concetto di agevolazione, ritenendo che possa reputarsi tale solo un'apprezzabile agevolazione, un'autentica agevolazione, depurando così il campo da tutte quelle ipotesi di presunta agevolazione che tuttavia non possono dirsi tali, in quanto non hanno alcuna idoneità a segnalare un imminente pericolo di infiltrazioni mafiose⁷⁴.

È quindi sul polo dell'agevolazione che dovrà apprezzarsi il momento qualitativo del contributo, la sua consistenza, la sua fisionomia, cercando di comprendere se quella agevolazione possa evocare un bisogno di prevenzione collegato al soggetto economico in questione e, quindi, un bisogno di intervento.

L'accertamento successivo, ovvero il profilo della stabilità, della ripetitività⁷⁵ del contatto che attesterebbero quindi il difetto di occasionalità⁷⁶, dovrebbero essere apprezzate per la scelta del modulo (controllo o amministrazione) da mettere in campo per soddisfare quel tipo di bisogno prevenzionale. In tal modo si conferirebbe anche un significato più preciso alla locuzione “occasionalità”, depurandola così da quei rischi di

⁷¹ D'altronde, va ricordato che lo stesso discorso vale per l'impianto delle misure di prevenzione personali, all'interno del quale – come chiarito dalla Corte costituzionale fin dalla decisione n. 177/1980 – l'intervento di prevenzione postula ontologicamente qualcosa da prevenire, altrimenti non vi sarebbe alcuna ragione per la sua predisposizione.

⁷² È l'acuta espressione impiegata, per designare le esigenze cautelari, da F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 480.

⁷³ V. art. 274, c.p.p.

⁷⁴ R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, Dossier. *Art. 34-bis d.lgs. 159/2011*, cit., p. 11.

⁷⁵ Nel senso di un approccio di tipo quantitativo, R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 164; A. CAIRO – C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, cit., p. 811, i quali parlano di un “collegamento isolato ed episodico” tra la realtà aziendale e la realtà deviante; R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, Dossier. *Art. 34-bis d.lgs. 159/2011*, cit., p. 10.

⁷⁶ Nel medesimo senso, C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., p. 30, per i quali “(...) è proprio il carattere stabile, duraturo del rapporto agevolativo che giustifica l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria in luogo della misura meno grave del controllo giudiziario”.

vaghezza ed evanescenza che la connotano. Essa andrebbe intesa dunque in termini di non abitualità del contatto⁷⁷, onde ridurre la discrezionalità giudiziale nell'interpretazione dell'attributo che segna, come anticipato, la linea di demarcazione tra moduli prevenzionali di diversa intensità.

6. Le conseguenze derivanti dall'applicazione del controllo giudiziario: il duplice contenuto del controllo.

Una volta delibata, nei termini illustrati, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del controllo giudiziario, si tratta poi di individuare i contenuti in cui si sostanzia la misura. Rilevano, sul punto, i commi da 2 a 6 dell'articolo 34 bis.

Il comma 2 stabilisce anzitutto che il controllo è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore ad un anno e non superiore a tre. Subito dopo aver indicato quindi la cornice temporale del controllo, il comma prosegue con la previsione della modalità – potrebbero dirsi – più *soft* del controllo giudiziario, quello cioè disciplinato dalla lettera a) del citato comma 2.

Ai sensi della lettera a), infatti, è attribuito al tribunale il potere di sostanziare il controllo sul soggetto economico imponendogli soltanto un obbligo di comunicazione avente ad oggetto una serie di atti specifici quali: gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa.

I suddetti atti andranno comunicati al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa.

Si tratta quindi di obblighi di mera comunicazione agli indicati organi, allo scopo – pare evincersi dalla disposizione oltre che dalla collocazione sistematica della stessa – di rendere conoscibili le relazioni del soggetto economico in analisi, in particolare quelle a contenuto economico, ossia quelle che possono mettere in rilievo flussi di ingresso o uscita di risorse da altri soggetti onde, in definitiva, verificare l'indizio di partenza, cioè

⁷⁷ Sul punto si veda T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 6, 2018, p. 1525, la quale segnala come l'occasionalità costituisca la condizione che, congiuntamente agli altri presupposti, consente al giudice di pace di applicare la particolare tenuità del fatto. Evidenzia altresì l'A., come invece il legislatore, nell'introdurre la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'articolo 131-bis, c.p., abbia preferito l'adozione di una locuzione differente, ovvero la non abitualità della condotta, obbedendo così alla necessità di ancorare il parametro di valutazione a dei criteri predeterminabili e sedimentati. Cfr., A. NISCO, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di M. Baccari, K. La Regina ed E.M. Mancuso, Padova 2015, 210 ss.; C. SCHIACCIANOCE, *La legge delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, 274.

la presenza di un tentativo di infiltrazione ovvero di condizionamento del soggetto e economico stesso.

Di contenuto più pregnante è invece la seconda ed alternativa modalità di esercitare il controllo giudiziario che infatti può sostanziarsi secondo i contenuti di cui alla lettera b) del citato comma 2.

Ai sensi di quest'ultima previsione, è disposta una forma di controllo giudiziario più intensa di quella già illustrata e che contempla la possibilità per il tribunale di nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario⁷⁸ cui il tribunale stesso attribuisce i compiti in cui si sostanzia il controllo, potendo inoltre imporre al destinatario dello stesso una serie di obblighi espressamente descritti nelle lettere da a) a e) del comma 3 citato⁷⁹.

Si tratta in particolare dell'obbligo di non effettuare mutamenti concernenti la compagine societaria, quali il cambiamento della sede, della denominazione, della ragione sociale, dell'oggetto sociale così come della composizione degli organi di amministrazione, di direzione e vigilanza o altre trasformazioni della società senza autorizzazione del giudice delegato (lett. a); di adempiere agli obblighi informativi previsti dalla lettera a) del comma 2 dell'articolo 34-*bis*, ossia quelli che sostanziano – come si è visto – il controllo giudiziario definito *soft* (lett. b); di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte di soci o di terzi (lett. c); di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24 ter del D.lgs n. 231/2001 e successive modificazioni; infine, di assumere ogni altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi (lett. f).

Dal catalogo aperto degli obblighi da rivolgere al destinatario del controllo, come si evince dalla lettera f) dianzi citata, che consente al tribunale di imporre obblighi il più possibile personalizzati rispetto allo specifico rischio prevenzionale, è possibile ribadire che l'istituto in parola consente di individualizzare la risposta prevenzionale a seconda del tipo di bisogno di prevenzione da soddisfare.

Oltre alla atipicità degli obblighi potenzialmente adottabili a carico del destinatario, vi è la atipicità dei compiti da impartire al controllore giudiziario per far sì che la vigilanza adempia il più efficacemente possibile alla sua finalità, ossia quella di scongiurare il rischio che il soggetto economico rimanga ingabbiato dalla realtà

⁷⁸ Così letteralmente la disposizione, anche se più correttamente dovrebbe parlarsi di controllore. V. sul punto C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., p. 33, i quali osservano che a dispetto della qualifica legislativa il profilo e il ruolo del professionista andrebbero assimilati più alle figure degli esperti cui, ai sensi del comma 8 dell'articolo 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito in L. 11 agosto 2014, n. 114 (Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione), viene affidata dal prefetto, d'intesa con l'Anac, il compito di svolgere un monitoraggio esterno nei confronti delle imprese coinvolte in episodi corruttivi. Di qui, la possibilità di applicare al controllore giudiziario la disciplina dei compensi di cui al comma 9 dell'articolo 32 della citata legge piuttosto che quella, prevista per gli amministratori giudiziari con funzione gestoria, dal Dm n. 177/2015. Sul tema del commissariamento v. anche G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione*, cit., p. 264.

⁷⁹ T. BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, cit., p. 10, la quale, a proposito di tale più intensa modalità, la definisce “una forma di controllo guidata, una vigilanza prescrittiva”.



3/2019

criminale. Va tenuto presente, d'altra parte, come delle due modalità di esercizio, il legislatore ha previsto che nei casi di controllo a richiesta del soggetto economico (di cui al comma 6 della disposizione), si possa adoperare solo quella più intensa che prevede la nomina del giudice delegato e dell'amministratore giudiziario. Peraltro, va segnalato come tale modalità di controllo risulti pervasiva in quanto capace di includere anche quella di cui alla lettera a) del comma 2 che, nel prevedere una serie di obblighi di comunicazione da impartire al soggetto economico, rientra espressamente – nel corpo della lettera b) – tra gli obblighi che sostanziano il controllo cosiddetto forte.

Ciò posto, va osservato come la disposizione attribuisca poi, ai sensi del comma 4, il potere al tribunale di verificare anche il rispetto degli obblighi e delle prescrizioni rivolte al soggetto controllato: d'altronde non sarebbe un autentico controllo se – imposti gli obblighi funzionali al controllo – non si attribuissero i correlativi poteri di verifica.

Questi sono previsti al comma 4 che abilita il tribunale ad autorizzare gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria ad accedere presso gli uffici dell'impresa, nonché presso uffici pubblici, studi professionali, società, banche, e intermediari mobiliari al fine di acquisire informazioni e copia delle documentazioni ritenute utili.

Si tratta dell'aspetto, potrebbe dirsi, dinamico del controllo giudiziario che consente – mediante la verifica del rispetto degli obblighi di trasparenza imposti – di appurare la fattiva collaborazione del destinatario della misura e, in caso contrario, di innescare il meccanismo di ascesa, nel sistema delle misure di prevenzione adottabili, che consente di passare dal più blando controllo alla vera e propria amministrazione dell'ente interessato dall'intervento, in quanto la verifica del mancato rispetto degli obblighi è sintomo evidente di un più elevato bisogno prevenzionale e, correlativamente, della possibilità di predisporre misure più incisive⁸⁰.

La previsione testuale è emblematica in questo senso: essa stabilisce che “Nel caso in cui venga accertata la violazione di una o più prescrizioni ovvero ricorrano i presupposti di cui al comma 1 dell'articolo 34, il tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa”. Dunque, si tratta di due condizioni alternative, nel senso che il passaggio all'amministrazione giudiziaria può essere effettuato da un lato nel caso in cui venga accertata la violazione anche di una sola delle prescrizioni imposte; dall'altro, nel caso in cui l'attivazione del controllo consenta di verificare – comunque – la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 34. Da ciò discende una conferma di quanto rilevato in precedenza, ossia che il sistema delle misure patrimoniali – così come arricchito dalla novella del 2017 – consente oggi di disporre di interventi eterogenei che si dosano in relazione al tipo soggettivo da trattare e a seconda del bisogno da fronteggiare, sicché apprestato il controllo giudiziario, dallo

⁸⁰ Va, peraltro, segnalato come le conseguenze del mancato rispetto degli obblighi e delle prescrizioni fissate con il decreto che applica il controllo giudiziario, non siano di tipo esclusivamente prevenzionale, comportando cioè la possibilità di un movimento in ascesa verso misure più incisive. Al contrario, le conseguenze sono anche di tipo penale giacché il comma 6 dell'articolo 76 del codice antimafia (novellato sul punto dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161) prevede – per chi omette di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a del comma 2 dell'articolo 34-bis nei confronti dell'amministratore giudiziario – la pena della reclusione da uno a quattro anni e la confisca dei beni acquistati e dei pagamenti ricevuto per i quali è stata omessa la comunicazione.

stesso si può addivenire all'amministrazione e da quest'ultima deve ritenersi possibile addivenire anche a provvedimenti ablatori, in presenza dei conferenti presupposti⁸¹.

Peraltro, non va sottaciuto che in tanto è possibile seguire tale itinerario in ascesa, in quanto il controllo sia stato applicato. Non così, stante la chiara previsione normativa⁸², se invece il controllo giudiziario – anche nelle ipotesi di cui al comma 6, ovvero ad istanza di parte – sia stato negato per la registrata presenza delle condizioni attestanti una relazione più intensa tra il soggetto economico e l'entità sospetta, ovvero perché non vi era neppure quell'agevolazione occasionale cui fa riferimento la disposizione.

Nel primo dei casi, ossia quello in cui sia stato riscontrato un legame di più robusta intensità, il tribunale non potrà – in difetto di una autonoma proposta – far luogo di ufficio all'intervento prevenzionale più appropriato al caso di specie, ossia il sequestro; laddove nel secondo dei casi si assisterà ad un diniego *tout court* di qualsiasi misura di prevenzione per l'accertata insussistenza di una reale esigenza di prevenire.

È evidente, in questo caso, come si possano verificare talune incongruenze nel sistema, soprattutto nella ipotesi in cui vi sia un rigetto del controllo giudiziario a causa della sussistenza dei requisiti per addivenire ad un sequestro: in questo caso infatti il tribunale non sembra potersi orientare in *peius*, con la conseguenza che la vicenda dovrebbe transitare nuovamente agli organi proponenti, i quali muovendo dalla motivazione del provvedimento di rigetto, dovrebbero poter ricavare spunti per esercitare un potere di proposta orientato verso misure diverse e più intense da quelle sperimentate.

Simmetricamente, accanto a una traiettoria in ascesa⁸³ verso misure più incisive, il comma 5 ne ha contemplato anche una in discesa, verso la rimozione del dispositivo

⁸¹ R. MAGI, *Cenni sul procedimento*, cit., p. 1100, il quale osserva che “Va inoltre ricordato che dalla misura di minore impatto (il controllo) può transitarsi in quella di gravità superiore (l'amministrazione) così come dall'amministrazione giudiziaria può transitarsi, previo contraddittorio, nel contenitore più lieve o nella confisca del bene (ove ne ricorrano i presupposti e previa riconsiderazione della tipologia di relazione), ed ancora che dal sequestro può transitarsi, in sede di decisione all'esito del procedimento, nelle forme alternative di amministrazione o controllo”.

⁸² Il comma 6, ultimo periodo dell'articolo 34-bis stabilisce infatti che “successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, (il tribunale) può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure patrimoniali”, ciò che conferma che l'adozione di quest'ultime può avvenire solo “successivamente”, cioè a misura del controllo già adottata. Cfr., Tribunale di S. Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, cit.

⁸³ Peraltro, un chiaro indice della dinamica bidirezionale tra le misure di prevenzione applicabili in relazione al bisogno da soddisfare deriva dalla stessa disposizione in materia di sequestro di cui all'articolo 20 del codice antimafia, interamente riscritto dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161. Al comma 2 della richiamata disposizione il legislatore ha previsto che prima di ordinare il sequestro o disporre le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis e di fissare l'udienza, il tribunale restituisce gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete e indica gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti di cui al comma 1 per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli articoli 34 e 34-bis. Dal tenore della disposizione si comprende dunque che l'opzione più mite dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario debba essere sempre presa in considerazione anche quando sia in esame una proposta di sequestro, sicché da quest'ultima potrebbe prendere le mosse l'applicazione di una misura più mite, in una costante traiettoria ascendente-discendente correlata alla fisionomia del bisogno prevenzionale da soddisfare. Sul punto, si veda R. MAGI, *Cenni sul procedimento*, cit.,



3/2019

di controllo, una volta che ne siano venute meno le ragioni. La disposizione stabilisce infatti come il destinatario della misura possa far istanza di revoca della stessa e, a tal proposito, è previsto che il tribunale fissi un'udienza – alla quale partecipano giudice delegato, pubblico ministero e amministratore, ove nominato – e decida nelle forme dell'articolo 127 del codice di rito penale.

7. L'ipotesi di cui al comma 6 dell'articolo 34 bis. Profili generali.

Il comma 6 dell'articolo 34 bis⁸⁴ prevede una ipotesi peculiare di controllo giudiziario. Si tratta del cosiddetto “controllo a richiesta” del soggetto economico cui sia stata applicata la misura dell'interdittiva antimafia da parte del Prefetto ai sensi dell'art. 84 del codice antimafia, il cui effetto paradigmatico – in caso di accoglimento dell'istanza – è la sospensione dell'interdittiva antimafia stessa⁸⁵.

L'aspetto di rilievo consiste nel comprendere quali siano gli elementi costitutivi della fattispecie e in che rapporto la stessa si ponga con il controllo di cui al comma 1 dell'articolo 34 bis. Si tratta, infatti, di chiarire preliminarmente se la stessa rifletta un'ipotesi autonoma di controllo, ovvero individui un modello speciale rispetto a quello di cui al primo comma.

Coglie probabilmente nel segno la seconda delle opzioni ricostruttive, dal momento che – come si chiarirà – il comma 6 dell'articolo 34-bis, nel regolare il controllo a richiesta della parte interessata alla sua applicazione, non fa altro che richiamare nei contenuti parte del comma 1 della disposizione, così evidenziando il *trait d'union* che intercorre tra le due versioni del medesimo istituto, tutto disciplinato nel medesimo articolo.

L'analisi dei requisiti fornisce conferme all'ipotesi ricostruttiva avanzata. Rileva anzitutto il profilo soggettivo della fattispecie: il controllo di cui al comma 6 è compulsato dalle sole imprese o attività economiche che siano state raggiunte da

p. 1100.

⁸⁴ Ai fini di una compiuta analisi è utile riportare qui di seguito la previsione testuale della disposizione. Così stabilisce il citato comma 6 dell'art. 34 bis: “Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali. 7. Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente articolo sospende gli effetti di cui all'articolo 94”.

⁸⁵ C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica*, cit., p. 737, il quale ragionando de iure condendo, quando non era stato ancora introdotto l'istituto, osservava: “Si tratterebbe, infatti, di una cucitura o di un ponte tra il sottosistema della prevenzione giurisdizionale e quello della prevenzione amministrativa, in grado finalmente di assicurare una via d'uscita tempestiva, efficace e garantista alle imprese rimaste impigliate in un tentativo di condizionamento mafioso”.

un'interdittiva antimafia. La disposizione aggiunge, quale ulteriore requisito, la necessaria impugnazione dell'interdittiva dinanzi al giudice amministrativo da parte del soggetto aspirante al controllo. Infine, è prevista – ai fini della decisione del Tribunale – la celebrazione di un'udienza con la partecipazione necessaria del pubblico ministero da tenersi con le forme di cui all'articolo 127 c.p.p.

In disparte, per un attimo, gli effetti che discendono dall'applicazione del controllo, e quindi, il profilo contenutistico della misura⁸⁶, l'aspetto di maggiore interesse consiste nell'individuazione dei presupposti dalla base dei quali il Tribunale debba ammettere o meno al controllo il soggetto richiedente.

Il problema dei presupposti della decisione postula, chiaramente, che si dia per assodato che l'applicazione del controllo non rifletta un automatismo ossia la risposta dell'ordinamento all'esercizio di un diritto potestativo da parte del richiedente, in quanto – ragionando in questi termini – risulterebbero sufficienti ai fini del controllo l'applicazione di un'interdittiva, l'impugnazione della stessa e la mera richiesta al Tribunale della prevenzione di predisporre la misura in questione.

In realtà che non operi un automatismo, bensì occorra una valutazione da parte del tribunale pare richiederlo la stessa disposizione allorquando stabilisce – ai fini della emissione del controllo – che il tribunale accoglie la richiesta “*ove ricorrano i presupposti*”. Tuttavia, il richiamo alla sussistenza dei presupposti accompagnato alla mancata specificazione degli stessi, alimenta anche l'opposta opzione interpretativa, quella cioè di quanti ritengono⁸⁷ che, nonostante la dizione legislativa, in realtà il controllo di cui al comma 6 dell'articolo 34-*bis* riflette un automatismo, applicabile *de plano*, alla sola condizione che il soggetto colpito da interdittiva, dopo averla impugnata dinanzi al tribunale amministrativo, ne chieda l'applicazione.

Quest'ultima interpretazione oltre ai richiamati argomenti, fa leva sostanzialmente sulle premesse storiche che avrebbero dato luogo all'istituto: si segnala come lo stesso sia stato ideato dalla commissione Fiandaca⁸⁸ e come quest'ultima abbia concepito un modello di intervento prevenzionale a semplice richiesta della parte, in base al principio per cui se un soggetto si sottopone spontaneamente a forme di controllo, non v'è ragione di ricercare altri presupposti, in quanto è *in re ipsa* la meritevolezza dell'applicazione della misura⁸⁹.

⁸⁶ Sui quali vedi par. 6.

⁸⁷ C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., p. 32, che provocatoriamente fanno riferimento a “fantomatici presupposti”.

⁸⁸ Si tratta della commissione Fiandaca (istituita con d.m. 10 giugno 2013), i cui lavori, depositati nel 2014, sono compendati nel testo della relazione finale, *Proposte di intervento in materia di criminalità organizzata: la prima relazione della Commissione Fiandaca*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁹ C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità*, cit., p. 32, i quali osservano: “In altre parole, le aziende colpite dal provvedimento amministrativo, e cioè quegli enti nei confronti dei quali il prefetto ha rilevato “la sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionarne le scelte e gli indirizzi”, possono tornare ad avere rapporti con la pubblica amministrazione (appunto interdetti per effetto della documentazione antimafia negativa), sottoponendosi volontariamente al controllo giudiziario disposto dal tribunale. Quel che risulta oscuro, tuttavia, è il richiamo della norma ai fantomatici “presupposti” di cui il tribunale dovrebbe verificare la sussistenza quando “accoglie la richiesta” della parte privata. A ben vedere, infatti, l'unica condizione da accertare è e non può che rimanere la pendenza del provvedimento interdittivo e l'atto di impugnazione, oltre il parere della Direzione distrettuale

L'orientamento in parola è stato disatteso dalle prime applicazioni dell'istituto ad opera della giurisprudenza⁹⁰ che ha quasi totalmente respinto l'idea di un automatismo e interpretato la locuzione relativa ai "presupposti", come un dato testuale – peraltro inserito postumo nel corso dell'iter di approvazione della legge⁹¹ – espressione di un segnale chiaro che oltre a quelli dell'interdittiva e della sua impugnazione occorressero poi ulteriori presupposti e, in particolare, quelli di cui al comma 1 dell'articolo 34-bis, ossia la presenza di un'agevolazione occasionale che l'ente economico generi a vantaggio del soggetto gravato, esattamente come nell'ipotesi generale di cui al comma 1.

L'elemento specializzante del comma 6 andrebbe invece individuato nel peculiare effetto discendente dall'applicazione del controllo, consistente in una sospensione legale del provvedimento di interdittiva antimafia. Secondo l'indicato orientamento, avversato ancora da parte della dottrina⁹², una conferma ulteriore della mancanza di un automatismo e la presenza invece di una valutazione del tribunale che si cali nel merito della regiodicanda – consistente nel valutare il contatto con l'entità gravata e l'occasionalità dello stesso – risiederebbe anche nella esplicita richiesta di una apposita udienza, celebrata secondo i crismi dell'articolo 127 c.p.p, e nel corso della quale si ascoltino il PM e le parti interessate.

È stato rilevato che, a voler ragionare in chiave di automatismo, non si spiegherebbe la necessità di celebrare un'udienza nel corso della quale apprezzare gli apporti conoscitivi promananti dalle parti⁹³. Se vi fosse un automatismo, il tribunale esplicherebbe una funzione di mera presa d'atto – di matrice quasi notarile – in assenza di qualsiasi valutazione, ciò che invece risulta in totale contrapposizione con l'esigenza di un processo all'interno nella quale apprezzare la dialettica delle parti.

L'indirizzo interpretativo che ripudia l'idea dell'automatismo, oltre ad essere stato accolto dalla giurisprudenza di merito, ha incontrato un primo avallo della Corte di cassazione la quale, nel confermare un decreto di rigetto emesso dal tribunale che aveva riscontrato il difetto del requisito dell'occasionalità dell'agevolazione, a dispetto, invece, di una reale compenetrazione tra richiedente e persona sospettata, ha rilevato come fosse di palmare evidenza – stante la costruzione testuale della disposizione – l'assenza di qualsivoglia automatismo e la presenza, di contro, di un onere valutativo del tribunale⁹⁴.

competente sul piano procedurale"; si veda anche M. URBANO, *Il controllo giudiziario delle aziende di cui all'articolo 34 bis del codice antimafia*, in D. Posca (a cura di), *Criticità gestionali di beni e aziende sequestrate*, Trani, 2018, p. 424.

⁹⁰ Tribunale di Napoli, 7 novembre 2018, n. 337, inedito.

⁹¹ M. Urbano, *Il controllo giudiziario delle aziende*, cit., p. 424 ss.

⁹² C. VISCONTI – G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., p. 32.

⁹³ Si veda, in tal senso, R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 164; Tribunale di S. Maria Capua Vetere, 2 maggio 2018, n. 2, inedito.

⁹⁴ Cfr., Cass., sez. V, 2 luglio 2018, n. 34526, Rv. 273645, nella quale si legge che "(...) l'ammissione al controllo giudiziario, per un'impresa raggiunta da un'interdittiva prefettizia non può accettare alcun automatismo (...) altrimenti lo scrutinio sarebbe meramente formale e l'accesso al controllo giudiziario si tradurrebbe in un diritto potestativo dell'impresa".



3/2019

Dunque, sulla scorta dell'interpretazione preferibile, il tribunale, investito di un'istanza di cui al comma 6 dell'art. 34-*bis*, registrata la presenza di un'impugnazione all'interdittiva (requisito sul quale si addensano altri dubbi, dei quali si dirà⁹⁵), è tenuto a scendere nel merito valutando il profilo sostanziale del giudizio, ossia la fisionomia del tipo soggettivo che richiede l'applicazione del controllo.

Si tratta infatti, come anticipato, di comprendere quali siano le fattezze del soggetto che invoca il controllo giudiziario, onde verificare in primo luogo se esista il profilo dell'agevolazione e, se del caso, se vi sia occasionalità della stessa.

Come visto infatti, i diversi livelli di contatto con l'entità criminale comportano diversi livelli di intervento prevenzionale, sicché – nella delibazione di cui all'articolo 34-*bis* – è necessario in primo luogo comprendere quale sia il tipo soggettivo richiedente, se lo stesso abbia in particolare (per quanto detto) un contatto incolpevole con l'ente sospetto e poi verificare (stante la progressività degli interventi) se vi sia l'occasionalità della agevolazione.

Comprendere se vi sia agevolazione vuol dire effettuare valutazioni di merito, apprezzare i profili che hanno condotto il prefetto all'emissione della interdittiva, in una parola: vuol dire investire la sostanza prevenzionale che significa apprezzamento preciso di quale sia la connotazione soggettiva del richiedente. La ragione, vale la pena di segnalarlo, va rintracciata – quanto alla specifica ipotesi di cui al comma 6 dell'articolo 34-*bis* – nell'esigenza di evitare che il dispositivo in parola sia strumentalizzato da soggetti che, dissimulando la loro reale fisionomia⁹⁶, cerchino di ottenere rapidamente (e consci che la rapidità del conseguimento è esso stesso un vantaggio) la sospensione dell'interdittiva, con la rimozione così della paralisi amministrativa che ad essa si riconnette.

E, in questa prospettiva, importa relativamente che il soggetto si sia spontaneamente consegnato alla giurisdizione per sottoporsi a controllo, perché tanto non cancella la concreta possibilità di usi strumentali che deriverebbero dalla lettura in termini di automatismo: verosimilmente, la reale natura del soggetto che si è consegnato potrebbe emergere troppo tardi o mai, attesa la natura di mero controllo dell'istituto⁹⁷.

Al contrario, postulare un giudizio che si costruisca – più o meno – sullo stesso materiale valutato dall'autorità amministrativa ai fini della emissione dell'interdittiva

⁹⁵ Si veda par. 8.1.

⁹⁶ Nel medesimo senso R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 169, che al fine di scongiurare rischi di strumentalizzazione, propongono una visione unitaria tra la procedura prefettizia di emissione dell'interdittiva e quella giurisdizionale che mette capo al controllo giudiziario, in modo tale da consentire al tribunale di giovare dell'intero orizzonte conoscitivo che ha consentito all'autorità amministrativa l'adozione dell'interdittiva. Cfr., Tribunale di Napoli 18 aprile 2018, n. 26, inedito.

⁹⁷ A. CAIRO – C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, Molfetta, 2018, p. 810, i quali osservano che “Indubbiamente non è semplice dire che margini di effettività e quali risultati in concreto possa conseguire la misura, alla luce della circostanza che l'amministrazione e la gestione dei beni restano in capo ai precedenti titolari. Infatti, gli obblighi di informazione e le notizie sulla dinamica aziendale sono veicolate agli organi di controllo attraverso la intermediazione dei titolari e di coloro che in definitiva hanno interesse contrario a rivelare eventuali pericoli di infiltrazione mafiosa nella dinamica e nella gestione aziendale”.

consente di comprendere, quanto meno a un livello di *fumus*, quali siano fin da subito i tratti del soggetto che bussa alle porte del tribunale per la richiesta del controllo, evitando così che si avallino attività di concreta agevolazione (colpevole) dell'attività criminosa con il beneplacito dello Stato⁹⁸ comportando la sospensione dell'interdittiva una immediata riabilitazione del soggetto economico e il suo immediato rientro nel mercato.

Tale rientro è bene che venga subordinato a una delibazione dell'autorità giudiziaria che investa i profili di criticità già valutati dal prefetto, conferendo così una veste di giurisdizionalità piena a tali valutazioni che, come noto, comportano pesanti conseguenze sulla vita di un soggetto economico⁹⁹.

7.1. *Segue: ancora sui presupposti di cui al comma 6 dell'art. 34-bis e la pretesa sussistenza di un interesse pubblico.*

Il richiamo, nel comma 6 dell'art. 34-*bis*, ai “presupposti” il cui contenuto è stato illustrato nelle pagine precedenti costituisce lo sfondo sul quale una interpretazione emersa in giurisprudenza ha fondato la necessità di esigere – nel ripudio all'automatismo – ulteriori elementi per far scattare il controllo a richiesta ai sensi del comma 6 dell'articolo 34-*bis*.

In particolare, a fronte di un indirizzo giurisprudenziale unitario, sia pur nella ancora scarsa applicazione dell'istituto, volto ad evidenziare l'assenza di qualsiasi automatismo nell'accesso al controllo e che propende, dunque, per mutuare dal comma 1 dell'articolo 34-*bis* il necessario requisito dell'occasionalità della agevolazione all'entità criminale, si manifestano di contro opzioni ricostruttive antagoniste quanto alla necessità che il controllo “a richiesta” postuli il soddisfacimento di un interesse pubblico.

Più in dettaglio, una parte della giurisprudenza di merito¹⁰⁰, nel chiarire il contenuto dei presupposti necessari per l'accesso all'istituto di cui al comma 6 dell'articolo 34-*bis*, ha ritenuto essenziale valutare la presenza di un interesse di matrice pubblicistica alla conservazione dell'organismo economico aspirante al controllo¹⁰¹.

In altri termini, si è ritenuto praticabile l'accesso al controllo solo nei casi di esercizio – da parte dell'impresa richiedente – di attività economica erogatrice di un servizio pubblico per la collettività, ovvero di un'attività dotata di una consistente dotazione di risorse umane tale quindi da evocare un'esigenza occupazionale, ovvero

⁹⁸ V. nota precedente.

⁹⁹ C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica*, cit., p. 730, il quale, con riferimento agli effetti dell'interdittiva sul soggetto economico destinatario, usa la suggestiva espressione di “ergastolo imprenditoriale”; G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione*, cit., p. 263, il quale parla di effetti “devastanti” per l'impresa destinataria; Cfr., T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, Sent., (ud. 27/07/2018) 04 settembre 2018, n. 1875, in *Leggi d'Italia*.

¹⁰⁰ Cfr. Tribunale di Reggio Calabria 31 gennaio 2018, consultabile in www.cerpec.unirc.it.

¹⁰¹ In senso analogo, R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 165.



3/2019

un'attività che metta comunque in luce la presenza di un interesse pubblico, parallelo a quello della medesima impresa – alla conservazione del soggetto economico.

Si è, per tale via, ritenuto che consentendo il controllo giudiziario la vanificazione sostanziale, quanto meno temporale, dell'interdittiva antimafia, ciò comporterebbe – quale contrappeso – la necessità, fermi gli altri presupposti (consistenti essenzialmente nell'esigenza di valutare l'occasionalità della agevolazione rispetto alla entità criminale), di valutare la meritevolezza pubblicistica del beneficio, consistente nella sospensione della interdittiva.

In altri termini, in tanto sarebbe immaginabile la sospensione di un'interdittiva, in quanto ciò sia giustificato anche da ragioni di opportunità consistenti nell'individuazione di un compresente interesse pubblico che avvalori la conservazione dell'intrapresa economica. Appare evidente come da tanto discenda che non ogni soggetto economico possa avere accesso al controllo giudiziario, ma soltanto quello che intercetti e risulti strumentale anche alla soddisfazione di interesse pubblico, il solo a giustificare l'accantonamento, sia pure temporaneo, di un provvedimento amministrativo sostanzialmente inibitorio quale la interdittiva antimafia. Riprova, secondo questo orientamento, deriverebbe dall'essere l'istituto collocato nel codice antimafia – sede asseritamente votata alla valorizzazione dell'interesse pubblico –, e l'aver il legislatore postulato, quale ulteriore condizione, l'avvenuta impugnazione dell'interdittiva in sede giurisdizionale amministrativa.

Sull'altro versante si pone invece un diverso orientamento della giurisprudenza di merito¹⁰². Tale indirizzo non ha condiviso l'opzione restrittiva dianzi indicata volta a rendere l'istituto ad esclusivo appannaggio dei soggetti economici la cui attività o le cui dimensioni intercettino interessi di natura pubblica.

Al contrario, nel valorizzare il tenore testuale della disposizione, si evidenzia come in nessuna parte di essa sia prevista tale limitazione. Anzi, il contenuto volutamente ampio della dizione normativa, che utilizza la locuzione “attività economica” accanto a quella di impresa, lascia persuasi del fatto che sul piano soggettivo – e fatte salve le condizioni afferenti il livello di agevolazione criminale – non è necessario che si intercetti un interesse pubblico in quanto la finalità della disposizione è recuperatoria di qualsiasi *player* economico¹⁰³, abbia o meno il suo *business* sul terreno pubblicistico, in quanto l'interesse che l'ordinamento mira a salvaguardare è appunto quello di recuperare le imprese e, in senso lato, ogni attività economica dal rischio di infiltrazione o agevolazione, sul presupposto che la bonifica degli operatori economici –

¹⁰² Si tratta di quello fatto proprio dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, cit.; cfr., Tribunale di Napoli, 7 novembre 2018, n. 337, inedito.

¹⁰³ In tal senso T. BENE, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, cit., p. 11, la quale osserva che “Non vi è alcun riferimento nelle disposizioni normative, come è intuibile, alla natura ovvero alla tipologia di attività economica esercitata. La norma, infatti, non precisa se debba trattarsi di un'impresa connotata da un determinato profilo dimensionale, se debba necessariamente operare nel settore degli appalti privati ovvero per enti pubblici o a destinazione pubblica. Invero, il riconoscimento di una autonoma facoltà riconosciuta all'impresa colpita da interdittiva antimafia conduce a ritenere che la disposizione si applica a qualunque soggetto economico, senza ulteriori distinzioni”; analogamente, T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, cit., p. 1524.

siano essi impegnati sul tessuto strettamente privato ovvero pubblicistico – ridonda comunque in benessere del tessuto economico generale.

Del resto, l'avvenuto recupero del soggetto economico e la sua affrancazione dal giogo consente di depurare il mercato che invece continuerebbe ad essere inquinato, laddove si pretendesse di limitare il dispositivo in parola ai soli *player* dalle credenziali pubblicistiche.

Sullo sfondo di tale duplice modalità interpretativa pare cogliersi, in controtuce rispetto ai due distinti orientamenti, un diverso modo di leggere il nuovo istituto quanto alla filosofia ad esso sotteso.

L'impostazione fatta propria dal primo degli orientamenti citati è di tipo univocamente eclettivo, nel senso che in essa pare potersi scorgere una lettura "tassativizzante" della fattispecie, concepita come eccezionale rispetto al sistema.

La stessa, afferma perentoriamente l'orientamento più restrittivo, non obbedisce all'interesse privato dell'impresa, che troverebbe una sua ordinaria via di tutela nel ricorso al giudice amministrativo, ma a quello pubblico a conservare le sole imprese che servano anche all'interesse collettivo.

Si tratta di un'impostazione limitante e – pare quindi potersi ricavare – come in ossequio a tale orientamento debba quindi disattendersi anche l'ulteriore questione interpretativa e, cioè, la possibilità di estendere l'istituto di cui al comma 6 dell'articolo 34-*bis* alle ipotesi di diniego di iscrizione alle *white list* di cui alla L. n. 190 del 2012¹⁰⁴.

Al contrario, e sul tema si tornerà in seguito¹⁰⁵, un diverso modo di vedere il dispositivo in esame pare trasparire nell'altra delle indicate impostazioni che – nell'aprire a qualsiasi operatore economico –, a prescindere da requisiti dimensionali ovvero di ambito di attività, pare orientato a un approccio più inclusivo verso l'istituto, da concepirsi come momento di giustizia e di recupero dell'operatività dell'impresa colpita da interdittiva antimafia, anche al di là dell'accostamento con i rimedi di giustizia amministrativa.

Il controllo giudiziario, in tale ottica, potrebbe costituire il segnale chiaro di un sistema di controllo giurisdizionale che si orienta sempre più verso il tribunale delle misure di prevenzione, quale giudice istituzionalmente attrezzato ad occuparsi di qualsiasi risvolto – anche quello di tutela avverso provvedimenti dell'amministrazione – della materia prevenzionale.

In ossequio a quest'ottica e coerentemente ad essa, oltre che in omaggio al dato testuale della previsione, che non contempla limiti, si giustifica l'accesso al modulo di cui al comma 6 dell'art. 34-*bis* a qualsiasi impresa sia stata destinataria di interdittiva, ovvero si ammette l'estensione dell'istituto anche alle ipotesi di negata iscrizione alla *white list* delle imprese stesse¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Si veda infra, par. 8.

¹⁰⁵ Si veda par. 7.

¹⁰⁶ Su quest'ultimo aspetto, si veda par. 8.

7.2. Segue: il presupposto dell'impugnazione dell'interdittiva antimafia.

Il richiamo al tipo di valutazione che compete al giudice della prevenzione evoca un altro tema di cui si è fatto un rapido cenno in precedenza e relativo al rapporto che viene a crearsi – seguendo l'opzione ricostruttiva proposta – tra il giudizio di prevenzione e quello amministrativo che pende sull'interdittiva antimafia.

Correlativamente, si tratta di approfondire il presupposto dell'impugnazione della interdittiva da parte dell'aspirante al controllo giudiziario, onde tentare di chiarirne la *ratio* e le interferenze che esso comporta tra il giudizio amministrativo e quello di prevenzione. Su altro versante, è opportuno considerare che tipo di riflessi la pendenza di un giudizio amministrativo, nel suo divenire, comporta per il parallelo giudizio di prevenzione.

In primo luogo va senz'altro evidenziato come l'attivazione di un giudizio amministrativo rifletta una condizione essenziale all'esperimento di quello prevenzionale. In mancanza di un'impugnativa al tribunale amministrativo, la richiesta di attivazione del controllo *ex art. 34-bis*, comma 6 dovrà condurre a una pronuncia di inammissibilità¹⁰⁷. Non è, tuttavia, perfettamente chiara la ragione che ha condotto il legislatore ad introdurre un tale requisito di fattispecie¹⁰⁸.

Potrebbe, a tutta prima, ipotizzarsi che sia stato inserito – per questa via – un filtro per attestare la serietà della richiesta prevenzionale ad opera della parte aspirante al controllo.

Più verosimilmente, nell'apprestare una forma di sindacato giurisdizionale più penetrante su valutazioni dell'amministrazione pubblica che sono munite di una pesante incidenza sulle posizioni giuridiche degli operatori economici, si è inteso instaurare un circolo virtuoso tra la dinamica del giudizio amministrativo e quello prevenzionale, consci delle reciproche interferenze che – ancorché nella diversità strutturale e funzionale – vi possano essere tra i due giudizi.

Se si fosse introdotto il giudizio di prevenzione in assenza di un parallelo giudizio amministrativo, ci si sarebbe trovati probabilmente dinanzi alla situazione di una interdittiva inoppugnabile (perché, ad esempio, mai impugnata) e, al contempo, eventualmente sospesa nella cornice di un giudizio di prevenzione (la cui dinamica

¹⁰⁷ R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, Dossier. *Art. 34-bis d.lgs. 159/2011*, cit., p. 18, i quali rilevano che “A rigore, però, la lettera della norma non sembrerebbe escludere in via astratta, l'ulteriore ed alternativa possibilità, in capo ad una certa impresa che sia, ad esempio, indirettamente condizionata da pressioni esterne del tipo di quelle descritte dall'art. 34, così come richiamato dal successivo art. 34-bis, di avanzare autonoma istanza 'in autotutela' *ex art. 34-bis* all'autorità giudiziaria ordinaria, a prescindere cioè dalla ricezione di un'informazione antimafia interdittiva”.

¹⁰⁸ In senso analogo R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 162, i quali osservano che “la *ratio* di tale previsione non è di immediata evidenza e suscita qualche perplessità non solo su un piano meramente applicativo e procedimentale, ma anche in una prospettiva di coerenza sistematica”. Cfr., R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, Dossier. *Art. 34-bis d.lgs. 159/2011*, cit., p. 18 i quali paventano che “il subordinare la richiesta di applicazione di questa misura da parte delle imprese destinatarie dell'interdittiva antimafia alla condizione della preventiva impugnazione della medesima significherebbe (...) avallare il rischio di una 'competizione' tra giudici ordinari e amministrativi in ordine ai presupposti di applicazione del controllo giudiziario e della *c.d. interdittiva antimafia*”.

potrebbe ulteriormente incidere sulla stessa) con valutazioni inerenti alla posizione dell'operatore economico divergenti e con un conseguente possibile momento di contraddizione all'interno dell'ordinamento e correlativa incertezza dei rapporti giuridici.

L'aspetto che va, infatti, rimarcato attiene alla presenza di una forte intersezione tra i due tipi di giudizio che, inevitabilmente, presentano aree di reciproca sovrapposizione.

Tanto conduce ad effettuare talune precisazioni sul giudizio di prevenzione.

Come in parte anticipato, tale giudizio deve necessariamente investire il merito, ossia stabilire quale sia il tipo soggettivo che si relaziona al tribunale per il controllo. Tale esigenza fa sì che il giudice della prevenzione, nella sua valutazione, debba necessariamente – si badi, ai soli fini di registrare la sussistenza della fattispecie di prevenzione¹⁰⁹ – analizzare profili sui quali si è appuntata l'attenzione del prefetto nell'emissione della interdittiva.

Atteso poi che il sindacato del giudice amministrativo riflette un controllo proprio sull'atto prefettizio, è giocoforza che le valutazioni dei due tribunali si lambiscano reciprocamente.

Il contatto, ancorché non intenso – in quanto la giurisdizione amministrativa è giurisdizione di legittimità cui è precluso un controllo di merito, salve le valutazioni sull'eccesso di potere – sussiste senza dubbio, sicché è necessario creare delle interrelazioni fisiologiche tra i due giudizi.

È verosimilmente per questa ragione che si è imposto – quale requisito specifico per la richiesta del controllo – l'attivazione del giudizio amministrativo. In tal modo, gli aspetti che emergeranno dal giudizio prevenzionale potranno a limite veicolare in quello amministrativo oltre che riverberarsi sulle stesse valutazioni della pubblica amministrazione¹¹⁰, la quale difficilmente ignorerà quelle – non limitate a meri profili di legittimità ma aventi natura sostanziale – del tribunale di prevenzione.

Dovendo quest'ultimo valutare la presenza di un'agevolazione e l'occasionalità della stessa ai fini dell'accesso al controllo giudiziario, va ribadito come ciò comporti necessariamente una indagine su profili che, in qualche modo, intercettano quelli propri del giudizio amministrativo. V'è quindi un pacifico sfiorarsi tra i due procedimenti, con

¹⁰⁹ Cfr., Tribunale di Napoli 18 aprile 2018, n. 26, inedito; Tribunale di S. Maria C.V., 2 maggio 2018, n. 2, inedito.

¹¹⁰ Lo strumento potrebbe essere, ad esempio, quello di un utilizzo accorto dell'aggiornamento alla interdittiva da parte dell'organo deliberante. Si veda sul punto, C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economica*, cit., p. 732. Cfr., sul punto, la circolare del 2 novembre 2018 del Ministero dell'interno che, nel rispondere al quesito sollevato dalla prefettura di Catanzaro, ha segnalato l'opportunità di assicurare una qualificata interlocuzione con la magistratura procedente da realizzare anche mediante lo strumento di cui al comma 6 dell'articolo 34-bis – che prevede la partecipazione all'udienza dei "soggetti interessati" – sì da consentire di "fare emergere in quella sede il patrimonio info-investigativo dal quale è scaturita la valutazione di un livello di compromissione della governance aziendale tale da motivare la misura interdittiva, garantendo all'Autorità giudiziaria un più completo quadro informativo in vista delle decisioni da assumere".

la consequenziale necessità di creare meccanismi di raccordo, onde evitare una possibile contraddizione all'interno del sistema.

Plausibilmente il legislatore, in parte per le ragioni già anticipate, ha inteso predisporre un controllo giurisdizionale più incisivo rispetto alle determinazioni che confluiscono nella emissione di un'interdittiva, allo scopo principale di assicurare ove possibile un recupero delle realtà economiche che siano venute in contatto (occasionale o meno ma incolpevole) con l'entità criminale.

L'oggetto del giudizio è quello appena indicato, ossia la valutazione della sussistenza dei citati presupposti che riflettono gli elementi costitutivi della fattispecie di prevenzione: solo indirettamente ciò comporta un'indagine sulla interdittiva del prefetto, ma l'esame della stessa da parte del giudice della prevenzione è solo un effetto collaterale, in quanto l'apprezzamento dei presupposti oggettivi e soggettivi ai fini dell'accesso al controllo giudiziario ovvero per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria finiscono per rievocare la relazione tra il richiedente e l'entità gravata che, tutto sommato, è operazione analoga a quella svolta dall'autorità amministrativa¹¹¹.

Il fatto che il controllo di cui al comma 6 dell'art. 34-*bis* non configuri un ulteriore strumento di impugnazione (l'unico resta infatti quello al giudice amministrativo), nei termini illustrati, comporta che la valutazione del giudice della prevenzione debba strettamente calibrarsi sui requisiti di fattispecie, ossia – per quanto si è detto – sul tipo di rapporto e sulla dimensione dello stesso.

Tali requisiti andranno valutati nella loro stretto significato letterale in quanto il *favor* per gli istituti di prevenzione in discorso se può legittimamente incidere sull'ambito

¹¹¹ Vale la pena di rilevare come la giurisprudenza amministrativa abbia già da tempo individuato i criteri della valutazione del prefetto in ordine alla adozione della interdittiva antimafia. La logica è di tipo schiettamente indiziario, laddove la regola probatoria imperante è quella del più probabile che non. In tale prospettiva cfr., Cons. Stato, Sez. III, Sent. n. 738/2017; Cons. Stato, Sez. III, Sent. n. 3827/2017 secondo il quale l'interdittiva antimafia "non postula, come tale, l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa attenzionata con associazioni di tipo mafioso, potendo basarsi anche sul solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo di infiltrazioni della criminalità organizzata". Tale orientamento consolidato è espressione di una «logica di anticipazione della soglia di difesa dell'ordine pubblico economico» (Cons. Stato, Sez. III, Sent. n. 3356/2017). È stato, al riguardo, chiarito che «l'interdittiva antimafia può legittimamente fondarsi su fatti e circostanze risalenti nel tempo, oltre che su indizi più recenti, purché, tuttavia, dall'analisi del complesso delle vicende esaminate emerga un quadro indiziario idoneo a giustificare il necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'amministrazione dell'attività d'impresa» (Cons. Stato, sez. III, Sent. n. 1345/2015). Ai fini dell'adozione di un'informativa antimafia è sufficiente la sussistenza di un mero pericolo di infiltrazione o di condizionamento mafioso, il cui relativo giudizio deve costituire l'esito di una valutazione sintetica e ragionevole di tutti i dati comunque acquisiti e in grado di rivelare un tentativo di ingerenza in ambito economico. Nel formare il giudizio di inquinamento mafioso, le Prefetture non possono non tener conto delle modalità operative secondo le quali operano le organizzazioni criminali, nonché della varia natura di rapporti intercorrenti tra gli associati, i favoreggiatori e i semplici fiancheggiatori delle predette organizzazioni, con la conseguenza che gli elementi sintomatici di una possibile ingerenza non possono essere valutati alla stregua di astratti modelli di comportamento o di vincoli interpersonali giuridicizzati. Detti indizi sintomatici vanno apprezzati "in concreto", in relazione cioè allo specifico contesto sociale in cui essi sono stati raccolti e per il significato che essi possono assumere in detta trama di rapporti.» (Cons. Giust. Amm. Sic., Sent. n. 19/2017).

di applicazione soggettiva (con riferimento all'interpretazione ad esempio di cosa significhi azienda o attività economica suscettibile di accesso all'istituto), non può invece influire sull'interpretazione del tipo di relazione tra l'impresa e l'entità criminale o sulla presenza o meno della occasionalità, in quanto questi ultimi aspetti riflettono la chiave di volta per consentire – come si è anticipato – un uso non strumentale e distorto dell'istituto¹¹².

Tornando al problema delle interferenze – che inevitabilmente esistono – tra il giudizio amministrativo e quello di prevenzione, si è sostenuto, da una parte della prima giurisprudenza di merito che ha applicato l'istituto, come tale interrelazione finisca con l'incidere sulla possibile efficacia del controllo giudiziario, nel senso che lo stesso risulterebbe efficace fin tanto che dura il giudizio amministrativo sull'interdittiva, al termine del quale non vi sarebbe più ragione di ulteriore prosecuzione del controllo. In tale prospettiva, il controllo avrebbe una funzione super cautelare rispetto alla sospensiva del giudice amministrativo, in quanto consentirebbe al soggetto economico di riprendere la sua attività – a tempo e sotto controllo – fin tanto che non vi sia una statuizione definitiva sulla bontà dell'interdittiva da parte del giudice amministrativo¹¹³.

Tale modalità interpretativa non sembra convincente in quanto da una parte il dato normativo pare testualmente orientarsi per una durata del controllo giudiziario del tutto autonoma rispetto a quello amministrativo: il comma 2 dell'articolo 34-*bis* assegna al controllo giudiziario una cornice temporale che va da uno a tre anni, per cui non si comprende che senso abbia l'aver individuato una tale durata, oltre la quale peraltro il controllo potrebbe essere rinnovato, se l'efficacia dello stesso fosse rimessa esclusivamente all'esito del giudizio amministrativo¹¹⁴.

Ma, d'altra parte, le precedenti considerazioni circa la natura del controllo giudiziario quale ulteriore misura di prevenzione patrimoniale a vocazione di sostegno per l'operatore economico a rischio di infiltrazione, lasciano comprendere come vi sia assoluta autonomia – al netto delle citate interferenze – tra i due paradigmi e come quello prevenzionale, con il giudizio cui si accompagna, dovrebbe poggiarsi su un panorama istruttorio tendenzialmente più ampio ed eterogeneo di quello che caratterizza il giudizio amministrativo da intendersi quale processo all'atto “interdittiva antimafia”.

La partecipazione del PM al giudizio di prevenzione dovrebbe assicurare un'ampia funzione conoscitiva allo stesso, andando oltre quelle che sono le evidenze prospettatesi al prefetto, il che lascia comprendere come si tratti di un modulo autonomo e dotato di autonoma funzione, la cui efficacia non può essere legata al giudizio

¹¹² R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 164; si veda sul punto anche Tribunale di Napoli, 22 maggio 2018, n. 25 che ha osservato come l'occasionalità dell'agevolazione mafiosa costituisca un presupposto fondamentale per la concreta operatività dell'istituto, nonché Cfr., Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, n. 1, cit.

¹¹³ Qualche riferimento in tal senso è contenuto in Tribunale di Catanzaro, decreto del 19 febbraio 2018, inedito, di cui vedi anche nel par. 8 sul tema della estensione del controllo giudiziario alle ipotesi di diniego di iscrizione alle cosiddette *white list*; cfr., anche Tribunale di Napoli, 7 novembre 2018, n. 337, inedito. Nel medesimo senso, R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 163.

¹¹⁴ In tal senso, Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 2 maggio 2018, n. 2, inedito.

amministrativo, né tecnicamente l'esito del giudizio (fosse anche la conferma dinanzi al Consiglio di stato) potrebbe determinare di per sé effetti automatici sulla durata del controllo che vive di piena autonomia.

Potrebbe sostenersi, a tal proposito, come l'interdittiva antimafia, per l'ipotesi di controllo di cui al comma 6, costituisca l'occasione per l'attivarsi del modello prevenzionale ma non ne rappresenti la causa, sicché le eventuali vicende dell'interdittiva non dovrebbero riflettersi sulla dinamica del controllo giudiziario.

Ciò non vuol dire negare le citate interferenze da un lato tra il giudizio di prevenzione e le valutazioni del prefetto, dall'altro, tra il primo ed il giudizio amministrativo¹¹⁵. È evidente, infatti – e una eco di tale fenomeno inizia a percepirsi nella prassi¹¹⁶ – che l'autorità amministrativa, oltre al profilo della sospensione della interdittiva che consegue *ex lege* all'attivazione del controllo, prenda necessariamente atto di quanto emerso dal giudizio di prevenzione e delle valutazioni effettuate dal tribunale istituzionalmente competente a trattare gli affari prevenzionali¹¹⁷. Da queste valutazioni è ragionevole che l'autorità amministrativa tragga gli spunti per l'attività consequenziale, ferma ovviamente la separazione delle attribuzioni di matrice costituzionale.

D'altro canto, i riflessi potrebbero determinarsi anche sul giudizio amministrativo, sul quale andrebbero a riverberarsi le valutazioni effettuate in seno al giudizio prevenzionale, nella misura in cui le medesime vengano poi veicolate dalle parti nel giudizio amministrativo stesso e registrare una sopravvenuta carenza di interesse al ricorso.

8. L'applicabilità del controllo giudiziario di cui al comma 6 dell'art. 34-bis alle ipotesi di diniego della iscrizione alla cosiddetta *white list* di cui all'art. 52 della L. n. 190/2012.

Il punto di partenza nella disamina circa la possibilità di estendere l'applicazione del controllo giudiziario alle aziende cui sia stata negata la iscrizione alle liste di cui alla

¹¹⁵ R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., p. 166, i quali rilevano che analoghe interferenze possono ingenerarsi tra il controllo giudiziario ed il commissariamento prefettizio di cui all'articolo 32 del D.L. n. 90/2014, in quanto, ancorché misure dal contenuto e dalla portata diversi – giacché il commissariamento comporta lo spossessamento, sia pure ai soli fini del completamento dell'appalto pubblico, dell'impresa laddove il controllo comporta solo una vigilanza prescrittiva – la seconda, a differenza della prima è di natura giurisdizionale e dovrebbe quindi prevalere su quella amministrativa analogamente a quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 32 in caso di subingresso del sequestro o dell'amministrazione giudiziaria all'impresa commissariata. Sul medesimo tema si veda anche G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione*, cit., p. 265; T. BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, cit., p. 12.

¹¹⁶ Si veda a tal proposito, Decreto del prefetto di Catanzaro Prot. n. 56774/2018 del 30 maggio 2018, nonché la Circolare del 2 novembre 2018 del Ministero dell'interno, cit.

¹¹⁷ In senso analogo, M. URBANO, *Il controllo giudiziario delle aziende*, cit., p. 421, il quale auspica una "devoluzione dell'intera materia alla Giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario, nella specie al Tribunale, specializzato, delle Misure di prevenzione".

L. 2012, n. 190, cosiddette *white list*¹¹⁸, presuppone anzitutto di chiarire quali siano i tratti comuni ed eventualmente distintivi intercorrenti tra la previsione di cui all'articolo 34-*bis* – esplicitamente rivolta ai soggetti destinatari di informazione interdittiva antimafia – e l'ipotesi inerente la mancata iscrizione nelle suddette liste.

Tanto premesso, va dato conto di come il tema sia stato affrontato dalle prime decisioni della giurisprudenza di merito.

Sul punto va fatta anzitutto menzione dell'indirizzo giurisprudenziale che propende per la equiparazione – sotto il profilo dell'ammissione al controllo giudiziario – tra le ipotesi di soggezione ad interdittiva antimafia e quelle di diniego della iscrizione alle *white list*. Nel solco di questa interpretazione si inserisce un primo orientamento di merito che, nel dichiarare l'inammissibilità dell'istanza presentata da una società, ha condiviso un'opzione interpretativa di assimilazione, ai fini dell'ammissione al controllo giudiziario, tra la situazione normativamente prevista e quella concernente il diniego di iscrizione, non contemplata testualmente della fattispecie¹¹⁹.

Questi gli argomenti sostenuti.

Tale indirizzo, nel comparare le due fattispecie – quella di cui all'articolo 94 del codice antimafia, relativa alla cosiddetta informazione antimafia e quella di cui all'articolo 52, L. n. 190/2012 – rileva la presenza di un'affinità tra le due proposizioni normative tanto in riferimento ai presupposti, quanto agli effetti e, dunque, alle conseguenze negative discendenti per l'interessato dall'applicazione dei due istituti.

Sul primo degli indicati profili, il citato orientamento, ponendosi consapevolmente in contrapposizione rispetto alle interpretazioni di altri uffici giudiziari¹²⁰, in primo luogo rileva una evidente analogia nei presupposti per l'adozione delle rispettive misure.

Ambedue infatti, ovvero tanto il diniego di iscrizione ovvero di rinnovo alla cosiddetta *white list*, quanto l'informazione interdittiva antimafia riposano sulla constatazione che il soggetto economico soggiaccia a tentativi di infiltrazione mafiosa.

Nel primo caso, ai fini della iscrizione è necessario che la prefettura effettui verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, laddove nella prospettiva di cui all'articolo 84 del codice antimafia, l'informativa interdittiva presuppone l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa. Si tratta dunque del medesimo presupposto, descritto in termini negativi nell'ipotesi della iscrizione alla *white list*, in termini positivi (nel senso che consta il tentativo di infiltrazione) nell'interdittiva antimafia.

Secondo tale orientamento, poi, ad ulteriore riprova di siffatta affinità nei presupposti vi è anche la previsione di cui all'articolo 52-*bis* della legge anticorruzione ai sensi del quale l'iscrizione nella *white list* “tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria”, ragion per cui – si rileva – se l'iscrizione nella

¹¹⁸ Art. 52, L. 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, in GU n.265 del 13 novembre 2012.

¹¹⁹ Tribunale di S. Maria C.V., decreto dell'11 luglio 2018.

¹²⁰ M. URBANO, *Il controllo giudiziario delle aziende*, cit., p. 421.



3/2019

white list tiene luogo della informativa antimafia liberatoria, è ragionevole ritenere che il diniego di iscrizione tenga luogo della informativa antimafia negativa.

Sull'altro versante vengono in rilievo poi gli effetti che parrebbero, ad avviso del cennato orientamento, consimili se non addirittura maggiormente afflittivi in caso di diniego della iscrizione alla *white list*. In primo luogo vengono citati il recesso delle amministrazioni dai contratti di appalto; in secondo luogo, si fa menzione del procedimento volto alla cancellazione dagli albi nazionali dei gestori, ciò che impedisce sia la contrattazione con enti pubblici sia quella relativa alla committenza privata.

Inoltre, viene indicato, quale effetto negativo, l'iniziativa degli enti territoriali di revocare l'autorizzazione di propria pertinenza, come ad esempio, l'autorizzazione unica ambientale, di pertinenza provinciale, per la gestione dei rifiuti non pericolosi ed infine, l'iscrizione della società nel casellario delle imprese attenzionate tenuto dall'Anac.

Secondo tale impostazione tali perniciosi effetti, sembrerebbe ancor più afflittivi rispetto a quelli della informativa interdittiva antimafia, laddove non si riconoscesse la operatività del controllo giudiziario avverso il diniego della iscrizione alla *white list* porterebbero al paradosso di negare l'istituto laddove forse vi sia il maggior bisogno attesi i comuni effetti discendenti dal citato diniego. In definitiva, la illustrata impostazione ritiene praticabile la equiparazione, e dunque la possibile estensione del modulo di cui all'articolo 34-*bis* anche alle ipotesi di diniego alla iscrizione alla *white list*¹²¹.

Non così invece altra opzione interpretativa¹²² che ha respinto la pretesa assimilabilità tra le due distinte situazioni, sostenendo come l'istituto del controllo giudiziario rifletta una misura eccezionale e, come tale, non suscettiva di interpretazione analogica.

Nel premettere che il controllo giudiziario partecipa della medesima ratio dell'amministrazione giudiziaria delle aziende di cui all'articolo 34, la tesi si sofferma sul comma 6 della disposizione, rilevando come si tratti di istituto – ad istanza di parte – che, applicandosi alle imprese destinatarie della informazione interdittiva antimafia di cui all'articolo 94 dell'omonimo codice, contempla anzitutto il requisito della impugnazione della suddetta interdittiva dinanzi al giudice amministrativo.

È interessante rilevare come l'orientamento di merito, quanto specificamente a tale requisito della impugnazione, ne ricavi come l'istituto del controllo giudiziario abbia una cornice temporale che coincide con quella del giudizio amministrativo concernente l'interdittiva antimafia¹²³, non considerando tuttavia come il *range* temporale di durata

¹²¹ Cfr., nel medesimo senso, la Circolare del 2 novembre 2018 del Ministero dell'interno, nella quale si legge che se la consultazione dell'elenco (la *white list*) "è la modalità obbligatoria attraverso la quale deve essere acquisita la documentazione antimafia per le attività a rischio, un eventuale rifiuto dell'iscrizione finirebbe con il vanificare la sospensione disposta dal Giudice, la cui finalità è proprio quella di incentivare l'adesione spontanea dell'impresa a questo nuovo strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali consentendole di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione".

¹²² Si tratta della opzione caldeggiata dal Tribunale di Catanzaro con decreto del 19 febbraio 2018, inedito.

¹²³ Così testualmente il Tribunale a pag. 4 del provvedimento: "Tale requisito delimita il perimetro di applicazione dell'istituto, circoscrivendone l'applicabilità nell'ambito del periodo di tempo in cui è pendente il giudizio amministrativo. Viene dimostrata, per questa via, la natura provvisoria dell'istituto e la sua funzionalizzazione a

del controllo giudiziario sia previsto dallo stesso legislatore nel corpo della disposizione, e sembri prescindere dalla durata o dalle scadenze temporali del giudizio amministrativo.

Ad ogni modo, tornando alla problematica della possibilità di estendere il dispositivo di controllo previsto dal legislatore anche alle ipotesi di diniego di iscrizione alla *white list*, la tesi da ultimo indicata sul punto valorizza essenzialmente il dato della asserita natura eccezionale dell'istituto di cui al comma 6 dell'articolo 34 bis.

L'affermazione è conseguente all'analisi dei presupposti di applicazione dell'istituto di cui all'ultimo comma della disposizione che – al pari di altri uffici giudiziari¹²⁴ – vengono individuati negli stessi di cui al comma 1 dell'articolo 34-bis e, *mutatis mutandis*, in quelli di cui all'articolo 34 del codice antimafia. In sostanza, si ritiene che il richiamo contenuto nella espressione “ove sussistano i presupposti”, non possa che essere letta come il richiamo proprio alle condizioni di occasionale infiltrazione ovvero agevolazione criminale concernente il soggetto economico.

Rileva l'orientamento in esame, a tal proposito, come fermi tali presupposti, che dunque accomunano tanto la previsione di cui al comma 1, quanto quella di cui al comma 6 della disposizione, l'unico aspetto che differenzia l'ipotesi di cui al comma 6 è dato dall'aver eccezionalmente conferito il legislatore alla medesima impresa il potere di chiedere l'applicazione della misura di prevenzione, a dispetto dell'intera gamma delle misure che postulano invece un potere propulsivo della parte pubblica.

Dunque, quella di cui al comma 6 non sarebbe fattispecie diversa, ma riflette solo una particolare regolamentazione del medesimo istituto che – nel caso di cui al comma 6 – consente del tutto in via derogatoria di attivare il controllo sulla scorta della istanza della medesima impresa in odore di infiltrazione/agevolazione. Ne consegue che la peculiare previsione di cui al comma 6 dell'articolo 34-bis riflette una ipotesi eccezionale e, come tale, non estensibile a situazioni non previste testualmente dalla fattispecie. Ne deriva ulteriormente che l'istituto in parola non può essere esteso alle ipotesi in cui l'impresa proponente risulti gravata non da una interdittiva antimafia, bensì solo da un diniego di iscrizione alla cosiddetta *white list* di cui alla legge n. 190 del 2012¹²⁵. Allo stesso modo, osserva l'orientamento in parola, dovranno essere considerate inammissibili le istanze avanzate senza che sia stata proposta l'impugnativa innanzi al giudice amministrativo, ovvero dopo che il giudizio amministrativo sia ormai esaurito.

Richiamando quanto già osservato nelle pagine precedenti, la funzione essenzialmente recuperatoria dell'istituto in parola dovrebbe di contro far propendere per una applicazione più inclusiva possibile sul versante delle condizioni formali soggettive. Il *favor* per la fisionomia meno traumatica di tale strumento dovrebbe esprimere tutta la propria forza *ex latere subjectii*, laddove – invece – dovrebbe stimolare

consentire la continuità aziendale dell'impresa fintanto che sul provvedimento interdittivo non sia intervenuta una pronuncia giudiziale definitiva”.

¹²⁴ Tribunale di Napoli 18 aprile 2018, n. 26, cit.; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, n. 1, cit.; Tribunale di Reggio Calabria, decreto del 31 gennaio 2018, cit.

¹²⁵ In effetti, il giudizio del Tribunale di Catanzaro, essenzialmente incentrato sul profilo della sussistenza dei requisiti legittimanti la proponibilità dell'accesso al controllo giudiziario, si è concluso con una pronuncia di inammissibilità motivata proprio sulla scorta dell'assenza di un'interdittiva antimafia da impugnare.



3/2019

una applicazione rigorosa e stringente quanto agli elementi oggettivi della fattispecie, quali la presenza di un'agevolazione e l'occasionalità della stessa, unici profili in grado di assicurare un utilizzo corretto e non distorto di un dispositivo dalla chiara finalità di sostegno.



3/2019

UN POSSIBILE PRINCIPIO DI RISPOSTA LEGISLATIVA ALLE DOMANDE CONCERNENTI LA DIGNITÀ NELLA FASE FINALE DELLA VITA

Spunti di riflessione sull'ordinanza 207/2018 e su un tempestivo disegno di legge. In particolare sull'estensione della "terapia del dolore" come valida alternativa al "diritto di morire"

di Francesca Pia Bisceglia

Abstract. *Il contributo analizza il disegno di legge Marcucci, presentato all'indomani dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Cappato e recante «disposizioni in materia di terapia del dolore e dignità nella fase finale della vita, nonché modifiche all'art. 580 del codice penale». Pur non attualmente in discussione, si cercherà di dimostrare come lo stesso possa quantomeno costituire una prima risposta alle sollecitazioni della Consulta su un tema così eticamente sensibile.*

SOMMARIO: 1. La pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato: brevi rilievi. – 2. Il disegno di legge sul fine vita Marcucci e l'enfasi posta sulla terapia del dolore. – 3. La valorizzazione del diritto a non soffrire quale succedaneo del diritto di morire: alcune considerazioni. – 4. Brevi note conclusive: un ulteriore (piccolo) passo verso il riconoscimento di "diritti infelici".

"La morte non è una cosa così grave; il dolore, sì"
(André Malraux)

1. La pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato: brevi rilievi.

Ritenendo la previsione incriminatrice di cui all'art. 580 c.p. non in contrasto con i parametri costituzionali evocati nell'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di Milano sul caso Cappato, la Corte Costituzionale ha in particolare dimostrato di non fare propria una declinazione assoluta del principio del diritto all'*autodeterminazione* individuale, collocandosi – in tema di decisioni concernenti il *fine vita* - nel solco di quel paternalismo c.d. debole¹, in accordo al quale si suppone che la persona verso cui

¹ Il c.d. *soft paternalism* (o ancora *paternalismo tutorio*) costituirebbe proprio esplicitazione del principio liberale

l'intervento statale è diretto non sia del tutto «competente» nella propria azione, e cioè che quest'ultima non sia del tutto volontaria.

Ciò è parso particolarmente evidente nel momento in cui, nell'ordinanza 207/2018, si è affermato che la punibilità dell'aiuto al suicidio assolve alla funzione di proteggere soggetti deboli da decisioni in loro danno: «non ritenendo tuttavia di poter colpire direttamente l'interessato, gli crea intorno una *cintura di protezione* inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui»².

Ciò nonostante, nella medesima pronuncia, la Corte ha individuato situazioni in cui potrebbero annidarsi profili di incostituzionalità: «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in situazioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»³.

Il riferimento dell'ordinanza è ai casi come quello oggetto del giudizio *a quo*, in cui ad essere agevolata a procurarsi la morte sia una persona affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli (dunque di "autodeterminarsi"): si tratta infatti di ipotesi in cui «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma Cost.».

Ha fatto poi notare la Corte come il malato in tali condizioni potrebbe "lasciarsi morire" richiedendo *l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale in atto e la contestuale sottoposizione a sedazione palliativa profonda continua*, opzione consentita dalla l. 22 dicembre 2017 n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*), nonché precedentemente riconosciuta dalla stessa giurisprudenza con riferimento al valore costituzionale del consenso informato del paziente.

Nel ricostruire la trama normativa della l. 219, è stata altresì evidenziata la possibilità di ricorrere alla «sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari». Tale disposizione – si evince proseguendo nella lettura dell'ordinanza – non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali, l'effetto

di autonomia individuale, che impone che la scelta del singolo, per essere meritevole di tutela, debba essere razionale, competente e consapevole. Per un approfondimento si rimanda a A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p.1210 ss.; con specifico riferimento all'istigazione e aiuto al suicidio v. R.E. OMODEI, [L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.](#) in questa *Rivista*, fasc. 10/2017, p. 143 ss.

² Ord. 207/2018 par. 4

³ Per l'iter argomentativo e riflessioni a caldo sull'ordinanza della Corte Costituzionale si rimanda a C. CUPELLI, [Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte](#), in questa *Rivista*, 3 dicembre 2018.



3/2019

delle quali è quello di innescare «un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte». Per contro, allo stato è preclusa al medico la pratica di trattamenti diretti a determinare la morte, cosicché i pazienti che versino nelle condizioni critiche sopra descritte sono costretti «a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».

Come si evinceva già dal comunicato del 24 ottobre 2018, la Consulta ha escogitato una soluzione definita da taluno “pilatesca”⁴ ma in verità non priva di pregio, come si tenterà di spiegare.

I Giudici Costituzionali hanno sollecitato il Legislatore «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale» ad introdurre una disciplina volta a considerare le situazioni *supra* elencate, non solo mettendo in evidenza i profili in relazione ai quali un’esigenza di regolamentazione appare fondamentale, ma finanche spingendosi a suggerire delle linee guida d’intervento.

Tra i primi si annoverano, in via esemplificativa, *le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’aiuto; la disciplina del processo medicalizzato; l’eventuale richiesta esclusiva di “somministrazione” di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale; la possibilità di un’obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura.*

La Corte si è spinta fino ad indicare l’ambito nel quale calare l’auspicata normativa: «anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all’art. 580 c.p. inserendo la disciplina stessa nel contesto della l.219/2017 in modo da iscrivere anche questa opzione nella relazione del quadro della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico.

Ha suggerito inoltre il collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura, nonché l’introduzione di una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse; infine, l’adozione di opportune cautele affinché l’opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza.

A ben vedere, la regolamentazione auspicata dalla Corte sembra rispondere alla richiesta di “proceduralizzazione”, ovvero alla rinuncia ad una valutazione in astratto e ad una predeterminazione legislativa, «abdicando alla funzione di comporre il conflitto una volta per tutte (e per tutti) e di orientare nel mondo dei valori». La qual cosa implica dunque l’abbandono della tradizionale logica binaria del diritto penale vietato/consentito al fine calarsi nelle peculiarità (nonché nella drammaticità) del caso concreto e degli interessi che vengono in gioco in ogni richiesta di aiuto a morire⁵.

⁴ Così A. RUGGERI, *Pilato alla consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato*, in *Consulta on line*, 26 ottobre 2018.

⁵ Quello della “proceduralizzazione” è un tema antico di discussione nel diritto penale. Il suo principale teorico fu W. HASSAMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994,

E, volendo restare in tema di *aut aut* scampati, la soluzione escogitata ha consentito ai Giudici di sfuggire all'alternativa – insoddisfacente in entrambi i termini di scelta – tra una pronuncia di inammissibilità e una declaratoria secca di incostituzionalità, «*così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale*».

2. Il disegno di legge sul fine vita Marcucci e l'enfasi posta sulla terapia del dolore.

“Riesumata” in occasione dell'intervento della Consulta, a distanza di 5 anni dalla data di presentazione, il 30 gennaio è stato avviato in Parlamento l'iter della proposta di legge di iniziativa popolare dal titolo “*Rifiuto dei trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia*”⁶, il cui punto focale della proposta è la possibilità di richiedere mediante «atto scritto, con firma autenticata dall'ufficiale di anagrafe del comune di residenza o domicilio» l'applicazione dell'eutanasia (espressamente nominata).

Verrebbe in tal modo introdotta nel nostro ordinamento l'eutanasia *attiva* ricomprendente, come noto, «le situazioni in cui la morte del paziente è da ricollegare causalmente, in concorso con un processo patologico in atto, ad una condotta materiale del medico che si attiva a favore del suo paziente»⁷.

Naturalmente, il riconoscimento del diritto al “fine vita” è dalla proposta di legge condizionato ad una serie di requisiti tassativi, il cui rispetto da parte del sanitario esonera lo stesso dall'applicazione nei suoi confronti delle fattispecie di *omicidio, omicidio del consenziente, istigazione o aiuto al suicidio e omissione di soccorso*⁸.

pp.731 ss. Più di recente, anche con riguardo alle questioni concernenti il fine vita, O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; EAD., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi in astratto alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 913 ss.

⁶ Per il testo della proposta di legge nonché per lo stato di avanzamento dei lavori parlamentari il rimando è a www.camera.it.

⁷ «Tali possibilità di intervento non escludono, in via di principio, una collaborazione da parte dello stesso paziente che, ad esempio, assume da sé il farmaco che potrà cagionare la morte (c.d. *suicidio assistito*)». Così M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 98 ss.

⁸ «Art. 3. 1. Le disposizioni degli articoli 575, 579, 580 e 593 del codice penale non si applicano al medico e al personale sanitario che hanno praticato trattamenti eutanasi, provocando la morte del paziente, qualora ricorrano le seguenti condizioni: a) la richiesta provenga dal paziente, sia attuale e sia inequivocabilmente accertata; b) il paziente sia maggiorenne; c) il paziente non si trovi in stato, neppure temporaneo, di incapacità di intendere e di volere, salvo quanto previsto dall'articolo 4; d) i parenti entro il secondo grado e il coniuge, con il consenso del paziente, siano stati informati della richiesta e, con il consenso del paziente, abbiano avuto modo di colloquiare con lo stesso; e) la richiesta sia motivata dal fatto che il paziente è affetto da una malattia produttiva di gravi sofferenze, inguaribile o con prognosi infausta inferiore a diciotto mesi; f) il paziente sia stato congruamente e adeguatamente informato delle sue condizioni e di tutte le possibili alternative terapeutiche e prevedibili sviluppi clinici e abbia discusso di ciò con il medico; g) il trattamento eutanasi rispetti la dignità del paziente e non provochi allo stesso sofferenze fisiche. Il rispetto di tali condizioni deve essere attestato dal medico per scritto e confermato dal responsabile della struttura sanitaria ove sarà praticato il trattamento eutanasi». Art. 4. 1. Ogni persona può redigere un atto scritto, con firma



3/2019

Non ci si soffermerà in questa sede su tale proposta, i cui pregi ma anche i cui difetti non tarderanno ad essere esaminati, soppesati e valutati.

Preme invece evidenziare che una risposta del tutto diversa all'invito della Corte è stata quella ipotizzata con sollecitudine dal disegno di legge – predisposto in collaborazione con l'Associazione Luca Coscioni – presentato dal Capogruppo del partito democratico al Senato Andrea Marcucci in data 29 novembre 2018, recante «*disposizioni in materia di terapia del dolore e dignità nella fase finale della vita, nonché modifiche all'art. 580 del codice penale*»⁹.

L'aspirante *novum* legislativo – per il momento accantonato – si propone di garantire «un'adeguata tutela alle persone affette da patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o con disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari», intendendo porsi interamente nel solco dei principi enunciati dall'Ordinanza n. 207/2018 (richiamati nel corso della relazione d'accompagnamento, a dimostrazione del fatto che ad essi viene improntata ogni disposizione).

Entrando nello specifico dell'elaborato, esso consta di quattro articoli.

L'art. 1 andrebbe a modificare l'art. 580 del Codice penale, «distinguendo in modo netto tra le condotte di istigazione e quelle di aiuto al suicidio»: si prevede pertanto una differenziazione delle pene della reclusione per le due diverse fattispecie¹⁰.

In realtà proprio questa disposizione si pone oltre i *dicta* della Corte Costituzionale in quanto il disegno di legge, pur confermando la doppia incriminazione di cui all'art. 580 c.p., riprende l'idea espressa nell'ordinanza di rimessione nonché precedentemente in dottrina, per cui «le condotte di istigazione sono certamente più incisive anche sotto il solo profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente

autenticata dall'ufficiale di anagrafe del comune di residenza o domicilio, con il quale chiede l'applicazione dell'eutanasia nell'ipotesi in cui egli successivamente venga a trovarsi nelle condizioni previste dall'articolo 3, comma 1, lettera e), e sia incapace di intendere e di volere ovvero di manifestare la propria volontà, nominando contemporaneamente, nel modo indicato dall'articolo 1, un fiduciario perché confermi la richiesta, ricorrendone le condizioni. 2. La richiesta di applicazione dell'eutanasia deve essere chiara e inequivoca e non può essere soggetta a condizioni. Essa deve essere accompagnata, a pena di inammissibilità, da un'autodichiarazione, con la quale il richiedente attesta di essersi adeguatamente documentato in ordine ai profili sanitari, etici e umani ad essa relativi. 3. La conferma della richiesta da parte del fiduciario, ai sensi del comma 1, deve essere chiara ed inequivoca, nonché espressa per scritto. 4. Ove siano rispettate le condizioni di cui al presente articolo, unitamente a quelle dell'articolo 3, comma 1, lettera g), al medico e al personale sanitario che hanno attuato tecniche di eutanasia, provocando la morte del paziente, non si applicano le disposizioni degli articoli 575, 579, 580 e 593 del codice penale».

⁹ Il testo del d.d.l. è disponibile sul sito del Senato a questo [link](#).

¹⁰ Questa la formulazione precisa: «Art. 1-(*Modifiche all'articolo 580 del codice penale*). All'articolo 580 del codice penale il primo comma è sostituito dal seguente: "Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Chiunque agevola l'esecuzione del suicidio è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da due a sei anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima».

contribuito al realizzarsi dell'altrui autonoma determinazione e nonostante del tutto diversa risulti nei due casi la volontà e la personalità del partecipe»¹¹.

Per contro, ad altri "ritocchi" dell'art. 580 – il riferimento è soprattutto all'auspicata limitazione delle condotte di agevolazione punibili a quelle manifestazioni che si pongano in maniera prossima alla condotta della vittima (soluzione, come ampiamente noto, già proposta già in via interpretativa)¹² – si sarebbero opposti i principi enunciati dalla Corte. In accordo a questi ultimi, come precisato in apertura, risponde alla summenzionata esigenza di protezione di soggetti deboli la punibilità di *qualunque* interferenza o partecipazione (sia di natura psichica che materiale) da collocarsi sia nella fase ideativa, sia nella realizzazione del proposito suicidario espresso da altri.

Dall'analisi congiunta degli artt. 2 e 3 si ricava il nucleo fondamentale del disegno di legge, ovvero la possibilità di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua prevista anche per i malati *non terminali*, ovvero al di fuori dei casi in cui non vi sia per il paziente "condizione di reversibilità"¹³.

Precisamente, l'art. 2 si propone di incidere sulla legge 15 marzo 2010, n. 38 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*)¹⁴. Così, d'ora in

¹¹ In dottrina, valga per tutti il riferimento a S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss. Si preferisce in questa sede sorvolare sul fatto che, benché l'attenzione sia al momento catalizzata sull'agevolazione materiale al suicidio, l'incriminazione di condotte di determinazione e rafforzamento dell'altrui proposito suicidario pongono problemi ancora maggiori nella misura in cui – onde poter asserire la sussistenza del nesso di causalità – bisognerebbe verificare che la condotta del soggetto attivo sia stata condizione indispensabile o che abbia, almeno, agevolato il compimento del suicidio aumentandone il rischio di produzione (sul punto: L. CORNACCHIA, *I problemi della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali* in Canestrari-Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, p. 187 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007). Dunque, la summenzionata differenziazione sul piano sanzionatorio potrebbe essere meno ragionevole di quanto si ritenga: tale ultima questione è stata di recente ventilata da D. PULITANO, *Il diritto penale di fronte al suicidio* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 7, 2018, p. 57 ss.

¹² V. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato* in questa *Rivista*, 22 maggio 2018, p. 26, che fa riferimento al concetto di *agevolazione* adottato «dalla sentenza del GUP di Vicenza del 2 marzo 2016, assertiva della necessità di un'incidenza causale dell'agevolazione prestata rispetto al praticato suicidio. Il GUP vicentino, infatti, ha affermato che in tema di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), integra una agevolazione penalmente rilevante la sola condotta che sia direttamente e strumentalmente connessa all'attuazione materiale del suicidio»

¹³ Si parla di *fase terminale* della malattia quando «la morte viene prevista entro un lasso di tempo [...] si tratta di individui colpiti da patologia inguaribile che determina in modo più o meno rapido il progressivo deterioramento dello stato di salute e la perdita dell'autonomia personale e sociale». Così ZILLI- PAGNI – PIAZZA, *Il malato terminale* in *Caleidoscopio italiano*, n. 28, Genova, 1987, p. 3.

¹⁴ «Art. 2 (*Modifiche alla legge 15 marzo 2010, n. 38, in materia di terapia del dolore*). 1. Alla legge 15 marzo 2010, n. 38, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 2, comma 1, la lettera b) è sostituita dalla seguente: "b) terapia del dolore: l'insieme di interventi diagnostici, terapeutici e di accompagnamento fino alla morte volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi per il controllo e la soppressione del dolore, anche mediante il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, della legge 22 dicembre 2017, n. 219"; b) all'articolo 2, comma 1, la lettera c) è sostituita dalla seguente: "c) paziente: la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se



3/2019

avanti, «la terapia del dolore» dovrebbe consistere «nell'insieme di interventi diagnostici, terapeutici e di accompagnamento fino alla morte volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi per il controllo e la soppressione del dolore, anche mediante il ricorso alla sedazione palliativa profonda ai sensi di quanto previsto dall'art. 2 comma 2 della legge 22 dicembre 2017 n. 219». Lo stesso articolo introdurrebbe – tra le altre novità – una nozione ampia di “paziente” (volta a sostituire la parola “malato” di cui all'attuale formulazione dell'art. 2 co.1 lett. c della l. 38/2010), ricomprendendovi non più soltanto «la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita e la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa», ma anche «la persona affetta da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari».

L'art. 3¹⁵ andrebbe poi ad integrare l'art. 2 della l. 219/2017, nella misura in cui contempla la possibilità di effettuare la sedazione palliativa profonda continua fin al sopraggiungere della morte in favore di soggetti con gravissime patologie o disabilità irreversibili, inguaribili e totalmente invalidanti, *anche non terminali*, la cui condizione clinica causa sofferenze fisiche e psichiche costanti refrattarie a qualsiasi trattamento

esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita, la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa, nonché la persona affetta da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari.”; c) all'articolo 5, comma 3, le parole “ai malati in fase terminale” sono sostituite dalle seguenti “ai pazienti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c); d) all'articolo 8, comma 2, le parole “alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative” sono sostituite dalle seguenti “alle malattie neoplastiche, a patologie croniche e degenerative, nonché a patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o a disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari”; e) all'articolo 9, commi 1 e 2, le parole “alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative” sono sostituite dalle seguenti “alle malattie neoplastiche, a patologie croniche e degenerative, nonché a patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o a disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari».

¹⁵Art. 3 (Modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita). 1. All'articolo 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 2, dopo le parole “con il consenso del paziente” aggiungere le seguenti “, anche su richiesta dello stesso”; b) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: “2-bis. Le disposizioni di cui al presente articolo e di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b e c), della legge 15 marzo 2010, n. 38, si applicano anche a soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, affetti da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari”.



3/2019

sanitario. In più, la medesima disposizione riconosce la possibilità per il medico di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua non solo con il consenso del paziente, ma «anche su richiesta dello stesso».

Come noto, la l. 38/2010 costituisce già normativa tra le più avanzate in Europa nel campo delle cure palliative e della terapia del dolore, che aveva sostanzialmente recepito e formalizzato quanto disposto dalla Carta sui diritti del dolore inutile promossa dal Tribunale per i diritti del malato nel 2005¹⁶. Dalla sua introduzione infatti, il dolore e la sofferenza iniziarono ad esser considerati in maniera molto diversa: compito del sistema sanitario nel suo complesso e dei suoi operatori singolarmente diviene quello di limitare il più possibile l'impatto del dolore e della sofferenza, restituendo così *qualità di vita* alla persona.

Tuttavia, nella summenzionata normativa non si riscontra alcun riferimento alla sedazione palliativa; ciò non significa che la stessa non fosse praticata in Italia fin all'entrata in vigore della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento. Il fatto che non fosse espressamente prevista dalla legge faceva però sì che, da una parte, il paziente non la potesse richiedere, dall'altra che pochissimi centri del territorio italiano la ricomprendessero tra i loro trattamenti.

L'inserimento della sedazione palliativa all'interno della recente legge 219/2017 fu dovuto principalmente all'iniziativa del dr. Mario Riccio, anestesista rianimatore presso l'ospedale di Cremona e medico di Piergiorgio Welby che, proprio attraverso l'associazione Luca Coscioni, lanciò pubblicamente la *Carta dei Medici e degli operatori sanitari*, Carta subito sottoscritta da altri mille medici italiani¹⁷.

Nell'appello al Parlamento ivi contenuto, oltre alla richiesta di includere nel testo la prevalenza del valore del malato su quello del medico e la possibilità di rinunciare a qualunque misura terapeutica senza eccezione, vi era già la precisa istanza di «specificare la possibilità per il medico *su richiesta del paziente*, di operare una sedazione palliativa profonda continua, con sospensione delle terapie, in modo da accompagnare il paziente a morire senza soffrire».

Infine, l'art. 4¹⁸ introduce una *causa di non punibilità* per il delitto di agevolazione dell'esecuzione del suicidio per chi, anche precedentemente all'entrata in vigore della

¹⁶ La Carta sanciva innanzitutto, all'art.1, «il diritto a non soffrire inutilmente», per cui «ciascun individuo ha il diritto a vedere alleviata la propria sofferenza nella maniera più efficace e tempestiva possibile». Da tale diritto ne derivavano altri: quello al riconoscimento del dolore (art.2), per cui tutti gli individui hanno diritto ad essere ascoltati e creduti quando riferiscono del loro dolore; il diritto di accesso alla terapia del dolore (art.3); il diritto ad una assistenza qualificata, nel rispetto dei più recenti e validati standard di qualità (art. 4); il diritto ad una assistenza continua, in tutte le fasi della malattia (art.5); il diritto ad una scelta libera ed informata, in modo da poter partecipare attivamente alle decisioni sulla gestione del proprio dolore (art.6).

¹⁷ Tale iter è ripercorso da M. MAINDARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre*, Torino, 2018, p. 15 ss.

¹⁸ "Art.4 (*Causa di non punibilità*). Non è punibile per il delitto di cui all'articolo 580 del codice penale, primo comma, periodi terzo e quarto, chi, anche prima dell'entrata in vigore della presente legge, abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di una persona che si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e c) della legge 15 marzo 2010, n. 38, e all'articolo 2, comma 2-bis, della legge 22 dicembre 2017, n. 219".

legge, abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di una persona che si trovi nelle condizioni descritte in precedenza.

L'espressione "causa di non punibilità", di per sé idonea a ricomprendere un dedalo di situazioni accomunate soltanto dalla mancata assoggettabilità a sanzione penale, potrebbe essere in astratto inquadrata – anche tenendo conto delle sollecitazioni della Corte - nel meccanismo delle c.d. scriminanti procedurali¹⁹.

Probabilmente l'aspirante legislatore ha deciso di compiere un primo passo (almeno nelle intenzioni, salvo ciò che si dirà in seguito) nel solco del modello olandese, il cui codice penale – che pure continua a prevedere sia la punibilità dell'omicidio su richiesta, sia dell'istigazione o aiuto al suicidio – contiene una *causa di non punibilità* specifica per il caso in cui uno dei fatti ivi previsti sia stato commesso da un medico «seguendo i criteri indicati dall'art.2 dalla legge sul controllo dell'interruzione della vita dietro richiesta e sull'assistenza al suicidio»²⁰. Tra dette condizioni procedurali assumono particolare rilievo la genuinità, spontaneità e ponderatezza della decisione del paziente.

Tralasciando la controversia interpretativa circa l'ammissibilità di siffatta categoria nel nostro ordinamento²¹, è certo che in tal modo voglia tracciarsi una "via d'uscita": una condotta che lede un interesse fondamentale ed al contempo tutela un bene di pari valore viene legittimata non a seguito di un giudizio di bilanciamento degli interessi che assegni ad uno dei due –in via definitiva e in astratto – una posizione sovraordinata all'altro, bensì in base al rispetto di una procedura che, partendo dal

¹⁹ Si tratta di una categoria elaborata nell'ambito della dottrina tedesca e ripresa recentemente in Italia proprio con riguardo a questioni "eticamente" sensibili e controverse, come l'interruzione della gravidanza e l'eutanasia. Su questo concetto M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1646 ss. Più di recente, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

²⁰ Criteri che possono essere così riassunti: a) un consenso libero da parte di una persona totalmente capace di intendere e di volere b) sofferenze insopportabili per il paziente e non alleviabili in altro modo; c) informazione sulla malattia e sull'impossibilità di miglioramento; d) l'insussistenza di altra soluzione ragionevole; e) la consultazione di un altro medico indipendente (art. 2 l. 136/2001). Il medico è poi tenuto a comunicare il decesso (e le sue cause "non naturali") al necroscopo comunale; il medico necroscopo redige un referto in cui effettua un primo controllo circa la sussistenza dei requisiti e invia la propria e la relazione del medico a una delle cinque Commissioni regionali di Controllo. Queste hanno il compito di esprimere un giudizio sul caso, controllandone gli aspetti giuridici, medici, etici. Se la Commissione ritiene che l'estinzione della vita del paziente abbia soddisfatto i criteri di diligenza posti a carico del medico, il caso viene immediatamente archiviato, senza che venga coinvolto il PM. Se, invece, la Commissione valuta negativamente il comportamento del medico, poiché questi non si è attenuto ai parametri di diligenza richiesti dalla legge, il rapporto viene inviato al PM che avvia l'azione penale. In tal caso sarà compito del giudice, poi, di valutare se nel caso specifico sussistano gli estremi della forza maggiore (art. 3-10).

²¹ Una autorevole critica rileva infatti che tali scriminanti procedurali non potrebbero trovare cittadinanza nel nostro sistema penale e non dovrebbero incarnare una nuova e diversa categoria rispetto alle cause di giustificazione dal momento che «la procedura, per quanto significativo sia il ruolo assegnato dalla norma ai diversi effetti chiamati ad operare resta servente rispetto al rilievo del bene che la legge ritiene nel conflitto prioritario; per sua natura cioè non pare in grado di giustificare per sua natura in via esclusiva». Così M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1273 ss.



3/2019

riconoscimento della pari e contemporanea inviolabilità degli interessi in gioco, razionalizzi la prevalenza, limitata al caso di specie, di uno dei due beni.

3. La valorizzazione del diritto a non soffrire quale succedaneo del diritto di morire: alcune considerazioni.

Resta a questo punto da verificare se l'aspirante *novum* legislativo sarebbe idoneo a colmare la lacuna della legislazione vigente la quale, stando alle parole della Consulta, «non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. In tal modo, si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».

Di primo acchitto, il disegno di legge Marcucci sarebbe ben lontano dall'assolvere al compito delineato dalla Corte: come rilevato in un commento a caldo, «sono infatti solo diminuite le pene per l'aiuto al suicidio indicando fattispecie di non punibilità eccessivamente vaghe/imprecise, cioè senza indicare in quali condizioni un determinato tipo di malati avrebbe il diritto ad essere aiutato a porre fine alla propria vita. Così facendo, la proposta Marcucci lascerebbe punibile, seppure con una pena più ridotta, l'aiuto fornito ai malati affetti da sofferenze insopportabili nel quadro di una malattia irreversibile che scegliessero di accedere a una iniezione letale per terminare la propria vita»²².

Per contro, l'unica sostanziale novità sarebbe²³ costituita dall'estensione del campo applicativo della sedazione palliativa profonda continua, cui potrebbero ricorrere anche i malati *non terminali*²⁴ fin al sopraggiungere della morte.

²² Così GALLO-RICCIO, *Fine vita: la legge dei senatori Pd non risponde alle sollecitazioni della consulta* in www.associazionelucacoscioni.it, 29 novembre 2018.

²³ Sempre secondo il commento di cui alla nota *supra*, il condizionale è d'obbligo in quanto «non esiste già adesso alcun limite alla sedazione palliativa profonda e alla sospensione o non inizio di una terapia anche se salvavita (principio già affermato dalle sentenze Welby ed Englaro. Ricordiamo in particolare l'ultima decisione in materia prima della legge 219 del 2017: il giudice tutelare Maria Luisa Delitala del Tribunale di Cagliari che ha accolto con sentenza del 16 luglio 2016 la richiesta di interruzione delle terapie (compresa la ventilazione artificiale) presentata da Walter Piludu, affetto da Sla, affermando la responsabilità del Servizio Sanitario Nazionale di prendere in carico il malato affinché fosse protetto dalle sofferenze connesse alla sospensione delle terapie di sostegno vitale tramite sedazione. Walter Piludu, già Presidente della Provincia di Cagliari, chiedeva da tempo, tramite direttive anticipate e la nomina di un amministratore di sostegno, la sospensione di ogni trattamento sanitario per potersi congedare secondo quella che lui stesso riteneva la propria dignità. Walter Piludu è deceduto il 3 novembre, proprio nel rispetto delle sue volontà come richiesto dal giudice».

²⁴ Pur se, «in verità non esiste sempre una semplice e facile separazione del periodo in cui l'individuo continua a vivere, sia pur sotto il peso della malattia e delle minorazioni ad esse conseguenti, dalla fase in cui il processo si fa rapidamente evolutivo e la fine compare». Per tali rilievi e concreti ZILLI-PAGNI-PIAZZA, *Il paziente terminale*, cit., pp. 6 ss.

In effetti, la differenza con l'eutanasia (c.d. *attiva* di cui al disegno di legge attualmente in discussione) è abissale: l'intervento palliativo è un trattamento sanitario al quale si può ricorrere per consentire ad un paziente di non provare più dolore e sofferenza una volta che tutte le altre possibili terapie si siano rivelate inefficaci, mentre ben diverso è il porre fine alla vita attraverso un farmaco, su richiesta del malato.

Le ricerche scientifiche avrebbero infatti dimostrato che «la sedazione palliativa profonda non anticipa né accelera la morte. Al massimo può solo allungare i tempi di sopravvivenza, non certo accorciarli. In certi casi infatti, il malato sedato, tende a vivere un po' più a lungo di quello non sedato»²⁵.

Tuttavia, è anche vero che eutanasia e sedazione palliativa profonda hanno uno scopo comune, quello di contrastare la sofferenza: anche le cure palliative, in ultima analisi, hanno infatti la finalità di garantire una “buona morte”, in un contesto di cura adeguato, con il controllo dei sintomi ed in presenza delle persone che si desidera avere accanto; la collaborazione tra i componenti dell'equipe medica e il paziente e la famiglia di quest'ultimo garantirà la qualità della (restante) vita della persona malata.

Almeno in tempi precedenti all'approvazione della legge 219/2017, non si sarebbe poi potuto nemmeno sottacere il fatto che, da un punto di vista ideologico, la sedazione terminale si ponesse in un punto di comune «confine» fra due filoni antitetici, ovvero la bioetica denominata della «qualità della vita», da una parte, e quella appellata della «sacralità della vita», dall'altra, per limitarsi alle correnti che maggiormente impegnano l'odierno dibattito italiano. Ed ancor oggi, con ogni probabilità, sarebbe più semplice l'agglomerarsi – almeno nel breve termine – di consensi intorno alla stessa piuttosto che a forme di eutanasia attiva²⁶, allentando altresì le preoccupazioni di chi ritiene che, proprio come l'esempio olandese dimostra, il pericolo del “pendio scivoloso” sia dietro l'angolo²⁷.

²⁵ Per questa osservazione e la successiva, cfr. L. ORSI, *Le cure palliative*, in Lenti, Palermo, Fabbris, Zatti, *I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 608 ss.

²⁶ Infatti, «per la posizione che considera prioritaria la qualità della vita, da valutarsi esclusivamente dal punto di vista del malato, e che si richiama di conseguenza al principio di piena autodeterminazione individuale rispetto alle scelte che riguardano il corpo, la salute e la vita, applicare la sedazione palliativa costituisce uno dei vari modi, non diversamente dall'eutanasia, per onorare la volontà, ritenuta moralmente accettabile, di rifiutare una sofferenza che il malato terminale ritiene inutile e lesiva della propria dignità, contribuendo, così, ad assicurare allo stesso infermo, anche negli ultimi giorni che lo separano dal decesso, un'esistenza conforme al suo concetto di qualità della vita. Per la diversa ottica che considera sacro il bene della vita, rispetto al quale l'individuo non può esercitare un illimitato potere di signoria, la bontà morale della sedazione terminale non si fonda tanto sul riconoscimento di una piena autodeterminazione individuale sul «tipo» di vita da vivere negli ultimi giorni, quanto piuttosto sulla circostanza che tale intervento, giacché elimina completamente la percezione del dolore alla fine della vita senza comportare alcuna forma di soppressione dell'esistenza, consente pienamente di alleviare il patimento del malato senza mettere in discussione l'assunto dell'indisponibilità del diritto alla vita, rappresentando così un'alternativa più che valida all'atto eutanasi per garantire un decesso senza sofferenze». Per questi ed altri rilievi si rimanda alla lucida analisi di F.G. PIZZETTI, «*Ai confini delle cure*»: la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili, clinici, giuridici ed etici*. Atti del Convegno di Asti, 11 novembre 2011, Napoli, 2012, p. 135 ss.

²⁷ È infatti importante osservare, sul piano empirico, che i Paesi che legalizzano l'eutanasia manifestano molto presto «sintomi di inquietante lassismo. Il caso olandese è, in tal senso, esemplare. Si deve, insomma,

Per contro, al di là dei summenzionati rilievi critici circa la mancata specificazione dei presupposti operativi della causa di non punibilità, ci si potrebbe domandare se la disposizione sia davvero necessaria o se la disciplina positiva delle condizioni legittimanti le cure palliative non possa già di per sé sortire un effetto quantomeno scriminante.

4. Brevi note conclusive: un ulteriore (piccolo) passo verso il riconoscimento di “diritti infelici”²⁸.

Allo stato, si ritiene che la proposta Marcucci aggiungerebbe, mercè l’enfasi posta sulla terapia del dolore e sulle cure palliative, un (sia pur non decisivo) tassello al mosaico composito della *dignità* della persona nella fase finale della vita.

“Dignità” intesa dall’ordinanza della Corte costituzionale in senso alquanto soggettivo e che dunque a maggior ragione presta il fianco a quella critica dottrinale che, qualificando la dignità come costruito storico – aperto a plurime ricostruzioni alla luce delle diverse visioni dell’uomo e del mondo – mostra un certo scetticismo sull’idea di attribuire alla stessa un ruolo di *supremitas* per le questioni concernenti il biodiritto penale²⁹.

Eppure, a prescindere dal fatto che non è assolutamente detto che l’affiorare nel diritto penale della componente “etico-emozionale” sia sempre un male³⁰, è difficile mettere seriamente in discussione quell’“esigenza di fioritura”³¹ che identifica sostanzialmente la non riducibilità dell’essere umano al dato di natura, da cui discenderebbe altresì la possibilità di determinare la vita in base a preferenze e convinzioni morali e personali.

Concetto al quale si potrebbe altresì ricondurre quella definizione olistica ed oggi in voga di “dolore” («esperienza sensoriale ed emotiva spiacevole associata a un effettivo o potenziale danno tissutale o comunque descritta come tale»³²) che vi

sapere che legalizzando l’eutanasia, si sa dove si comincia, non si sa dove si finisce, anche se si può facilmente intuirlo». Così M. REICHLIN, *L’etica e la buona morte*, Torino, 2002, p. 164 ss.

²⁸ Si tratta dell’espressione coniata da M. DONINI, [La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale](#), in questa *Rivista*, 15 marzo 2017 (tuttavia, secondo l’Autore, in conclusione, «che alcuni diritti siano infelici è comunque più discutibile del fatto che siano comunque diritti»).

²⁹ «in cui la vaghezza di tale concetto si scontra con una componente etico-emozionale che si manifesta nella tendenza a una “idealizzazione” e a una “spiritualizzazione” degli oggetti e degli obiettivi di tutela, in evidente contrasto con i principi penalistici di determinazione/tassatività e di materialità/offensività»: così S. CANESTRARI, *I fondamenti del diritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n.2019* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, p. 55 ss. Su ruolo, portata e limiti del concetto di dignità nel diritto penale il riferimento è a A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, p. 1 ss.

³⁰ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico*, cit., *ibidem*.

³¹ Tale approccio è preponderante in M. NUSSBAUM, *Woman and human development. The capabilities approach*, Cambridge, 2000.

³² Si tratta della definizione offerta dall’*International Association for the Study of Pain* nel 1979: «Pain: An unpleasant sensory and emotional experience associated with actual or potential tissue damage, or described in terms of such damage» ora consultabile alla sezione *Iasp Terminology* del sito www.iasp-pain.org.



3/2019

individua non soltanto la componente legata alla percezione anatomica e neurofisiologica dello stimolo ma anche quella propriamente “emozionale”, rappresentata dalla percezione soggettiva dell’individuo e dunque proiezione della sua personalità.

In conclusione, sebbene la proposta di modifica non sia stato in grado di attuare un’individualizzazione delle risposte sulla base dell’effettiva volontà dell’“infelice”, verso quest’ultimo muove pur sempre un piccolo passo e potrebbe preludere a più significative innovazioni legislative.



3/2019

L'ORDINAMENTO ITALIANO E L'INDENNIZZO ALLE VITTIME DI REATO, TRA PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E CRITERI DI EQUITÀ: LA PAROLA TORNA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA?

Nota a [Cass. civ., Sez. III, ord. 31 gennaio 2019, n. 2964, Pres. Travaglino, Rel. Vincenti](#)

di Ilaria Anrò

SOMMARIO: 1 Introduzione. – 2. Il difficile *iter* di trasposizione della Direttiva 2004/80/CE. – 3. Il caso all'attenzione della Corte di cassazione. – 4. I quesiti pregiudiziali. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. Introduzione.

Con l'ordinanza n. 2964 del 31 gennaio 2019, la terza sezione civile della Corte di cassazione ha sottoposto alla Corte di giustizia due nuovi quesiti pregiudiziali a proposito della trasposizione, nell'ordinamento italiano, della direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato¹. Come noto, tale direttiva ha stabilito un sistema di cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione europea per garantire a tutte le vittime di un reato intenzionale violento, commesso in uno Stato diverso da quello in cui hanno la residenza, di conseguire un indennizzo dallo Stato del *locus commissi delicti*, ove l'autore del reato sia ignoto o insolvente o non possa essere perseguito. La direttiva dispone poi che gli Stati – per assicurare l'operatività del meccanismo di cui sopra – si dotino di un sistema di indennizzo – che deve essere equo ed adeguato – per le vittime di reati intenzionali violenti commessi nei relativi territori².

La Corte di giustizia si è già pronunciata due volte con riferimento alla trasposizione di tale direttiva in Italia. Con la sentenza del 29 novembre 2007, la Corte di giustizia ha accertato l'infrazione, ai sensi dell'art. 258 TFUE, dello Stato italiano, avente ad oggetto la mancata adozione nel termine prescritto delle disposizioni

¹ In *GUUE* L 261 del 6 agosto 2004, p. 15–18.

² L'art. 12 della direttiva prevede al par. 1 che «[l]e disposizioni della presente direttiva riguardanti l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere si applicano sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori». Il par. 2, invece, sancisce che «[t]utti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime».

legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva³. Successivamente, la Corte di giustizia è tornata a censurare lo Stato italiano con la sentenza dell'11 ottobre 2016, ove ha accertato l'infrazione consistente nella mancata adozione di tutte le misure necessarie per garantire l'esistenza, in situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti, in violazione dell'art. 12, par. 2⁴. In questo secondo caso, la Corte ha riconosciuto che la normativa italiana, limitandosi a rinviare a leggi speciali che prevedevano l'indennizzo delle vittime solo per alcune fattispecie criminose (tra cui i reati in materia di terrorismo o di usura⁵) non ha adempiuto alla prescrizione della direttiva di istituire detto sistema per tutti i reati intenzionali violenti⁶. In tale occasione, la Corte ha precisato altresì che essa «ha già dichiarato che la direttiva 2004/80 prevede un indennizzo unicamente nel caso di un reato intenzionale violento commesso in uno Stato membro dove la vittima si trova, nell'ambito dell'esercizio del suo diritto alla libera circolazione, cosicché una situazione puramente interna non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva», sebbene ciò non tolga «che l'art. 12, paragrafo 2, di tale direttiva imponga ad ogni Stato membro di adottare, al fine di garantire l'obiettivo da essa perseguito in siffatte situazioni, un sistema nazionale che garantisca l'indennizzo delle vittime di qualsiasi reato intenzionale violento sul proprio territorio»⁷, con un passaggio non privo di ambiguità. La Corte è stata, inoltre, interpellata più volte in via pregiudiziale circa l'interpretazione della direttiva 2004/80/CE⁸: in particolare, interrogata dal Tribunale di Firenze in una situazione priva di elementi transfrontalieri, essa si è dichiarata "manifestamente incompetente" trattandosi di una situazione puramente interna⁹.

In parallelo alle pronunce della Corte, il legislatore italiano è intervenuto ripetutamente ai fini della trasposizione della direttiva 2004/80/CE nell'ordinamento nazionale, secondo un *iter* ricostruito nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale qui oggetto di esame e di cui si richiameranno nel seguito i passaggi fondamentali per inquadrare la

³ Corte giust., 29 novembre 2007, causa C-112/07, *Commissione c. Italia*.

⁴ Corte giust., 11 ottobre 2016, causa C-601/14, *Commissione c. Italia*. Per un commento v. M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di giustizia dichiara l'inadempimento dell'Italia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, p. 470 ss.

⁵ Il riferimento è alla l. 20 ottobre 1990, n. 302, Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, in *GURI*, Serie Generale 250 del 25 ottobre 1990; l. 8 agosto 1995, n. 340, Estensione dei benefici di cui agli articoli 4 e 5 della legge 20 ottobre 1990, n. 302, ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica del 27 giugno 1980, in *GURI*, Serie Generale 192 del 18 agosto 1995; l. 7 marzo 1996, n. 108, Disposizioni in materia di usura, in *GURI*, Serie Generale 58 del 9 marzo 1996 – Suppl. Ordinario n. 44; la l. 31 marzo 1998, n. 70, Benefici per le vittime della cosiddetta banda della "Uno Bianca", in *GURI*, n. 80 del 6 aprile 1998; l. 23 novembre 1998, n. 407, Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, in *GURI*, Serie Generale 277 del 26 novembre 1998; l. 23 febbraio 1999, n. 44, Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura, in *GURI*, Serie Generale 51 del 3 marzo 1999; l. 22 dicembre 1999, n. 512, Istituzione del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, in *GURI*, Serie Generale 6 del 10 gennaio 2000.

⁶ Corte giust., *Commissione c. Italia*, causa C-601/14, punto 51.

⁷ Punto 49.

⁸ Cfr. Corte giust., 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*; Corte giust., 12 luglio 2012, causa C-79/11, *Giovanardi e a.*

⁹ Corte giust., 30 gennaio 2014, causa C-122/13, *Paola C.*

normativa applicabile alla vicenda, che suscita non poche perplessità sull'idoneità a raggiungere l'obiettivo fissato dalla direttiva. Si tratta di *iter* legislativo, come si vedrà, assai frammentario, che ha fatto sì che, rispetto al caso di specie ivi analizzato, dal primo grado al giudizio in Cassazione, sia profondamente mutato il quadro normativo di riferimento, essendosi succedute nel tempo diverse leggi per adempiere pienamente all'obbligo di risultato fissato dalla direttiva.

A fronte di tale panorama, giurisprudenziale e normativo, la Corte di cassazione ha scelto di rivolgersi nuovamente alla Corte di giustizia per ottenere lumi sull'interpretazione della direttiva 2004/80/CE, anche ai fini dell'applicazione della normativa italiana di recepimento, nell'intento di addivenire ad un pieno ristoro del pregiudizio delle vittime. Sebbene l'ordinanza non sia scevra da criticità, che potrebbero addirittura compromettere la ricevibilità dei quesiti pregiudiziali, essa focalizza l'attenzione sulla delicata questione dell'impatto della legislazione, con effetti retroattivi, adottata *medio tempore* per la trasposizione della direttiva 2004/80/CE, sui processi pendenti, nonché sull'adeguatezza e l'equità dell'indennizzo da essa previsto per le vittime di reato intenzionale violento¹⁰.

2. Il difficile *iter* di trasposizione della Direttiva 2004/80/CE.

Come anticipato, la direttiva 2004/80/CE è diretta ad istituire un meccanismo di cooperazione, tra le autorità dei diversi Stati membri, membri finalizzato a riconoscere, alle vittime di reati intenzionali violenti, un indennizzo da parte dello Stato sul cui territorio è stato commesso il reato, quando l'autore non ha le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni, oppure non può essere identificato o perseguito in situazioni transfrontaliere (art. 12, par. 1), nonché ad imporre – quale presupposto per l'operatività di detto meccanismo – la creazione di un sistema di indennizzo generalizzato (art. 12, par. 2). Gli Stati avrebbero dovuto dotarsi del sistema di cui all'art. 12, par. 2, entro il 1° luglio 2005, mentre per le restanti disposizioni della direttiva il termine di trasposizione era fissato al 1° gennaio 2006.

Il primo atto di recepimento della direttiva in Italia è stato realizzato con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 204¹¹, il quale non è valso ad impedire l'accertamento dell'infrazione per l'omessa trasposizione, compiuto con la sentenza del 29 novembre 2007 della Corte di giustizia, sopra ricordata. Tale trasposizione risultava, infatti, tardiva, oltre che puramente formale: il d.lgs. si limitava a disciplinare alcuni aspetti procedurali, tra cui la designazione dell'autorità competente per l'indennizzo, nonché di quella per l'assistenza della vittima, senza individuare le fattispecie di reati intenzionali violenti o precisare i requisiti dei soggetti indennizzabili. Seguiva nel 2008 un decreto ministeriale

¹⁰ Cfr. il commento di R. CONTI, *Il contenzioso sul risarcimento dello Stato alle vittime di reato: Cass. n. 2964/2019 alla ricerca dell'eguaglianza europea*, in diritticomparati.it del 22 febbraio 2019 che considera il primo quesito sottoposto alla Corte di giustizia "di straordinario rilievo".

¹¹ In *GURI* 261 del 9 novembre 2007, suppl. ord. n. 228.



3/2019

relativo alla disciplina dell'attività di competenza delle procure generali presso le corti d'appello, anch'esso unicamente diretto a disciplinare aspetti organizzativi¹².

Solo con la legge europea 2015-2016, del 7 luglio 2016, n. 122¹³, articoli 11-16, il legislatore è intervenuto in maniera sistematica per trasporre la direttiva 2004/80/CE, prevedendo una serie di norme per garantire l'indennizzo alle vittime di reati intenzionali violenti, a prescindere dal carattere di transnazionalità della fattispecie, in coerenza con il, costituzionalmente rilevante, divieto di discriminazioni alla rovescia previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234¹⁴. Il legislatore ha, infatti, previsto l'indennizzo a favore delle vittime di reati dolosi commessi con violenza alla persona, nonché del reato di cui all'art. 603 *bis* c.p. (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), con l'esclusione dei reati di cui agli articoli 581 e 582 c.p. (percosse e lesioni), a meno che ricorrano le circostanze aggravanti di cui all'art. 583 c.p. Detto indennizzo era limitato al rimborso delle spese mediche ed assistenziali, ad eccezione dei reati di violenza sessuale ed omicidio, indennizzati, al contrario, anche ove non vi siano spese di questo tipo da rimborsare, ed era subordinato alla presentazione di una apposita domanda nel termine di sessanta giorni dalla decisione attestante il fatto che l'autore del reato è rimasto ignoto, ovvero dall'ultimo atto dell'azione esecutiva esperita nei suoi confronti. Inoltre, l'indennizzo era riservato unicamente alle vittime titolari di un reddito annuo non superiore a quello previsto per l'ammissione al gratuito patrocinio e che avessero già esperito – inutilmente - un'azione esecutiva nei confronti dell'autore del reato, a meno che questi sia rimasto ignoto. La vittima veniva, però, esclusa dall'indennizzo ove avesse concorso, anche colposamente, alla commissione del reato ovvero di reati connessi al medesimo e se fosse stata condannata con sentenza definitiva ovvero, alla data di presentazione della domanda, fosse sottoposta a procedimento penale per uno dei reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. o per reati in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. Inoltre, la l. 122/2016 stabiliva chiaramente che la vittima non avrebbe dovuto percepire, per lo stesso fatto, alcuna somma erogata a qualunque titolo da soggetti pubblici o privati. Dubbi sull'adeguatezza di tale normativa rispetto alle prescrizioni della direttiva sono stati tempestivamente espressi da autorevole dottrina, soprattutto in considerazione delle limitazioni poste all'indennizzo che, invece, dovrebbe essere sempre equo ed adeguato in virtù delle prescrizioni della direttiva e certamente non

¹² Decreto n. 222 del 23 dicembre 2008, in *GURI*, Serie Generale 108 del 12 maggio 2009.

¹³ Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, Legge europea 2015-2016, in *GURI*, Serie Generale 158 del 8 luglio 2016.

¹⁴ Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, in *GURI*, Serie Generale 3 del 4 gennaio 2013. Tale legge all'art. 32, lett. i), sancisce, come criterio direttivo che il legislatore delegato deve rispettare nella trasposizione di atti di diritto dell'Unione, che «è assicurata la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione Europea e non può essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani» e all'art. 53 che «nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione ed al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea».

subordinato a condizioni reddituali¹⁵. Peraltro, la legge disponeva che l'indennizzo fosse erogato dal Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti, alimentato da un contributo annuale dello Stato pari a 2.600.000 euro a decorrere dall'anno 2016. Nel caso in cui il Fondo non fosse capiente, i richiedenti hanno diritto ad un accesso al Fondo in quota proporzionale e all'integrazione delle somme non percepite dal Fondo medesimo negli anni successivi, senza interessi, rivalutazioni ed oneri aggiuntivi¹⁶.

Inoltre, la l. 122/2016 non prevedeva nulla per la disciplina delle situazioni anteriori all'entrata in vigore della legge, né norme transitorie, lasciando prive di tutela tutte le vittime di reati commessi anteriormente all'entrata in vigore di detta normativa (ma successivamente alla scadenza del termine fissato dalla direttiva per l'istituzione del meccanismo di indennizzo).

Infine, la determinazione dell'ammontare dell'indennizzo era rimessa dalla l. 122/2016 ad un successivo decreto attuativo che avrebbe dovuto essere adottato entro il 23 gennaio 2017. Tale decreto è stato approvato solo il 31 agosto 2017 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale nell'ottobre successivo¹⁷. Esso – tuttora vigente - prevede, per le vittime di omicidio, un indennizzo in misura fissa, pari ad € 7.200, aumentato a € 8.200 ove l'autore del reato sia il coniuge o una persona legata alla vittima da una relazione affettiva; per la violenza sessuale *ex art. 609 bis c.p.* è previsto un importo pari a € 4.800, salvo che ricorra la circostanza attenuante della minore gravità. Per tutti gli altri reati l'importo massimo è di € 3.000, ma solo a titolo di rimborso delle spese mediche e assistenziali¹⁸. Detto decreto, entrato in vigore il giorno successivo alla pubblicazione, l'11 ottobre 2017, conferma che gli indennizzi saranno erogati attraverso il Fondo di rotazione per la solidarietà delle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti, nei limiti delle disponibilità di quest'ultimo, con la possibilità di avere accesso *pro quota* per gli anni successivi in caso di incapienza.

Il legislatore è poi nuovamente intervenuto – anche con lo scopo di evitare nuove censure da parte della Commissione (e, soprattutto, della Corte di giustizia) - apportando alcune modifiche alla l. 122/2016, con l'adozione dell'art. 6 della legge 6 novembre 2017, n. 167¹⁹. In particolare, il legislatore ha opportunamente abrogato l'art. 12, co. 1, lett. a), ovvero il requisito per l'accesso all'indennizzo consistente nella titolarità di un reddito annuo, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a quello

¹⁵ Cfr. C. AMALFITANO, *Sull'indennizzo delle vittime da reato l'Italia cerca di riparare*, in *Guida al diritto. Il Sole 24 ore*, n. 46, 12 novembre 2016, p. 38 ss e M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di giustizia dichiara l'inadempimento dell'Italia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, p. 470 ss.

¹⁶ Cfr. l. 122/2016, art. 14.

¹⁷ Cfr. Decreto del 31.8.2017, Determinazione degli importi dell'indennizzo alle vittime dei reati intenzionali violenti, in *GURI* del 10.10.2017, n. 237.

¹⁸ Sui dubbi circa l'idoneità di tali importi a garantire un equo ed adeguato ristoro, come vorrebbe la direttiva, ci si rinvia a I. ANRÒ, *Tardiva trasposizione della direttiva 2004/80 e responsabilità dello Stato: nuove pronunce e nuovi interventi del legislatore*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 463 ss.

¹⁹ Cfr. Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, Legge europea 2017, in *GURI*, Serie Generale 277 del 27 novembre 2017.

previsto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato: come già ricordato, tale limite non trovava alcun riscontro nella normativa dell'Unione ed appariva fortemente discriminatorio, riservando l'indennizzo ad una categoria ristretta di vittime, selezionate unicamente su base reddituale.

In secondo luogo, il legislatore ha semplificato il requisito della previa escussione del reo, specificando che questa non è necessaria quando il reo stesso è stato ammesso al gratuito patrocinio e quindi ne sono già state verificate le condizioni reddituali (l'art. 6, par. 1, lett. b, legge europea 2017 ha infatti così modificato l'art. 12, co. 1, lett. b; nello stesso senso è stato modificato anche l'art. 13, co. 1, lett. b, l. 122/2016). Ancora, il legislatore ha precisato che la vittima può avere accesso all'indennizzo dello Stato se le somme che abbia eventualmente percepito da altre fonti sono inferiori a € 5.000 (cfr. l'art. 6, par. 1, lett. c, legge europea 2017): anche così, tuttavia, tale norma appare difficilmente compatibile con la direttiva 2004/80/CE, in quanto priva dell'indennizzo tutti quei soggetti che abbiano ricevuto un parziale indennizzo da fonti pubbliche o private. In questo senso, basterebbe, infatti, una semplice erogazione da parte di un'assicurazione privata a privare la vittima dell'indennizzo da parte dello Stato. La novella legislativa aggiunge una precisazione all'art. 13, co. 2, l. 122/2016, ovvero che la domanda di indennizzo deve essere presentata entro sessanta giorni dalla data del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna. L'art. 6, par. 1, lett. f, legge europea 2017 precisa poi che vi sarà un incremento delle risorse del Fondo, fino ad arrivare a quattro milioni di euro nel 2018, rendendo più accessibile l'indennizzo.

Molto rilevante poi è la previsione dell'applicazione retroattiva delle norme sull'indennizzo di cui alla l. 122/2016, in quanto all'art. 6, par. 2, legge europea si precisa che detto indennizzo – in linea con quanto prescritto dall'art. 18 della direttiva che prescriveva l'istituzione del sistema generalizzato di indennizzo entro il 1° luglio 2005 – spetta anche a chi sia stato vittima di un reato intenzionale violento commesso successivamente al 30 giugno 2005 e prima dell'entrata in vigore della l. 122/2016: solo in tali ipotesi, il termine per la presentazione della domanda di indennizzo è stato fissato dalla legge europea 2017 in centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge (ovvero il 12 dicembre 2017). Su quest'ultimo punto, è intervenuto da ultimo il legislatore con l'adozione dell'art. 1, co. 593-596, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 per prorogare il termine anzidetto al 30 settembre 2019²⁰.

3. Il caso all'attenzione della Corte di cassazione.

Il caso oggi all'attenzione della Corte di cassazione si sviluppa, attraverso i diversi gradi di giudizio, in parallelo a questo lungo percorso legislativo e giurisprudenziale, subendone direttamente l'impatto e venendone, dunque, influenzato. Esso, nei suoi precedenti gradi di giudizio, è già stato oggetto dell'interesse della dottrina, proprio perché è stato uno dei primi casi in cui si è posto il tema del

²⁰ In *GURI*, Serie Generale 302 del 31 dicembre 2018 – Suppl. Ordinario n. 62.

risarcimento del danno da parte dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea consistente nella mancata trasposizione della direttiva 2004/80/CE²¹.

In primo grado, l'attrice, una cittadina rumena²² residente in Italia, lamentava di essere stata sequestrata, picchiata e stuprata, nello Stato di residenza, da parte di due cittadini rumeni, come accertato dalla sentenza del Tribunale penale di Torino n. 1828 del 2008. Poiché i responsabili dell'aggressione erano latitanti e non era possibile ottenere da loro il risarcimento dei danni subiti, l'attrice pretendeva il risarcimento da parte dello Stato italiano. Secondo la sua tesi, tale risarcimento le sarebbe spettato in virtù della direttiva 2004/80/CE, ma non avendo – all'epoca – trasposto la direttiva, lo Stato italiano sarebbe stato tenuto al risarcimento del danno, in virtù del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea²³. Il Tribunale di Torino, con sentenza del 3 maggio 2010, depositata il 26 maggio 2010, accoglieva il ricorso in primo grado, accertando la violazione dello Stato italiano per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE, con condanna al pagamento a favore della vittima di €90.000,00, oltre a interessi e rifusione delle spese legali.

Lo Stato italiano impugnava detta sentenza, ma la Corte d'appello di Torino, con sentenza del 23 gennaio 2012, confermava l'accertamento del Tribunale, riformando parzialmente la sentenza solo con riferimento alla misura del risarcimento, ridotto a €50.000,00²⁴.

La presidenza del Consiglio dei Ministri proponeva, quindi, ricorso per cassazione, dando avvio al procedimento nell'ambito del quale è stata pronunciata l'ordinanza in commento. In particolare, parte ricorrente contestava l'insussistenza delle condizioni giuridiche idonee a configurare la responsabilità dello Stato italiano in quanto la direttiva del 2004 non sarebbe fonte di diritti direttamente azionabili da parte attrice, residente in Italia, essendo unicamente applicabile in situazioni transfrontaliere. Inoltre, la Presidenza del Consiglio contestava la quantificazione del risarcimento operata nei gradi precedenti, ritenendo non applicabili gli ordinari criteri di liquidazione del danno da illecito aquiliano.

Il giudice *a quo*, dopo aver richiamato le norme di trasposizione della direttiva e la rilevante giurisprudenza nazionale, menziona altresì l'art. 1218 del Codice civile a proposito dell'inquadramento della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, facendo riferimento alla giurisprudenza di legittimità che era giunta a questa conclusione, in particolare la pronuncia della Corte di cassazione, SS.

²¹ V. Tribunale di Torino, 3 maggio 2010 (dep. il 26 maggio 2010), n. 3145, sez. IV, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 3057 ss., con commento di M. CONDINANZI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di cassazione*.

²² L'ordinanza di rinvio pregiudiziale precisa però che la vittima è "cittadina italiana", mentre nella sentenza di primo grado è chiaramente indicato che ella è di nazionalità rumena: è possibile che abbia acquisito tale cittadinanza nel corso degli anni. Il fatto che parte attrice abbia acquisito la cittadinanza italiana elimina l'unico elemento transfrontaliero della fattispecie, essendo la stessa residente in Italia, sebbene ai sensi della direttiva rilevi unicamente la residenza.

²³ Corte giust., 19 novembre 1993, causa C-6/90, *Francoovich*.; Corte giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame III*.

²⁴ Corte d'appello di Torino, 23 gennaio 2012, sez. III, reperibile su *Dejure.it*.



3/2019

UU, del 17 aprile 2009, n. 9147. Dimentica l'estensore l'intervento del legislatore italiano del 2012, il quale, con la Legge di stabilità, qualificava la discussa responsabilità come extracontrattuale, riconoscendo l'applicabilità del termine di prescrizione quinquennale e ponendo fine ai contrasti giurisprudenziali sul punto²⁵. In ogni caso, la questione non è rilevante ai fini della soluzione del caso di specie.

4. I quesiti pregiudiziali.

La Corte di cassazione sottopone alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali. In primo luogo, essa chiede ai giudici di Lussemburgo se, in relazione alla tardiva e/o incompleta trasposizione della direttiva 2004/80/CE, diretta ad istituire un sistema di indennizzo delle vittime di reati violenti in situazioni transfrontaliere, «il diritto eurounitario imponga di configurare un'analogia responsabilità dello Stato membro nei confronti di soggetti non transfrontalieri (dunque, residenti), i quali non sarebbero stati i destinatari diretti dei benefici derivanti dall'attuazione della direttiva, ma, per evitare una violazione del principio di uguaglianza/non discriminazione nell'ambito dello stesso diritto eurounitario, avrebbero dovuto e potuto – ove la direttiva fosse stata tempestivamente e compiutamente recepita – beneficiare in via di estensione dell'effetto utile della direttiva stessa (ossia del sistema di indennizzo anzidetto)»²⁶. In caso di risposta affermativa al primo quesito, il giudice di legittimità chiede anche «se l'indennizzo stabilito in favore delle vittime dei reati intenzionali violenti [...] dal decreto del Ministro dell'Interno del 31 agosto 2017 [...] nell'importo fisso di euro 4.800" possa reputarsi "indennizzo equo e adeguato alle vittime" in attuazione di quanto prescritto dall'art. 12, par. 2, della direttiva 2004/80»²⁷.

L'intento – condivisibile – del giudice è probabilmente quello di portare all'attenzione della Corte i limiti della trasposizione della direttiva 2004/80/CE operata dal legislatore italiano e quindi superare le strette maglie dell'indennizzo, determinato secondo i criteri ministeriali. Applicando, infatti, tali criteri al caso di specie, la vittima avrebbe diritto ad un indennizzo pari ad € 4.800,00 (applicando retroattivamente la legge 122/2016, come dalla stessa previsto), mentre in primo grado essa aveva avuto una pronuncia che le conferiva un risarcimento di € 90.000,00 (poi ridotto a € 50.000,00 nel giudizio di appello).

L'ordinanza, tuttavia, presenta profili di criticità quanto alla ricevibilità dei quesiti, e non è dunque certo che si avrà una risposta della Corte di giustizia, sotto il profilo del merito delle questioni evocate.

²⁵ L'art. 4, co. 43, della Legge 12 novembre 2011, n. 183, recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2012), in Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale, n. 14 novembre 2011, n. 265 – Serie generale, dispone che: «La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato».

²⁶ Cfr. ordinanza, punto 3 a.

²⁷ Cfr. ordinanza, punto 3 b.

a) *Con riferimento al primo quesito*

Conscio delle difficoltà di cui sopra, nella propria ordinanza di rinvio, il giudice si sofferma ad illustrare la rilevanza del primo quesito con riferimento alla soluzione del caso di specie. Secondo la ricostruzione del giudice *a quo*, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (ed in particolare dalla menzionata sentenza dell'11 ottobre 2016) emergerebbe chiaramente che la direttiva 2004/80/CE è diretta alla tutela delle vittime di reato intenzionale violento unicamente in situazioni transfrontaliere²⁸.

Il giudice spiega poi che il quesito deve ritenersi rilevante nonostante l'entrata in vigore della legge 122/2016, che – come ricordato – riconosce il diritto all'indennizzo a tutte le vittime di reato, a prescindere dal carattere transfrontaliero. Come sopra ricordato, tale normativa – che non era in vigore all'epoca del processo di primo e secondo grado – è stata resa retroattivamente applicabile dalla legge n. 167/2017 e dunque operativa rispetto ai reati intenzionali violenti commessi successivamente al 30 giugno 2005 (al fine di rispettare il termine imposto dalla direttiva, come sopra ricordato) e prima dell'entrata in vigore della stessa legge, con riapertura dei termini per la presentazione della domanda di concessione dell'indennizzo ad opera della legge 145/2018²⁹. Secondo la ricostruzione del giudice *a quo*, la vittima nel caso di specie può sicuramente vantare una posizione riconducibile al novero di quelle beneficiarie di detta legge³⁰, ma la domanda in esame sarebbe differente, in quanto la pretesa azionata in giudizio sarebbe quella relativa al diritto al risarcimento del danno per inadempimento dello Stato all'obbligo di trasposizione della direttiva 2004/80 e non già il diritto all'indennizzo ai sensi della legge 122/2016³¹.

Compito del giudice è, quindi, quello di accertare se sia configurabile – nel caso di specie – una responsabilità dello Stato italiano per la “intempestiva e/o incompleta” trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva 2004/80/CE. Il giudice tuttavia, pare contraddirsi, negando sin dall'inizio tale ipotesi, in quanto dichiarando in apertura che detta direttiva non è atta a conferire diritti ai singoli residenti nello Stato ove è commesso il fatto, pare eliminare fin da subito una delle condizioni per il verificarsi della responsabilità dello Stato, ovvero il fatto che la normativa violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli che lamentano il danno, stante la pacifica circostanza delle residenze in Italia della vittima e, dunque, negando la stessa operatività della norma di diritto dell'Unione nel caso di specie³². Inoltre, lo stesso giudice *a quo* ammette che –

²⁸ Cfr. ordinanza, punti 33-39.

²⁹ Cfr. ordinanza, punto 43.

³⁰ Dalla lettura dell'ordinanza non emerge se la ricorrente abbia presentato la domanda di indennizzo nei termini fissati dalla legge.

³¹ Cfr. ordinanza, punto 44.

³² Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la responsabilità ricorre ove vi sia una violazione sufficientemente caratterizzata, ovvero grave e manifesta, di una norma comunitaria preordinata a conferire diritti ai singoli e sussista il nesso di causalità tra la violazione ed il danno, a prescindere dall'elemento soggettivo (dolo o colpa). Cfr. Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1993, causa C-6/90, *Franovich*; Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du*

seppur tardivo – un adempimento da parte del legislatore italiano vi è stato (e ciò eliminerebbe – pertanto – la responsabilità dello Stato per inadempimento rispetto all’obbligo di trasposizione della direttiva). A questo proposito, il giudice *a quo* osserva che «è valutazione di pertinenza del giudice nazionale quella concernente, non solo la effettiva retroattività delle misure (tardive) di attuazione di una direttiva, ma anche la loro regolarità e completezza, nonché la eventuale presenza di danni ulteriori comunque patiti dall’interessato per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva»³³. Il giudice *a quo* cita, inoltre, la giurisprudenza *Bonifaci*, ai sensi della quale «un’applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino l’esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch’essi risarciti»³⁴.

Si comprende l’intento del giudice *a quo* che non vuole privare le vittime di un congruo risarcimento, soprattutto coloro che hanno già ottenuto una (o più) sentenze favorevoli in giudizio, pur non essendo facilmente eludibile l’impatto dell’applicazione retroattiva della legge di trasposizione, quanto ai limiti dell’indennizzo: in tal senso, il richiamo alla sentenza *Bonifaci* potrebbe forse consentire al giudice una pronuncia di ristoro dei danni ulteriori patiti dai ricorrenti, quantomeno con riferimento alla rifusione delle spese legali dei diversi gradi di giudizio (sempre nel caso in cui sia accertata la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione europea consistente nella mancata trasposizione della direttiva 2004/80/CE e dunque l’idoneità della stessa a conferire diritti ai residenti nello Stato del *locus commissi delicti*: ove così non fosse, il ricorso dello Stato verrebbe accolto e la stessa potrebbe unicamente fruire dell’indennizzo ai sensi della legge di trasposizione della direttiva che ha esteso il beneficio ai residenti, ove abbia presentato la domanda nei termini di legge).

Stante la pacifica – secondo la prospettazione del giudice *a quo* – insussistenza dell’obbligo di tutelare le situazioni puramente interne discendente dalla direttiva, egli compie lo sforzo di identificare un’altra violazione del diritto dell’Unione europea da parte dello Stato, connessa all’adempimento dell’obbligo di trasposizione della direttiva 2004/80/CE, chiedendo alla Corte «se il diritto eurounitario imponga di configurare un’analoga responsabilità dello Stato membro nei confronti dei soggetti non transfrontalieri

Pecheur e Factortame III. Per un inquadramento generale del tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione europea si veda A. BIONDI, M. FARLEY, *The Right to Damages in European Law*, Amsterdam, 2009; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell’Unione*, Milano, 2012; A. DI MARCO, *La responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazioni del diritto dell’UE*, Napoli, 2017. Con specifico riferimento alla Direttiva 2004/80/CE si veda anche il contributo di M. WINKLER, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2011, p. 923 ss.; R. MASTROIANNI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell’Unione: il caso della direttiva sull’indennizzo delle vittime dei reati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, Napoli, II, 2014, p. 1087 ss.; F. CHIOVINI, *Incompleta trasposizione della direttiva sull’indennizzo delle vittime di reato: la responsabilità dello Stato italiano all’attenzione dei tribunali nazionali e, ancora una volta, della Corte di giustizia*, in *Eurojus.it*, 2 aprile 2015.

³³ Cfr. ordinanza, punto 45.

³⁴ Cfr. Corte giust., 10 luglio 1997, cause riunite C-94/95 e C-95/95, *Bonifaci e a.*, par. 53.

(dunque, residenti), i quali non sarebbero stati i destinatari diretti dei benefici derivanti dall'attuazione della direttiva, ma per evitare una violazione del principio di uguaglianza/non discriminazione nell'ambito dello stesso diritto eurounitario, avrebbero potuto e dovuto – ove la direttiva fosse stata tempestivamente e compiutamente recepita – beneficiare in via di estensione dell'effetto utile della stessa». Dunque, il giudice *a quo* – nel proprio ragionamento – non fa discendere i diritti dei ricorrenti direttamente dalla direttiva, ma da una sorta di applicazione “estensiva” della stessa. Tale estensione dei diritti garantiti dalla direttiva alle vittime in situazioni transfrontaliere, ai soggetti residenti nello Stato in cui è commesso il fatto, sarebbe possibile, nella ricostruzione del giudice *a quo*, in virtù dei principi generali di uguaglianza e non discriminazione, di cui agli articoli 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta) e 18 del Trattato sull'Unione europea (TUE). Con riferimento al principio di uguaglianza, il giudice *a quo* evoca successivamente anche le tradizioni costituzionali comuni³⁵. Per giustificare l'applicazione della Carta, il giudice ne richiama anche l'art. 51, il quale precisa che le disposizioni della Carta si applicano anche agli Stati che agiscono nell'attuazione del diritto dell'Unione europea³⁶. Egli richiama altresì la giurisprudenza ai sensi della quale la Corte si considera competente a pronunciarsi sull'interpretazione delle norme in tema di libertà di circolazione del mercato interno in situazioni puramente interne, quando il diritto nazionale impone al giudice di riconoscere ad un cittadino del proprio Stato membro i medesimi diritti di cui beneficerebbe, nella medesima situazione, un cittadino di un altro Stato membro, in virtù del diritto dell'Unione³⁷, sebbene il richiamo non paia del tutto conferente, non venendo qui in rilievo l'esercizio di alcuna libertà di circolazione.

Il giudice conclude affermando la necessità di operare un «*riequilibrio delle posizioni tra tutti i soggetti del sistema giuridico dell'Unione, tale da evitare discriminazioni tra coloro che si trovino in situazioni puramente interne*» fondandolo sul principio di uguaglianza e/o di non discriminazione, ritenendo a tal fine necessaria l'interpretazione della Corte di giustizia per poter ricomprendere anche la tutela delle situazioni puramente interne.

Tale ragionamento, seppur suggestivo, rischia di non essere condiviso dalla Corte che, come anticipato, potrebbe anche dichiarare il quesito irricevibile.

In primo luogo, il fatto che la Corte di giustizia, con sentenza dell'11 ottobre 2016, si sia pronunciata nel senso che le situazioni puramente interne non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva, potrebbe portare la Corte a dichiarare irricevibile il quesito o a pronunciarsi con ordinanza ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura, il quale sancisce che: «[q]uando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con

³⁵ Cfr. ordinanza, par. 63.

³⁶ Cfr. ordinanza, par. 53.

³⁷ Il riferimento è alla sentenza Corte giust., 15 novembre 2016, causa C-268/15, *Ullens de Schooten*.

ordinanza motivata». In realtà, la stessa prospettazione del giudice secondo la quale la direttiva 2004/80/CE sarebbe unicamente diretta a tutelare le situazioni transfrontaliere non è così pacifica. Il giudice dimentica che la giurisprudenza nazionale sul punto è divisa: secondo un primo orientamento (precedente ai più recenti interventi normativi), la direttiva 2004/80/CE, nel perseguire l'obiettivo di una maggiore tutela della libertà di circolazione delle persone ai fini della realizzazione del mercato interno e dunque, nel garantire l'indennizzo in situazioni transfrontaliere, presuppone che gli Stati si dotino di un sistema di indennizzo generale per le vittime di reati intenzionali violenti, anche in situazioni puramente interne³⁸, accertando la responsabilità dello Stato italiano per aver omesso di tutelare anche siffatte situazioni. Il secondo – e, ad oggi, prevalente orientamento –, invece, ritiene che la direttiva 2004/80/CE non imponga un tale indennizzo per le situazioni puramente interne, lasciando allo Stato piena discrezionalità sul punto, con conseguente rigetto di tutte le domande di risarcimento avanzate da residenti in Italia vittime di reati intenzionali violenti in tale territorio, nei confronti dello Stato italiano, non potendo addebitarsi allo stesso alcuna violazione del diritto dell'Unione³⁹. È pur vero che la Corte di giustizia, nella sentenza dell'11 ottobre 2016, al punto 49, ha sancito che il sistema di cooperazione istituito dalla direttiva 2004/80/CE riguarda unicamente l'accesso all'indennizzo delle vittime in situazioni transfrontaliere (ovvero per i cittadini che esercitano il proprio diritto di libera circolazione), ma nel medesimo punto essa ha affermato che ciò non esclude che l'art. 12, par. 2, «imponga ad ogni Stato membro di adottare, al fine di garantire l'obiettivo da essa perseguito in siffatte situazioni, un sistema nazionale che garantisca l'indennizzo alle vittime di qualsiasi reato intenzionale violento sul proprio territorio»⁴⁰, purché ciò sia funzionale all'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea. Inoltre, come già rilevato in dottrina, la direttiva, per essere pienamente attuata, presuppone necessariamente la (previa) istituzione, in ogni Stato membro, di un sistema generale (e dunque diretto anche ai residenti sul territorio nazionale) di indennizzo, esteso a tutti i reati intenzionali violenti (art. 12, par. 2), sulla cui base prevedere un sistema di cooperazione per la tutela delle situazioni transfrontaliere⁴¹. Sarebbe forse, allora, stato più proficuo, per il giudice *a quo*, effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale per ottenere un chiarimento sul punto, forzando la Corte a pronunciarsi sull'applicazione della direttiva alle situazioni meramente interne, ma considerando la struttura particolare della previsione dell'art. 12, par. 2.

In secondo luogo, non pare del tutto convincente il richiamo al principio di non discriminazione, perché questo è volto a tutelare i cittadini di altri Stati membri dalle discriminazioni in base alla nazionalità, mentre in questo caso viene inteso dal giudice –

³⁸ In questo senso, v. – oltre alle sentenze relative al caso di specie, in primo e secondo grado – Tribunale di Milano 26 agosto 2014, n. 10441, reperibile su *Dejure.it*; confermata da Corte d'appello di Milano del 18 aprile 2017, n. 1653, reperibile a questo [link](#).

³⁹ Tribunale di Trieste, 741/2014 e 382/2013; Corte d'appello di Roma, 9 maggio 2014; Tribunale di Torino, 28 dicembre 2013; 20 novembre 2014 e 18 aprile 2017, n. 2067, reperibili su *Dejure.it*.

⁴⁰ Cfr. Corte giust., 11 ottobre 2016, punto 49, riportato dalla sentenza della Corte d'appello.

⁴¹ Su questo v. M. CARTA, *Quali diritti per le vittime di reati intenzionali violenti secondo il diritto dell'Unione europea*, op. cit., spec. par. 5, p. 94, e C. AMALFITANO, op. cit., p. 38.

rispetto a vittima italiana e residente in Italia – come relativo alla discriminazione alla rovescia dei cittadini dello e residenti nello Stato ove è avvenuto il fatto. Peraltro, come già messo in luce dalla dottrina, la direttiva non parla di cittadinanza⁴², ma unicamente di residenza, mentre l'art. 18 TFUE e l'art. 21, par. 2, della Carta riguardano il principio di discriminazione in base alla nazionalità. Nel caso di specie, essendo la vittima indicata come cittadina italiana, non vi sarebbe spazio alcuno per l'applicazione del principio di discriminazione in base alla nazionalità.

In terzo luogo, dalla formulazione del quesito pregiudiziale riportata in apertura dell'ordinanza non è chiaro quali siano le norme di cui il giudice chiede l'interpretazione: egli parla, infatti, genericamente di diritto eurounitario, elencando le norme rilevanti solo ai punti 23 e seguenti. Peraltro, ove le norme oggetto di interpretazione fossero quelle della Carta, il giudice pare non aver tenuto conto delle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale: ai sensi dell'art. 10, infatti, viene sancito che, nei rinvii aventi ad oggetto la Carta di Nizza, «[s]ebbene le ipotesi di una siffatta attuazione possano essere diverse, è tuttavia necessario che dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulti in maniera chiara e inequivoca che una norma di diritto dell'Unione diversa dalla Carta è applicabile nel procedimento principale. Posto che la Corte non è competente a statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale se una situazione giuridica non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta eventualmente richiamate dal giudice del rinvio non possono giustificare, di per sé, tale competenza»⁴³. Posto che nel caso di specie dovrebbe essere la Carta di Nizza a giustificare un'applicazione estensiva della direttiva 2004/80/CE (insieme all'art. 18 TFUE, ma con le criticità sopra evidenziate), in virtù dei principi di uguaglianza e non discriminazione ivi richiamati, e non viceversa, tale condizione non sarebbe rispettata.

b) Con riferimento al secondo quesito

Con il secondo quesito, la Corte di cassazione come detto chiede alla Corte «*se l'indennizzo stabilito a favore delle vittime dei reati intenzionali violenti (e, segnatamente, del reato di violenza sessuale, di cui all'art. 609-bis cod. pen.) dal decreto del Ministero dell'interno 31 agosto 2017 [...] "nell'importo fisso di euro 4.800" possa reputarsi "indennizzo equo ed adeguato delle vittime" in attuazione di quanto prescritto dall'art. 12, par. 2, della direttiva 2004/80*». Il quesito è formulato in modo da richiedere alla Corte un giudizio diretto sulla normativa italiana: sarebbe stato corretto formularlo richiedendo alla Corte un'interpretazione della direttiva per determinare se essa osti o meno ad una normativa quale quella italiana, in ossequio alla lettera dell'art. 267 TFUE ai sensi del quale la Corte si pronuncia unicamente sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea.

Il giudice *a quo* subordina il secondo quesito alla risposta affermativa al primo. Con il primo quesito, infatti, come sopra ricordato, il giudice *a quo* chiede se la direttiva

⁴² Cfr. i rilievi di C. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 643 ss.

⁴³ Cfr. le Raccomandazioni accessibili a questo [link](#).

2004/80 possa essere interpretata come diretta a tutelare anche le vittime in situazioni puramente interne, al fine di accertare l'inadempimento dello Stato italiano all'epoca del processo di primo grado e statuire sulla domanda di risarcimento del danno avanzata da parte attrice: ciò sembrerebbe comportare – anche alla luce dei dubbi espressi dal giudice al punto 63 dell'ordinanza di rinvio – l'applicazione retroattiva della legge di trasposizione, facendo al tempo stesso luogo alla pronuncia sul maggior danno ai sensi della giurisprudenza *Bonifaci* citata.

Il giudice riconosce che la base per l'indennizzo non può che essere quella del decreto ministeriale del 31 agosto 2017 e pone la questione se esso possa definirsi equo ed adeguato. Molto interessante, a questo proposito, il riferimento ai parametri di personalizzazione dell'indennizzo, necessari – secondo il giudice *a quo* – per il rispetto del criterio dell'adeguatezza, che consentirebbero al giudice di valorizzare le circostanze soggettive e oggettive ai fini della liquidazione⁴⁴. Particolarmente interessante anche lo spunto di riflessione circa il fondo da cui provengono gli importi destinati all'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti, ovvero il Fondo destinato ad indennizzare le vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura, ai sensi dell'art. 11, comma 3 e 14 della legge 122/2016 e s.m. Ai punti 80 e ss. dell'ordinanza di rinvio, il giudice richiama le altre fattispecie di indennizzi concessi alle vittime di reato tramite detto fondo e ricorda come, in tali casi, gli importi siano molto più elevati: ad esempio, nel caso delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, ai sensi della legge 20 ottobre 1990, n. 302, l'indennizzo può arrivare fino a € 200.000,00, mentre per le vittime del disastro aereo di Ustica e per i familiari delle vittime della banda della Uno bianca è prevista – ai fini dell'indennizzo – la rivalutazione delle percentuali di invalidità già riconosciute e indennizzate in base ai criteri e alle disposizioni della normativa vigente, tenendo conto dell'aggravamento fisico e del riconoscimento del danno biologico e morale.

Il giudice confronta poi il Fondo in questione con il diverso fondo istituito con decreto delle del 12 novembre 2010, n. 187, Misure urgenti in materia di sicurezza, destinato all'elargizione di una somma di denaro a favore delle vittime di reati connessi con l'uso della violenza o in occasione o a causa di manifestazioni sportive nel caso di lesioni che abbiano comportato la morte o un'invalidità permanente superiore al 10%: in tal caso, le elargizioni a favore delle vittime sono in misura dell'intero ammontare del danno subito e riconosciuto in sede giudiziaria⁴⁵.

Infine, il giudice fa riferimento ai criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione per determinare il risarcimento, in sede civile, del danno conseguente al reato di violenza sessuale⁴⁶, nonché all'entità delle condanne registrate in precedenti pronunce di merito in tema di responsabilità dello Stato per mancata trasposizione della direttiva 2004/80/CE⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. ordinanza, par. 78.

⁴⁵ Cfr. ordinanza, par. 81.

⁴⁶ Cfr. ordinanza, parr. 82-84.

⁴⁷ Cfr. ordinanza, par. 85.



3/2019

Il giudice, quindi, richiama la necessità di un allineamento dei criteri di indennizzo per le vittime di reati violenti *ex* direttiva 2004/80/CE rispetto agli altri criteri citati per le fattispecie simili e conclude, quindi, esprimendo il dubbio – condivisibile – quanto all'importo di € 4.800,00 stabilito dal decreto quale indennizzo per le vittime di reato di violenza sessuale, in quanto erogazione di importo fisso e che si colloca nell'area dell'irrisorio, per quanto potrebbe osservarsi che l'esistenza di un sistema generale e residuale di indennizzo alle vittime di reati intenzionali violenti, non pregiudichi l'applicazione di sistemi speciali, che si giustificano, anche in relazione alle quantificazioni indennitarie, in relazione a peculiari considerazioni di tipo giuridico-sociale.



3/2019

AMBIENTE E DIRITTI UMANI NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO SUL CASO ILVA

Nota a [C. eur. dir. uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, Cordella e altri c. Italia](#)

di Stefano Zirulia

Abstract. Con la sentenza *Cordella e altri c. Italia* la Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta sul caso dell'Ilva di Taranto, ravvisando la violazione del diritto alla vita privata (art. 8 Cedu) e del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu) di oltre centosessanta persone abitanti nelle aree limitrofe agli stabilimenti della nota acciaieria. Prendendo in esame da un lato le evidenze epidemiologiche sulla situazione sanitaria delle popolazioni esposte, dall'altro lato la normativa c.d. "salva-Ilva" emanata a partire dal 2012, il collegio ha ritenuto all'unanimità che le autorità italiane non abbiano ad oggi saputo individuare un ragionevole punto di equilibrio tra l'interesse dei singoli al "benessere" ed alla "qualità della vita" e quello della società in generale alla prosecuzione della produzione. La sentenza offre una prospettiva nuova sull'annoso problema dei danni alla salute da esposizione a sostanze tossiche, ravvisando la responsabilità dello Stato in una materia che finora (quanto meno in Italia) è stata per lo più appannaggio di procedimenti penali avviati nei confronti dei privati gestori delle imprese. Allo stesso tempo, le statuizioni della Corte europea alimentano l'evoluzione in senso "green" dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione, suscitando nuovi interrogativi e problemi esegetici densi di ripercussioni anche sul terreno del diritto penale (si pensi all'estensione degli obblighi di incriminazione di condotte che offendono la vita e la salute), culminanti nella questione in ordine all'opportunità di riaprire il dibattito sulla necessità di introdurre di un autonomo "diritto ad un ambiente sano".

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I ricorsi degli abitanti di Taranto. – 3. La pronuncia della Corte europea. – 3.1. Le questioni di ricevibilità (in particolare, il divieto di *actio popularis* e la qualità di "vittime" dei ricorrenti). – 3.2. Le statuizioni di merito. – 4. Ambiente e salute: la prospettiva della responsabilità dello Stato per violazione dei diritti fondamentali. – 5. La dimensione "green" dei diritti fondamentali: problemi aperti nella giurisprudenza di Strasburgo. – 6. L'incerto confine tra il diritto alla "vita" ed il diritto alla "vita privata". – 6.1. L'ambito di applicazione degli articoli 2 e 8 Cedu in materia di attività produttive pericolose: principi e casistica. – 6.2. La rilevanza dell'opzione a favore dell'art. 2 o dell'art. 8 Cedu. – 6.3. Critica alla sentenza *Cordella* in punto di applicabilità dell'art. 8 Cedu e argomenti a sostegno dell'applicabilità dell'art. 2 Cedu. – 7. Verso un autonomo diritto ad un ambiente sano? – 8. Conclusioni.



3/2019

1. Introduzione.

Con una pronuncia¹ verosimilmente destinata a riaprire il dibattito sviluppatosi negli ultimi anni attorno al caso dell'Ilva di Taranto – e segnatamente attorno alla normativa c.d. “salva-Ilva”, che ha consentito e tuttora consente la prosecuzione dell'attività produttiva nonostante i sequestri disposti dalla magistratura tarantina nell'ambito dell'inchiesta “ambiente svenduto”² – la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia, all'unanimità, per violazione dell'art. 8 Cedu (diritto alla vita privata), in ragione dell'omessa adozione di misure idonee a proteggere l'ambiente dalle emissioni inquinanti dell'acciaieria, e di conseguenza per non avere tutelato il “benessere” («*bien-être*», § 174) degli abitanti nelle zone limitrofe allo stabilimento. La Corte ha altresì ravvisato la violazione del diritto ad un ricorso effettivo (art. 13 Cedu), avendo constatato l'assenza di vie di ricorso interne attraverso le quali gli stessi abitanti avrebbero potuto lamentare l'incompiuta attuazione del piano di risanamento ambientale ed ottenere misure volte alla bonifica delle aree contaminate.

Il collegio non ha assegnato alcun risarcimento ai ricorrenti, avendo ritenuto che l'accertamento delle violazioni costituisse un'equa compensazione sufficiente per il danno morale subito (§ 187); né ha indicato all'Italia quali specifiche misure dovranno essere attuate per portare a compimento il risanamento ambientale (§ 181). Assai evocativo, nondimeno, appare il richiamo alla sentenza *Torreggiani*, operato *mutatis mutandis* a sostegno delle conclusioni in ordine all'urgenza di attivarsi per porre fine ad una grave e diffusa compressione dei diritti fondamentali tuttora in corso (§ 182).

Ancora, sul fronte delle ripercussioni di carattere generale della sentenza *Cordella*, è significativo osservare che, pochi giorni dopo il suo deposito, il GIP di Taranto l'ha espressamente menzionata nell'ordinanza con la quale ha rimesso alla Corte Costituzionale due disposizioni-chiave della vigente disciplina “salva-Ilva”³, rilevando per il suo tramite la violazione dell'art. 117 Cost., secondo lo schema della norma interposta.

Oltre all'evidente interesse per le vicende all'acciaieria ionica, la pronuncia in esame presenta snodi di particolare rilievo per la materia dei rapporti tra salute ed inquinamento ambientale, affrontati nella prospettiva dei diritti umani. Un tema trasversale a diverse aree dell'ordinamento, compreso il diritto penale, in ragione dei suoi riflessi sul piano della selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela, degli obblighi di incriminazione gravanti sugli Stati, e ancora della definizione dell'area del “rischio consentito” nell'ambito delle attività di impresa.

¹ Il [testo ufficiale](#) è in lingua francese. È altresì disponibile una [traduzione italiana](#) a cura del Ministero della Giustizia.

² Per dettagli sul maxi-procedimento Ilva, attualmente incardinato dinanzi alla Corte d'assise di Taranto, nonché sulla normativa c.d. “salva-Ilva”, v. *infra*, par. n. 2, nonché, per riferimenti bibliografici essenziali, par. n. 4, nota n. 13.

³ [GIP Taranto, ord. 8 febbraio 2019, est. Ruberto](#), in questa *Rivista*, con annotazione di ZIRULIA S., [Alla Corte Costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. “salva-Ilva”](#), 14 febbraio 2019.

Nel prosieguo si darà anzitutto conto del contenuto dei ricorsi e delle statuizioni della Corte europea, a cominciare da quelle sulla ricevibilità, che affrontano importanti questioni relative, tra l'altro, alla possibilità di qualificare i ricorrenti come "vittime", pur a fronte di una situazione di pericolo diffuso per l'intera popolazione, evidenziata dagli studi epidemiologici (v. *infra*, par. nn. 2, 3).

Nel successivo commento (v. *infra*, par. nn. 4-7), verrà anzitutto sottolineata l'importanza della sentenza nel panorama delle (finora insoddisfacenti) risposte offerte dall'ordinamento italiano al problema dei danni da esposizione a sostanze tossiche; quindi si soffermerà l'attenzione sui confini tra il diritto alla vita (art. 2 Cedu) ed il diritto alla vita privata (art. 8 Cedu) nella prospettiva della tutela della salute umana rispetto alle minacce da attività produttive pericolose, sollevando alcune perplessità sulla posizione adottata dalla Corte nel caso in esame (che come vedremo ha escluso l'applicabilità del diritto alla vita), e concludendo con alcune riflessioni in merito alla necessità di riaprire il dibattito sull'introduzione di un autonomo "diritto ad un ambiente sano".

2. I ricorsi degli abitanti di Taranto.

La sentenza scaturisce da due diversi ricorsi, poi riuniti dalla stessa Corte, presentati nel 2013 e nel 2015. I centottanta ricorrenti⁴ sono persone che abitano o hanno in passato abitato a Taranto e nei comuni limitrofi, in zone interessate dalle emissioni del noto stabilimento siderurgico.

Come emerge dalla ricostruzione dei fatti offerta dalla stessa pronuncia, le doglianze ruotano attorno a due principali cardini: *a*) gli studi scientifici, anche di natura epidemiologica, che nel corso degli anni hanno evidenziato la grave situazione sanitaria venutasi a creare per effetto dell'inquinamento prodotto dall'Ilva; *b*) le condotte dello Stato italiano, che ha autorizzato, attraverso provvedimenti *ad hoc*, la prosecuzione dell'attività industriale, così sterilizzando i provvedimenti ablatori adottati dall'autorità giudiziaria nell'ambito del maxi-procedimento penale contro i dirigenti della società, accusati, proprio in ragione della grave compromissione ambientale dell'area e dei suoi riflessi sanitari sui lavoratori e sulla popolazione locale, di reati contro l'incolumità pubblica e la salute pubblica (segnatamente disastro c.d. "ambientale" ex art. 434 c.p., omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, avvelenamento di acque e sostanze alimentari, nonché alcune figure contravvenzionali).

Quanto al cardine *sub a*), vengono riportati i risultati offerti da numerosi studi scientifici, pubblicati tra il 1997 ed il 2017 da istituzioni nazionali e internazionali competenti in materia sanitaria ed ambientale (quali l'Organizzazione Mondiale della Sanità e l'Istituto Superiore di Sanità), centri di ricerca specializzati e gruppi di autorevoli scienziati, tutti univocamente indicanti l'esistenza di rischi per la vita e la

⁴ Diciannove posizioni sono state poi stralciate dalla Corte per irricevibilità del ricorso (v. *infra*, nel testo in corrispondenza della nota n. 6). Le statuizioni della sentenza si riferiscono pertanto a centosessantuno posizioni.

salute umana eziologicamente correlati alle emissioni nocive dell'acciaiera tarantina. Vengono in particolare in rilievo gli studi epidemiologici che hanno evidenziato, con riferimento ad un arco temporale compreso tra la metà degli anni '90 ed il primo decennio del 2000, l'aumento dell'incidenza, tra l'altro, di malattie tumorali, cardiovascolari, respiratorie e digestive nella popolazione esposta, anche con effetti mortali; patologie che, come già detto, gli stessi studi hanno ritenuto essere causalmente riconducibili alle emissioni cancerogene o comunque tossiche dell'Ilva (cfr. la ricostruzione di cui ai § 13-31 della sentenza).

Passando al cardine *sub b*), vengono in rilievo le tappe fondamentali che hanno contrassegnato i rapporti tra istituzioni politiche (locali e nazionali), gestori dell'Ilva, nonché, da ultimo, autorità giudiziaria (cfr. § 32-82). L'anno spartiacque di tali vicende è individuato nel 2012, segnato da tre avvenimenti cruciali: il 25 luglio il GIP di Taranto disponeva il sequestro preventivo dell'area a caldo dell'acciaiera, nel quadro del già ricordato procedimento per reati contro l'incolumità e la salute pubblica; il 27 ottobre il Ministero dall'ambiente rilasciava una nuova Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA), modificativa di quella emanata appena un anno prima, e contenente prescrizioni finalizzate a ridurre le emissioni e monitorarne l'andamento, in linea con le richieste formulate dall'autorità giudiziaria nel decreto di sequestro; infine, il 3 dicembre veniva approvato il primo decreto c.d. "salva-Ilva" (decreto legge n. 207 del 2012, convertito in legge n. 231 del 2012), che autorizzava la prosecuzione dell'attività produttiva per 36 mesi, così privando di efficacia il sequestro preventivo, a condizione che entro lo stesso termine venissero attuate le misure previste dall'AIA riesaminata.

Tra le successive tappe spicca, ancora, la sentenza della Corte Costituzionale n. 85 del 2013, che ha respinto la questione di legittimità del primo decreto "salva-Ilva" sollevata dal GIP di Taranto, affermando, tra l'altro, che il legislatore aveva effettuato un ragionevole bilanciamento tra i confliggenti diritti di rango costituzionale alla salute ed all'ambiente salubre (art. 32 Cost.), da un lato, ed al lavoro ed ai livelli occupazionali (art. 4 Cost.), dall'altro lato.

Negli anni successivi, infine, si sviluppa una lunga catena di nuovi decreti "salva-Ilva", caratterizzati, tra l'altro, *i*) dall'approvazione di un piano di risanamento ambientale (decreto del Ministero dell'ambiente n. 53 del 3.2.2014), avente efficacia modificativa dell'AIA riesaminata; *ii*) dalla previsione di un'immunità, sui fronti della responsabilità penale e amministrativa, a beneficio dell'amministratore straordinario di Ilva, del successivo acquirente della società, nonché dei loro delegati, per le condotte finalizzate all'attuazione del piano di risanamento (d.l. n. 1 del 2015, conv. in l. n. 20 del 2015 e d.l. n. 98/2016, conv. in l. 151 del 2016); *iii*) dal succedersi di ulteriori proroghe per l'attuazione del piano di risanamento ambientale, il cui termine risulta attualmente fissato ad agosto 2023.

3. La pronuncia della Corte europea.

Giungiamo così al *decisum* della Corte di Strasburgo, rispetto al quale occorre anzitutto segnalare come la stessa abbia scelto di esaminare le doglianze sostanziali

esclusivamente sotto l'angolo dell'art. 8 della Convenzione (diritto alla vita privata), e non invece, come richiesto dai ricorrenti, anche sotto l'angolo dell'art. 2 (diritto alla vita). Sul punto, la motivazione della pronuncia si limita a richiamare la sovrapposibilità delle due censure e le prerogative della Corte in punto di qualificazione giuridica dei fatti (§ 94).

3.1. *Le questioni di ricevibilità (in particolare, il divieto di actio popularis e la qualità di "vittime" dei ricorrenti).*

Conviene soffermarsi brevemente sulle questioni di ricevibilità del ricorso, sia per il loro intrinseco interesse, sia perché la Corte anticipa qui alcune delle considerazioni che verranno poi richiamate nelle motivazioni sul merito.

Viene anzitutto in rilievo la *qualità di "vittime" dei ricorrenti*, che il Governo italiano contestava ritenendo che gli stessi non avessero portato all'attenzione della Corte offese individuali, bensì una situazione di contaminazione ambientale avente ripercussioni sulla salute pubblica. La Corte conferma la propria giurisprudenza in punto di inammissibilità dell'*actio popularis*, estranea alla sua competenza di giudice delle violazioni dei diritti fondamentali *individuali*, e ribadisce altresì che né l'art. 8 Cedu né altre disposizioni della Convenzione garantiscono una protezione dell'ambiente in quanto tale (§ 100). Al contempo, tuttavia, la Corte ribadisce il principio secondo cui *i danni ambientali possono tradursi in violazioni del diritto alla vita privata* garantito dall'art. 8 par. 1, ogniqualvolta sussista un'offesa per la sfera privata o familiare di una persona determinata⁵. Tale condizione risulta integrata nel caso di specie, in quanto le zone di residenza dei ricorrenti rientrano – salvo alcune eccezioni⁶ – tra quelle ritenute a rischio per la salute dal Ministero dell'ambiente; zone dove l'inquinamento ha reso tutti gli abitanti *"maggiormente vulnerabili a diverse malattie"*⁷, come dimostrano gli studi scientifici allegati ai ricorsi (vengono richiamati in particolare i rapporti SENTIERI del 2012 e del 2014, nonché il rapporto ARPA del 2017), dai quali emergono *l'aumento dell'incidenza della mortalità e della morbilità per patologie oncologiche, cardiovascolari, respiratorie e digestive*. Ne risulta dimostrato il *nesso di causalità tra l'attività produttiva*

⁵ Con le parole della Corte: *«l'élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d'une affaire, des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits garantis par le paragraphe 1 de l'article 8 est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne»* (§ 101).

⁶ Si tratta di diciannove ricorrenti, residenti in comuni diversi da quelli interessati dagli studi epidemiologici, che vengono pertanto esclusi dal novero delle "vittime". Per effetto di tale esclusione, le statuizioni di merito della Corte riguardano soltanto i 161 ricorrenti abitanti a Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola e Statte.

⁷ *«[...] la pollution a rendu inévitablement les personnes qui y étaient exposées plus vulnérables à diverses maladies»* (§ 105).



3/2019

dell'Ilva e la compromissione della situazione sanitaria nei comuni interessati⁸, tale da determinare indubbiamente conseguenze dannose per il "benessere" dei ricorrenti⁹.

Ulteriore questione di ricevibilità riguarda il previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Anche su questo fronte la Corte respinge le censure del Governo, da un lato rilevando l'assenza, nell'ordinamento italiano, di misure che consentano di ottenere la bonifica di zone interessate da forme di inquinamento pericolose per l'uomo (§ 123); dall'altro lato, osservando che le immunità introdotte dai decreti "salva-Ilva" del 2015 e del 2016 precludono in radice azioni penali o amministrative contro l'amministratore straordinario ed i nuovi proprietari della società (§ 124). Ancora, dopo avere ricordato che la questione di legittimità costituzionale non rientra tra i rimedi il cui mancato esperimento determina l'irricevibilità del ricorso (§ 125), la Corte si sofferma sui rimedi previsti dal d.lgs. n. 152 del 2006 per i danni ambientali, osservando al riguardo che si tratta di misure azionabili soltanto dal Ministero dell'ambiente, i singoli essendo dotati di mere prerogative sollecitatorie nei confronti del medesimo dicastero (§ 126).

Quanto alla regola dei sei mesi per presentare il ricorso, la Corte evidenzia la *natura permanente delle violazioni allegate dai ricorrenti*, e ricorda al riguardo come il termine di decadenza inizi a decorrere soltanto dal momento della cessazione della situazione che vi ha dato origine (§ 131). Infine, il collegio respinge anche la censura governativa che invocava la causa di irricevibilità di cui all'art. 35 par. 3 lett. b) della Convenzione, ossia il carattere non "importante" del pregiudizio lamentato dai ricorrenti, tali dovendosi invece considerare gli allegati danni all'ambiente ed alla salute (§ 138).

3.2. Le statuizioni di merito.

Nel merito, la Corte europea giudica fondate le censure dei ricorrenti e dichiara, anzitutto, la violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Punto di partenza è il richiamo, già emerso nelle questioni di ricevibilità, in ordine allo stretto collegamento tra i gravi danni ambientali e le offese di riflesso arrecate al "benessere" («*bien-être*», § 157) delle persone, tali da nuocere alla loro "vita privata"¹⁰. L'art. 8 della Convenzione – precisa il collegio – viene in rilievo a condizione che il rischio ecologico raggiunga un livello di gravità capace di diminuire notevolmente la possibilità di godere del proprio domicilio o della propria vita privata o familiare. La valutazione in ordine al superamento della "soglia minima di gravità" deve prendere in considerazione l'intensità e la durata delle molestie arrecate dal fattore inquinante,

⁸ «[...] un lien de causalité entre l'activité productive de la société Ilva de Tarente et la compromission de la situation sanitaire, notamment dans les communes susmentionnées» (§ 106).

⁹ «Cette pollution a ainsi indubitablement eu des conséquences néfastes sur le bien-être des requérants concernés» (§ 107).

¹⁰ «[...] des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée» (§ 157).

nonché i loro effetti di ordine fisico e psicologico sulla salute e sulla “qualità della vita” («*qualité de vie*», § 157) dell’interessato.

Per inciso, la Corte chiarisce di considerare indifferente l’approccio a tali questioni nell’ottica degli obblighi positivi gravanti sullo Stato, discendenti dal par. 1 dell’art. 8, oppure nell’ottica della legittimità dell’ingerenza delle autorità nel diritto alla vita privata, secondo i dettami del par. 2 della stessa disposizione. In entrambi i casi, osserva il collegio, si tratta di stabilire se lo Stato ha individuato un *corretto equilibrio tra gli interessi facenti capo ai singoli, minacciati dall’attività inquinante, e quelli della società nel suo insieme* (§ 158). A tal fine la Corte è chiamata a verificare, fermo restando un certo margine di apprezzamento interno, se è stata predisposta una regolamentazione adeguata alle specificità dell’attività in questione, con particolare riferimento alla prevenzione dei rischi ad essa inerenti (§ 159).

Ancora, la Corte prende atto della difficoltà di quantificare gli effetti dell’inquinamento industriale su ciascun singolo ricorrente, essendo spesso impossibile distinguerli dagli effetti determinati da altri fattori, come l’età e la professione svolta. Analoga complessità viene rinvenuta nel giudizio tendente a valutare l’offesa alla “qualità della vita”, trattandosi di concetto soggettivo non suscettibile di definizione precisa. Nello svolgimento di entrambi tali giudizi, pertanto, la Corte ritiene necessario affidarsi principalmente, ancorché non esclusivamente, alle valutazioni effettuate dalle giurisdizioni nazionali e dagli organismi interni competenti (§ 160).

Conclusa così l’enucleazione dei principi generali applicabili alla materia, e passando all’esame del caso di specie, la Corte anzitutto circoscrive l’oggetto del proprio scrutinio alla *diligenza* adoperata dalle competenti autorità nazionali ed alla *ragionevolezza delle giustificazioni* addotte dal Governo a sostegno della necessità di comprimere gli interessi individuali a vantaggio di quelli generali (§ 161); con esclusione dei profili attinenti all’accertamento del nesso di causalità rispetto alle patologie allegate da alcuni dei ricorrenti¹¹.

Tanto chiarito, la pronuncia torna a valorizzare le evidenze scientifiche, già richiamate ai fini del giudizio sulla ricevibilità, attestanti l’esistenza di un nesso di causalità tra l’esposizione ambientale alle sostanze nocive emesse dall’Ilva e le patologie tumorali, cardiovascolari e digestive registrate in sovrannumero nella popolazione dell’area tarantina (§ 163-166). Proprio sullo sfondo di siffatta situazione sanitaria, la Corte giudica le misure adottate dalle autorità nazionali al contempo insufficienti e sbilanciate a favore delle esigenze della produzione: non solo, infatti, gli interventi realizzati nel corso degli anni non hanno prodotto risultati soddisfacenti, come dimostra anche la procedura d’infrazione contro l’Italia pendente dinanzi alla Commissione

¹¹ Alcuni ricorrenti avevano in effetti prodotto certificati medici relativi a patologie asseritamente causate dall’inquinamento dell’Ilva (cfr. § 99). Sul punto, i giudici di Strasburgo hanno tuttavia operato un *distinguishing* tra il caso in esame ed il precedente *Smaltini c. Italia*, nel quale era invece venuto in rilievo proprio il diverso problema del mancato riconoscimento, nel processo penale dinanzi alle giurisdizioni italiane, del nesso causale tra l’inquinamento dell’Ilva e la leucemia di cui era affetta la ricorrente, e dove la Corte aveva ritenuto che i giudici nazionali avessero correttamente motivato la propria posizione, alla luce del sapere scientifico disponibile (§ 162).



3/2019

Europea (§ 168); ma i decreti “salva-Ilva” hanno altresì autorizzato la prosecuzione di un’attività che era stata giudicata gravemente rischiosa per la salute e l’ambiente anche dall’autorità giudiziaria, fornendo oltretutto un’immunità *ad hoc* per le condotte dei gestori chiamati, finora infruttuosamente, a portare a compimento il piano ambientale (§ 169). Con riferimento a quest’ultimo, inoltre, la Corte evidenzia la mancanza di informazioni circa la sua realizzazione e le ragioni dei ritardi che la caratterizzano (§ 172).

Sulla base di tali considerazioni, il collegio perviene alla conclusione secondo cui *lo Stato italiano non è stato finora in grado di garantire un giusto equilibrio tra l’interesse dei ricorrenti a non subire le offese ambientali suscettibili di ripercuotersi sul loro benessere e l’interesse della società complessivamente intesa*¹² (§ 174).

Come anticipato, la Corte riconosce altresì la violazione dell’art. 13 della Convenzione, avendo constatato l’assenza, nell’ordinamento italiano, di vie di ricorso effettive attraverso le quali i ricorrenti avrebbero potuto lamentare, dinanzi alle autorità nazionali, l’impossibilità di ottenere misure volte a garantire il risanamento delle zone interessate dall’inquinamento nocivo dell’Ilva (§ 176).

Sul fronte dei rimedi, come pure già evidenziato, la Corte respinge le richieste risarcitorie avanzate *ex art. 41 Cedu*, reputando l’accertamento delle violazioni sufficiente ai fini del ristoro del danno morale (§ 187); e respinge altresì la richiesta di condannare l’Italia all’adozione delle *specifiche* misure generali indicate dai ricorsi, sottolineando nondimeno l’urgenza di attuare il piano di risanamento dell’acciaieria e dell’ambiente ad essa circostante *nel più breve termine possibile* (§ 177-182).

4. Ambiente e salute: la prospettiva della responsabilità dello Stato per violazione dei diritti fondamentali.

In un momento storico nel quale l’obiettivo dello sviluppo sostenibile è tanto ricorrente nelle dichiarazioni di principio, quanto spesso trascurato dai *policy makers* nelle sue attuazioni pratiche, la sentenza *Cordella* pone il tema dei diritti umani all’ordine del giorno nell’agenda del Governo italiano sulla spinosa questione dell’Ilva di Taranto¹³: le evidenze scientifiche ad oggi disponibili – presentate alla Corte dai

¹² «Ainsi, le juste équilibre à ménager entre, d’une part, l’intérêt des requérants de ne pas subir des atteintes graves à l’environnement pouvant affecter leur bien-être et leur vie privée et, d’autre part, l’intérêt de la société dans son ensemble n’a pas été respecté» (§174).

¹³ Sulla vicenda Ilva, cfr., per un inquadramento del procedimento penale principale, scaturito dall’indagine “ambiente svenduto”, RUGA RIVA C., *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in Foffani L., Castronuovo D. (a cura di), *Casi di diritto penale dell’economia*, vol. II, *Impresa e sicurezza*, il Mulino, 2015, p. 149 ss.; per i successivi sviluppi della normativa c.d. “salva-Ilva”, cfr. GIAMPIETRO F., *Ilva 2015: la sommatoria di Decreti legge, di leggi di conversione e di Decreti sull’AIA aggrava l’emergenza*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2015, 11-12, p. 642 ss.; ID., *Ilva: nuovi decreti legge e nuove deroghe per dare attuazione a quale AIA*, *ivi*, 2016, 11, p. 715 ss.; per le evoluzioni più recenti, v. il documento a cura della Camera dei Deputati [Le principali norme per l’ILVA emanate nella XVII legislatura](#), in [temi.camera.it.](#), nonché, da ultimo, l’ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del GIP di Taranto (citata *supra*, nota n. 3).



3/2019

ricorrenti e non contestate nel merito dal Governo – mostrano infatti una grave situazione ambientale e sanitaria nell’area interessata dalle emissioni del colosso ionico; situazione determinata, o comunque non adeguatamente fronteggiata, dalle politiche ambientali italiane, che nel corso degli anni si sono mostrate incapaci di individuare un corretto punto di bilanciamento tra l’interesse della società all’attività produttiva, da un lato, ed il “benessere” e la “qualità della vita” dei residenti nelle aree interessate, dall’altro lato. Su questo sfondo, il messaggio della Corte giunge forte e chiaro: fermo restando il margine di apprezzamento spettante alle autorità nazionali nella scelta delle contromisure da mettere in campo, l’inversione di rotta dovrà avvenire nel più breve tempo possibile, al fine di porre termine ad una violazione dei diritti fondamentali tuttora in atto.

Come già ricordato, al campanello d’allarme di Strasburgo ha fatto seguito, a distanza di pochi giorni, un ulteriore provvedimento di un giudice, questa volta nazionale, che pure ha messo in discussione la legittimità dell’operato dallo Stato nella vicenda Ilva, al metro, tra l’altro, del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.) e dei limiti alla potestà legislativa derivanti dagli obblighi internazionali, inclusa la Convenzione edu (art. 117 Cost.). Il GIP di Taranto¹⁴, infatti, tenuto conto anche (ma non solo) dell’intervento della Corte europea, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di due disposizioni chiave della disciplina c.d. “salva Ilva” attualmente vigente, quelle cioè che, a fronte del sequestro preventivo dello stabilimento disposto dalla stessa magistratura tarantina nel 2012, prorogano l’autorizzazione dell’attività produttiva fino ad agosto 2023, prevedendo altresì una causa di esclusione della responsabilità penale ed amministrativa a beneficio delle condotte attuative del piano di risanamento ambientale.

La palla dunque passa ora, al contempo, al Governo italiano, chiamato ad attuare la sentenza europea (salvo richiesta di rimessione alla Grande Camera entro tre mesi dalla pronuncia); ed alla Corte Costituzionale, che per la quarta volta¹⁵ viene interrogata

¹⁴ V. *supra*, nota n. 3.

¹⁵ La prima questione di legittimità della normativa “salva-Ilva” – avente ad oggetto gli artt. 1 e 3 del d.l. n. 207 del 2012 (conv. con modif. in legge n. 231 del 2012), che aveva autorizzato la prosecuzione dell’attività produttiva per 3 anni in costanza di sequestro preventivo – è stata dichiarata infondata dalla [sentenza n. 85 del 2013](#), la quale, tra l’altro, ha ritenuto che il legislatore avesse individuato un corretto punto di bilanciamento tra il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e l’interesse al mantenimento dei livelli occupazionali, a sua volta discendente dal diritto al lavoro (art. 4 Cost.). Cfr. ONIDA V., [Un conflitto fra poteri sotto la vesti di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente](#), in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2013, n. 3. Analogamente, la seconda questione di legittimità – avente ad oggetto le censure rivolte dalla Regione Puglia all’art. 1, comma 1, lett. b) del d.l. n. 98 del 2016 (conv. con modif. in legge n. 1519 del 2016) – è stata dichiarata infondata dalla [sent. n. 182 del 2017](#), secondo la quale la procedura accelerata prevista dalle norme impugnate per la modifica del piano di risanamento ambientale di Ilva non sacrificava le prerogative di partecipazione della Regione. Cfr. VERDOLINI E., [Il caso Ilva di Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali](#), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24.2.2018. Infine, la [sent. n. 58 del 2018](#) ha invece ritenuto irragionevole, e dunque illegittimo al metro dell’art. 32 Cost., il bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore attraverso una serie di disposizioni – segnatamente l’art. 3 del d.l. n. 92 del 2015 (non convertito), e gli artt. 1, comma 2 e 2-*octies* della legge n. 132 del 2015 – che avevano prodotto l’effetto di autorizzare la prosecuzione dell’attività posta sotto sequestro in relazione a procedimenti per reati contro la sicurezza del lavoro. Cfr. AMENDOLA G., [Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?](#), in

sulla ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore nel dettare discipline *ad hoc* per Ilva ed i suoi gestori, e che per la prima volta si troverà a dialogare, nello svolgimento di tale sindacato, con le statuizioni già formulate dai colleghi di Strasburgo in merito alla stessa disciplina.

In uno scenario, dunque, ancora tutto in divenire, non ci si può esimere dal salutare con favore la sentenza *Cordella*, ed il ricorso dal quale è scaturita, per avere dato voce a numerose persone che hanno visto (e tuttora vedono) la propria salute passare in secondo piano in nome di uno stato di “emergenza” decretato per oltre 10 anni (dal 2012 al 2023). Una vicenda il cui impatto promette, peraltro, di andare ben al di là della – pur drammatica – questione tarantina, investendo questioni di rilevanza nazionale rimaste per troppo tempo nell’ombra. Invero, la cattiva gestione dei rischi ambientali e sanitari che ha caratterizzato le politiche dello sviluppo italiano dal dopoguerra ad oggi ha portato con sé tragedie umane – si pensi all’ecatombe dell’amianto – le cui responsabilità sono state finora cercate quasi esclusivamente – o comunque con impiego di risorse non paragonabile a nessun’altra iniziativa – nei processi penali a carico dei singoli gestori privati delle imprese, accusati di omicidi, lesioni personali e disastri ambientali variamente declinati¹⁶. Al di là di ogni valutazione su tali vicende giudiziarie (che sarebbe fuori tema in questa sede), ed a maggior ragione sulle condotte che hanno formato l’oggetto di quei giudizi, il punto è che finora è clamorosamente mancato un serio “esame di coscienza istituzionale”, che portasse a chiedersi per quale ragione produzioni notoriamente tossiche siano state considerate lecite, anche solo implicitamente¹⁷, per molti anni, prima che si adottassero normative davvero capaci di regolarne lo svolgimento in maniera sostenibile per l’uomo e l’ambiente.

È su questo sfondo che si colgono le importanti novità della sentenza in esame: l’aver posto al primo piano, grazie alle peculiarità del meccanismo di Strasburgo, il

Questione Giustizia, 10 aprile 2018; nonché, volendo, ZIRULIA S., *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto “salva-Ilva” n. 92 del 2015*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 947-952.

¹⁶ La letteratura sui rapporti tra diritto penale e c.d. “società del rischio” è notoriamente molto vasta; cfr., senza pretesa di esaustività, cominciando dai saggi pubblicati su riviste ed opere collettanee: GARGANI A., *Il rischio nella dinamica dei reati contro l’incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3879 ss.; DE VERO G., *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 670 ss.; ROMANO M., D’ALESSANDRO F., *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall’incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1129 ss.; DIGIOVINE O., *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 29 ss.; PALIERO C.E., *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1507 ss.; CASTRONUOVO D., *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in Foffani L., Castonuovo D. (a cura di), *Casi di diritto penale dell’economia*, cit., p. 107 ss.; BARTOLI R., [La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3-4/2014, p. 396 ss.; CENTONZE F., *Il problema dell’accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1523 ss. Quanto ai lavori monografici, v. STELLA F., *Giustizia e Modernità*, Giuffrè, III ed., 2003; DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, 2004, spec. p. 97-137; PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, 2004; MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica in diritto penale*, Giuffrè, 2007; nonché, da ultimo, ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018.

¹⁷ Si pensi, ancora, all’utilizzo dell’amianto, che fino alla legge n. 257 del 1992 era da considerarsi astrattamente lecito in quanto non formalmente vietato.

problema degli *obblighi positivi* di tutela dell'uomo e delle risorse naturali gravanti anzitutto sulle *istituzioni nazionali*; l'aver dato dignità ad un'*offesa alla salute misurabile in termini collettivi*, valorizzando così il punto di forza degli studi epidemiologici (ossia la capacità di individuare relazioni di rischio a livello di popolazione), sdrammatizzandone al contempo i profili di debolezza, ossia l'incapacità di individuare relazioni causali individuali; l'aver messo in luce la rilevanza dei diritti fondamentali anche in un settore che troppo spesso viene considerato appannaggio esclusivo dei *policy makers*, e da questi ultimi deregolato (o non regolato) a favore degli operatori economici; l'aver, in ultimi analisi, richiamato lo Stato alla sua responsabilità nella definizione del *modello di sviluppo che intende adottare*, ed alla necessità di includere in tali valutazioni anche i diritti fondamentali dei singoli, e non soltanto (con miopia talvolta esemplare) l'interesse generale ad un'economia più prospera.

5. La dimensione "green" dei diritti fondamentali: problemi aperti nella giurisprudenza di Strasburgo.

Malgrado la Convenzione europea sia nata come strumento di tutela di diritti civili e politici (diritti fondamentali c.d. "di prima generazione"), nonché, in misura inferiore, di diritti economici, sociali e culturali (c.d. "di seconda generazione"), essa si è rivelata nel corso del tempo assai permeabile ad istanze tipiche di un diritto di "terza generazione" come quello ad un ambiente sano¹⁸. Fermo restando, infatti, che siffatta posizione soggettiva non è espressamente contemplata in alcun articolo della Convenzione¹⁹, la Corte europea ha spesso ricondotto nell'ambito di applicazione dei diritti nominati le istanze di coloro che lamentavano le ripercussioni dei danni ambientali sulla propria vita e salute psico-fisica; ed ha così alimentato quell'ormai nutrito insieme di pronunce che, basandosi principalmente sugli articoli 8 e 2 Cedu²⁰,

¹⁸ La distinzione dei diritti fondamentali in tre "generazioni" è generalmente accettata in dottrina, sebbene abbia un valore meramente descrittivo. Per un quadro sintetico dell'evoluzione che ha condotto all'affermazione di ciascuna delle "generazioni", v. ZOHADI R.L., *The Generations of Human Rights*, in *International Studies Journal*, 2004, 95-113; in tema, v. anche FREEDMAN R., *"Third Generation" Rights: is there room for hybrid constructs within international Human Rights Law?*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Studies*, 2013, 935-959; GUAZZAROTTI A., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1/2013, p. 9-46. Sul problema del riconoscimento di un autonomo diritto ad un ambiente sano, v. *infra*, par. n. 7 e relativi riferimenti bibliografici in nota.

¹⁹ La stessa Corte edu ricorda che il sistema di Strasburgo non offre tutela alcuna per l'ambiente *in quanto tale*. Cfr., *ex multis*, C. edu, sent. 22.5.2003, *Kyrtatos c. Grecia*, § 52; C. edu, grande camera, 8.7.2003, sent. *Hatton e altri c. Regno Unito*, § 96; C. edu, sent. 13.7.2017, *Jugheli e altri c. Georgia*, § 62.

²⁰ Gli articoli 2 e 8 Cedu vengono in rilievo nei casi che interessano in questa sede, cioè dove i danni ambientali minacciano la vita, la salute o comunque il benessere psico-fisico delle persone. Ciò non toglie che la casistica "ambientale" emersa finora in seno alla Convenzione edu abbia coinvolto anche altre disposizioni, segnatamente gli articoli 6, 10, 11, 13 e 1 Prot. 1. Per ampie disamine, v. SACCUCCI A., *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, in Caligiuri A., Cataldi G., Napoletano N. (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Napoli 2010, p. 111 ss.; RUOZZI E., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Jovene, 2011, pp. 63-219; PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, ESI, 2013, p. 67-92; DE

vagliano l'operato degli Stati sul fronte della disciplina e del controllo delle attività suscettibili di arrecare offesa alle persone come riflesso di aggressioni dirette contro le risorse naturali.

Si tratta di un processo evolutivo, efficacemente definito «*greening of the existing first generation of human rights*»²¹, che attraversa la giurisprudenza della Corte a partire dagli anni '90²², correndo sul sottile confine che separa i diritti individuali dagli interessi collettivi. Da un lato, infatti, come ribadito dalla stessa sentenza *Cordella*, la Convenzione non ammette l'*actio popularis*, ossia il contenzioso promosso nel solo interesse pubblico, con la conseguenza che non può essere attivata semplicemente invocando situazioni di inquinamento diffuso, ancorché pericoloso, essendo altresì necessario che il ricorrente sia in grado di dimostrare un'offesa per la propria sfera individuale²³; dall'altro lato, il fattore genuinamente ambientale rileva sia per quanto riguarda l'*an* della violazione (tra

SADELEER N., *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, p. 60-73; per aggiornamenti fino al 2015, v. anche il Thematic Report "[Health Related Issues in the case-law of the European Court of Human Rights](#)", a cura del *Juriconsult's Department* della Corte europea, p. 22-27.

²¹ DE SADELEER N., *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, cit., p. 74. Prima ancora, v. BOYLE A., *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in *Fordham Environmental Law Review*, 2007, p. 471-511, il quale si esprime – con attenzione peraltro non limitata alla Convenzione edu – in termini di «*greening of human rights law, rather than a law of environmental rights*» (p. 472). V. anche ZAHRADNIKOVA E., *European Court of Human Rights: Giving the Green Light to Environmental Protection?*, in *Queen Mary Law Journal*, 2017, p. 14-26, la quale, riferendosi all'emergere di una sorta di «*green jurisprudence*», rileva con particolare forza evocativa che «*An arbitrary execution of a person and a State consciously allowing poisonous contamination of drinking water may in their outcomes produce only minor or no difference*» (p. 14). Sulle ragioni che giustificano la trattazione di questioni ambientali nell'alveo dei diritti umani, v. BOYLE A., *Human Rights and the Environment: Where Next?*, in *European Journal of International Law*, Vol. 23, no. 3, 2012, p. 613-617. Sull'evoluzione dei diritti fondamentali come strumenti di tutela contro i rischi legati al degrado ambientale, v. PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, ESI, 2013, p. 119-123.

²² La prima pronuncia che ha riconosciuto la violazione di un diritto sancito dalla Convenzione come diretta conseguenza di una situazione di inquinamento ambientale è C. edu, sent. 9.12.1994, *Lopez Ostra c. Spagna*, nella quale la Corte ha ritenuto che le emissioni di fumi nocivi e maleodoranti, nonché di rumori, da parte di un impianto per il trattamento di rifiuti posto nelle vicinanze dell'abitazione della ricorrente impedissero a quest'ultima un pieno godimento della propria vita privata e familiare, tutelate dall'articolo 8 Cedu: «*severe environmental pollution may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health*» (§ 51). In questo passaggio viene dunque per la prima volta riconosciuta la possibilità che l'insalubrità dell'ambiente determini una compromissione del "benessere" («*well-being*») individuale, anche a prescindere dall'accertamento di un danno alla salute. Tale sviluppo giurisprudenziale, verosimilmente inatteso, con il senno di poi era tutto sommato prevedibile: come la dottrina ha puntualmente evidenziato, infatti, la «*stretta relazione tra le norme poste a tutela, rispettivamente, dell'ambiente e dei diritti della persona, è intuitiva*» (PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., p. 51), atteso che dal primo derivano le condizioni essenziali per godere dei secondi, a cominciare dalla vita stessa.

²³ Nel sistema della Convenzione la legittimazione attiva spetta ai soli soggetti (persone fisiche, gruppi di persone e organizzazioni) titolari di un "*victim status*", ossia direttamente colpiti dalla violazione di volta in volta in questione (art. 34 Cedu). Sulla nozione autonoma di "vittima" nella Cedu, v. ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., il Mulino, 2019, 428-436; HARRIS D., O'BOYLE M., WARBIK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, IV ed., 2018, p. 87-92; UBERTIS G., *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, in Ubertis G., Viganò F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 7-8.

i cui presupposti figura l'accertamento di «*severe environmental pollution*»²⁴), sia per quanto riguarda i riflessi “*erga omnes*” delle pronunce rese dalla Corte, trattandosi di statuizioni che necessariamente investono la protezione delle risorse naturali²⁵.

Lo sviluppo di questa casistica, se da un lato ha certamente aumentato il ventaglio di tutele a disposizione dei singoli minacciati da fenomeni di inquinamento e da altri rischi ambientali²⁶, dall'altro lato, proprio in ragione del suo carattere fortemente innovativo rispetto all'assetto dei diritti fondamentali delineato dalla Convenzione, ha prodotto una serie di nuovi quesiti e nodi da sciogliere. Nelle riflessioni che seguono si concentrerà l'attenzione su due di essi.

Il primo (v. *infra*, par. 6) riguarda il confine tra il diritto alla vita e quello alla vita privata, nella loro dimensione “*greened*” o se vogliamo “*ecologica*”, che la Corte ha progressivamente tracciato e che tuttavia non appare ancora completamente assestato. La sentenza in commento, come si vedrà, costituisce un plastico esempio delle perduranti incertezze sul punto, non prive di rilievo anche per gli ordinamenti penali degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Il secondo profilo problematico (v. *infra*, par. 7), peraltro strettamente collegato al primo, riguarda la sostanziale incompiutezza della tutela attualmente offerta dalla Convenzione per quanto riguarda i rapporti tra ambiente e salute umana. Dopo avere illustrato le ragioni di fondo del problema, si rivolgerà l'attenzione all'annoso interrogativo avente ad oggetto l'opportunità di introdurre nel sistema della Convenzione un autonomo diritto umano all'ambiente sano.

6. L'incerto confine tra il diritto alla “vita” ed il diritto alla “vita privata”.

Come anticipato, la tutela della vita e della salute psico-fisica dalle minacce provenienti dall'inquinamento ambientale avviene essenzialmente nel quadro degli articoli 2 e 8 della Convenzione, sottoposti nel corso degli anni ad un'interpretazione evolutiva che ha ampliato i rispettivi ambiti di applicazione ad una dimensione “*ecologica*” non ancora del tutto esplorata.

²⁴ C. edu, sent. 9.12.1994, *Lopez Ostra c. Spagna*, § 51; nello stesso senso si esprime anche la sentenza *Cordella* qui in esame, § 157.

²⁵ Emblematico il passaggio della sentenza *Cordella* nel quale la Corte osserva che l'inquinamento ambientale dell'Ilva ha posto in pericolo sia la salute dei ricorrenti, sia più in generale quella dell'intera popolazione esposta («*la prolongation d'une situation de pollution environnementale mettant en danger la santé des requérants et, plus généralement, celle de l'ensemble de la population résidant dans les zones à risque*», § 172).

²⁶ In questo senso ZAHRADNIKOVA E., *European Court of Human Rights: Giving the Green Light to Environmental Protection?*, cit., p. 25; DE SADELEER N., *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, cit., p. 74; nonché, da ultimi, HARRIS D., O'BOYLE M., WARBIRCK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, IV ed., 2018, p. 501: «*the protection afforded by the provision continues to broaden in scope. [...] the application of the Court's "living instrument" doctrine has had the advantage of facilitating the interpretation of Article 8(1) in line with social and technological developments*».

Nel prosieguo verranno sinteticamente richiamati i principi che governano i rapporti tra le due disposizioni, sotto il profilo della rispettiva “applicability”²⁷, come finora emersi nella giurisprudenza Cedu in materia ambientale (v. *infra*, par. n. 6.1); si coglierà altresì l’occasione per ricordare le principali conseguenze pratiche che derivano dall’inquadramento di un caso concreto nell’una o nell’altra previsione (n. 6.2); infine, si volgerà l’attenzione all’impostazione adottata sul punto dalla sentenza in commento, illustrando gli argomenti in virtù dei quali non la si ritiene condivisibile (n. 6.3).

6.1. L’ambito di applicazione degli articoli 2 e 8 Cedu in materia di attività produttive pericolose: principi e casistica.

Un sguardo alla giurisprudenza di Strasburgo sull’applicabilità degli articoli 2 e 8 Cedu in materia ambientale²⁸ consente di rilevare che nell’art. 2 ricadono non solo i casi in cui la vittima è deceduta (nei quali si pone il problema dell’accertamento del nesso causale²⁹), ma anche quelli in cui la sua vita è stata posta in serio pericolo³⁰; nell’art. 8,

²⁷ Il problema dell’applicabilità al caso concreto dei diritti sanciti nella Convenzione viene affrontato dalla Corte nell’ambito delle questioni preliminari attinenti alla ricevibilità del ricorso (art. 35 Cedu), oppure direttamente nelle statuizioni di merito. In ogni caso si tratta di un problema logicamente distinto rispetto alla valutazione sulla fondatezza delle doglianze: altro cioè è stabilire se i fatti devono essere inquadrati nell’art. 2 o nell’art. 8 Cedu; altro è stabilire se la violazione dell’articolo applicabile è effettivamente avvenuta. Giova infine ricordare che, in omaggio al principio *jura novit curia*, la Corte può decidere di inquadrare la doglianza in uno soltanto dei diritti invocati dal ricorrente, oppure in un diritto da questi non invocato.

²⁸ I principi di seguito richiamati attingono, salva diversa precisazione, alla casistica sui rischi ambientali. Analoghi principi sono peraltro rinvenibili, *mutatis mutandis*, anche in altri settori dove vengono in rilievo, contestualmente o alternativamente, offese alla “vita” ed alla “vita privata”.

²⁹ Si tratta di una prova tutto sommato semplice nell’ambito di incidenti con effetti lesivi immediati (cfr. C. edu, grande camera, sent. 30.11.2004, *Oneryildiz c. Turchia*: caso relativo ad un’esplosione di metano all’interno di una discarica pubblica fuori norma, incidente dal quale era derivata una frana mista a rifiuti che aveva investito una baraccopoli abusivamente costruita in una zona sottostante al sito, uccidendo decine di persone, tra cui i famigliari dei ricorrenti); più complessa nei casi di patologie croniche lungo-latenti (cfr. C. edu, sent. 24.7.2014, *Brincat e altri c. Malta*, § 83: caso relativo a lavoratori esposti ad amianto, uno dei quali deceduto per mesotelioma pleurico, dove la Corte ha ritenuto dimostrato il nesso causale attraverso la logica dell’esclusione dei decorsi causali alternativi). In termini generali, la Corte si mostra consapevole delle difficoltà di prova della causalità individuale che sorgono nel settore della responsabilità per i danni da esposizione a sostanze tossiche: cfr. C. edu, sent. 10.2.2011, *Dubetska e altri c. Ucraina*, § 107: «While there is no doubt that industrial pollution may negatively affect public health in general and worsen the quality of an individual’s life, it is often impossible to quantify its effects in each individual case. As regards health impairment for instance, it is hard to distinguish the effect of environmental hazards from the influence of other relevant factors, such as age, profession or personal lifestyle»; nello stesso senso si esprime anche la sentenza *Cordella* qui in esame, § 160. Sull’accertamento del nesso di causalità da parte della Corte europea in contesti di incertezza scientifica, v. RUOZZI E., *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 253-254; sull’accertamento della causalità omissiva in caso di violazione di obblighi positivi, v. STOYANOVA V., *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 18, 309-346.

³⁰ Cfr. C. edu, sent. 9.6.1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, § 36 (la ricorrente, affetta da leucemia, lamentava la violazione del proprio diritto alla vita in quanto le autorità inglesi, dopo avere esposto suo padre a

invece, ricadono le offese all'integrità psico-fisica che non raggiungono una soglia di severità tale da essere attratte nell'art. 2³¹ (o nell'art. 3)³², purché si tratti di offese di non trascurabile importanza³³. Sullo sfondo, evidentemente, si nota l'assenza di un autonomo diritto alla salute nel catalogo della Convenzione³⁴, con la conseguenza che le "health-related issues"³⁵ risultano contese tra i diritti nominati suscettibili di attrarle. In questo scenario, il rapporto tra artt. 2 ed 8 Cedu può essere descritto in termini di *sussidiarietà* rispetto alla tipologia di offesa: in caso di morte o di serio pericolo per la vita troverà applicazione l'art. 2; in caso di serie offese all'integrità psico-fisica, che tuttavia non siano tali da creare un pericolo di morte, troverà applicazione l'art. 8.

Una significativa applicazione di tali principi si rinviene, ad esempio, nel caso *Brincat e altri c. Malta*³⁶: la Corte ha sanzionato l'omessa adozione, parte dallo Stato convenuto, di misure idonee a proteggere la salute e la vita di lavoratori esposti ad amianto presso un cantiere navale, ravvisando, da un lato, la violazione dell'art. 2 rispetto ad un operaio deceduto per mesotelioma pleurico; dall'altro lato, la violazione dell'art. 8 rispetto ai ricorrenti che, pur avendo subito un pregiudizio apprezzabile della propria salute (avevano sviluppato patologie amianto-correlate di minore gravità, quali placche pleuriche e inspessimenti pleurici), non avevano corso un serio rischio di morte.

Più in generale, all'interno dell'art. 2 sono stati affrontati ulteriori casi di patologie oncologiche da esposizione a sostanze tossiche³⁷, nonché casi di incidenti

radiazioni nucleari nell'ambito di sperimentazioni militari nell'oceano Pacifico, non avevano fornito informazioni sui rischi di leucemia per i figli né effettuato monitoraggi sulle relative condizioni di salute); C. edu, sent. 9.7.2012, *Kolyadenko e altri c. Russia*, § 151 (i ricorrenti erano sopravvissuti ad un'inondazione causata dall'improvviso rilascio di acque, provenienti da un bacino idrico a gestione pubblica, all'interno di un fiume che non aveva ricevuto adeguata manutenzione per molti anni).

³¹ Ciò accade con una certa frequenza, oltre che nel settore qui in esame, nei casi di malasanità, ogniqualvolta il danno alla salute non metta a rischio la vita del paziente: cfr., di recente, C. edu, 27.3.2018, *Ibrahim Keskin c. Turchia*, § 61.

³² Finora l'art. 3 non è tuttavia venuto in rilievo in materia "ambientale". Sui suoi rapporti con l'art. 8 Cedu, improntati alla logica della sussidiarietà, v. BONETTI M., GALLUCCIO A., *Profili specifici sull'art. 8*, in Ubertini G., Viganò F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 263.

³³ Anche l'art. 8 Cedu, in omaggio al principio *minima non curat praetor*, presenta una soglia minima di gravità, al di sotto della quale il ricorso risulta irricevibile ai sensi dell'art. 35 § 3 lett. b). Cfr. C. edu, 22.5.2003, *Kyrtatos c. Grecia*, § 54, che ha ritenuto insufficienti a determinare la violazione del diritto alla vita privata meri rumori e luci notturne provenienti da un cantiere.

³⁴ Cfr. C. edu., sent. 17.3.2016, *Vasileva c. Bulgaria*, § 63. In dottrina, CECCHINI F., [La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo](#), in Massaro A. (a cura di), [La tutela della salute nei "luoghi di detenzione". Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE](#), Roma TrE-Press, 2017 p. 207-217, ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

³⁵ Per una rassegna aggiornata al 2015, cfr. il rapporto "[Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights](#)", a cura del *Juriconsult's Department* della Corte, www.echr.coe.int.

³⁶ C. edu, 24.7.2014, *Brincat e altri c. Malta*.

³⁷ C. edu, sent. 9.6.1998, *L.C.B c. Regno Unito* (v. *supra*, nota n. 30); C. edu, dec. 24.3.2015, *Smaltini c. Italia* (la ricorrente, un'abitante di Taranto ammalata di leucemia, riteneva che la patologia fosse causalmente riconducibile alle emissioni dell'Ilva: la Corte ha dichiarato il ricorso irricevibile non per inapplicabilità dell'art. 2 Cedu, bensì per manifesta infondatezza della doglianza, rilevando in particolare che le autorità giudiziarie nazionali avevano adeguatamente motivato, nel caso di specie, la propria posizione in ordine al difetto di nesso di causalità, evidenziando in particolare il difetto di attendibili evidenze epidemiologiche).

mortali verificatesi nell'esercizio di attività di impresa³⁸. Numericamente superiori, peraltro, i casi ricondotti all'art. 8, dove la Corte ha valutato se il benessere («*well-being*») e la qualità della vita («*quality of life*») dei ricorrenti fossero stati offesi («*adversely affected*») da attività inquinanti di vario genere: raccolta e trattamento di rifiuti³⁹; stabilimenti termoelettrici⁴⁰; industrie del settore chimico⁴¹, metallurgico⁴² e dell'estrazione mineraria⁴³; circolazione di automobili diesel⁴⁴.

Alla luce di quanto evidenziato emerge che, nella materia in esame, l'ambito di applicazione dell'art. 2 è facilmente individuabile attraverso il riferimento ad un bene giuridico chiaramente definito, la vita, minacciato o effettivamente leso dal fattore di rischio⁴⁵. Viceversa, l'ambito di applicazione dell'art. 8 risulta assai meno cristallino, essendo affidato ai più vaghi concetti di "benessere" e "qualità della vita", a loro volta definiti dalla Corte attraverso il richiamo ad un catalogo aperto altri interessi – quali la salute, la tranquillità personale, il godimento dell'abitazione e delle attività familiari, ecc. – suscettibili di essere compromessi ogniqualvolta l'uomo si trovi a condurre la propria esistenza all'interno di un ambiente contaminato⁴⁶. Si tratta di un giudizio complesso, effettuato caso per caso⁴⁷, volto *in primis* a stabilire se i menzionati interessi siano stati lesi oltre la soglia minima di gravità (a sua volta individuata in termini relativi, ad esempio utilizzando come parametro i rischi ambientali connaturati alla "vita nelle città moderne"⁴⁸). Tra i pochi punti fermi – all'interno di un sindacato ampiamente affidato al prudente apprezzamento dei giudici di Strasburgo – vi è il principio secondo cui il danno *alla salute* non è elemento indispensabile per la sussistenza della violazione⁴⁹:

Sul caso *Smaltini* e le sottese questioni causali, v. VOZZA D., *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2016, 44 ss.

³⁸ C. edu, grande camera, sent. 30.11.2004, *Oneryildiz c. Turchia* (v. *supra*, nota n. 29); C. edu, sent. 28.2.2012, *Kolyadenko e altri c. Russia* (v. *supra*, nota n. 30).

³⁹ C. edu, sent. 9.12.1994, *Lopez Ostra c. Spagna*; C. edu, sent. 2.11.2006, *Giacomelli c. Italia*; C. edu, sent. 10.1.2012, *Di Sarno e altri c. Italia*.

⁴⁰ C. edu, sent. 13.7.2017, *Jugheli e altri c. Georgia*.

⁴¹ C. edu, sent. 19.2.1998, *Guerra e altri c. Italia*.

⁴² C. edu., sent. 9.6.2005, *Fadeyeva c. Russia*; C. edu., sent. 30.3.2010, *Bacila c. Romania*.

⁴³ C. edu, sent. 27.1.2009, *Tatar c. Romania*; C. edu, sent. 10.2.2011, *Dubetska e altri c. Ucraina*.

⁴⁴ C. edu, dec. 12.5.2009, *Greenpeace E.v. e altri c. Germania*.

⁴⁵ Per un chiaro esempio di trattazione dei profili causali nel giudizio sulla "applicability" degli artt. 2 e 8, cfr. *Brincat c. Malta*, cit., § 75-85.

⁴⁶ PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., 72-73.

⁴⁷ Vengono in particolare presi in considerazione gli studi sulla pericolosità del fattore inquinante (*Tatar c. Romania*, cit., § 97), i suoi eventuali effetti psico-fisici, l'intensità e la durata della molestia, le caratteristiche dell'ambiente locale (*Fadeyeva c. Russia*, cit., § 69; *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit., § 105).

⁴⁸ Cfr. *Fadeyeva c. Russia*, cit., § 69: «*there would be no arguable claim under Article 8 if the detriment complained of was negligible in comparison to the environmental hazards inherent to life in every modern city*»; nel caso di specie, a sostegno della violazione, la Corte ha valorizzato anche la circostanza che le emissioni nell'area fossero al 95% riconducibili ad una determinata acciaieria e non all'inquinamento generale (§ 91).

⁴⁹ In questo senso, espressamente, *Lopez Ostra c. Spagna*, cit., § 51; *Fadeyeva c. Russia*, cit., § 78; *Di Sarno e altri c. Italia*, cit., § 108.

il che significa, a conti fatti, che in sua *assenza* l'offesa non può essere automaticamente esclusa⁵⁰; mentre in sua *presenza* essa verrà tendenzialmente affermata⁵¹.

Come vedremo, la linea di demarcazione tra art. 2 e art. 8 appena tracciata entra in crisi nei casi – come quello esaminato dalla sentenza *Cordella* – in cui le evidenze scientifiche disponibili mettono in luce *rischi diffusi* per la salute e la vita delle persone, pur in assenza di nessi di causalità individualmente accertati. Prima di affrontare questo problema, tuttavia, giova soffermare brevemente l'attenzione sulla rilevanza che l'inquadramento di una questione nell'uno o nell'altro articolo riveste per la decisione di un caso.

6.2. La rilevanza dell'opzione a favore dell'art. 2 o dell'art. 8 Cedu.

I riflessi pratici che discendono dall'inquadramento di un caso di inquinamento ambientale nel diritto alla vita o alla vita privata sono essenzialmente di tre ordini.

Mutano, anzitutto, i presupposti dell'agire lecito degli Stati⁵²: più precisamente, i limiti entro i quali gli Stati possono *esercitare* attività rischiose ovvero possono *autorizzarne l'esercizio* da parte di soggetti privati⁵³. La vita umana, infatti, riceve dalla Convenzione una tutela tendenzialmente assoluta⁵⁴: pertanto, gli unici spazi di manovra riconosciuti agli Stati riguardano la scelta delle misure concrete per proteggerla, nel quadro del tradizionale "margine di apprezzamento" che caratterizza l'adempimento

⁵⁰ Cfr. *Tatar c. Romania*, cit., § 106, 107; *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit., § 111; *Di Sarno e altri c. Italia*, cit., § 108.

⁵¹ Cfr. i citati casi *Lopez Ostra c. Spagna*, § 49 (dove la Corte ha valorizzato le consulenze di medici ed esperti relative sia alla generale pericolosità delle emissioni provenienti da un impianto per il trattamento dei rifiuti, sia al possibile nesso causale tra le stesse emissioni ed i problemi di salute della figlia della ricorrente); *Guerra e altri c. Italia*, § 57 (dove la Corte ha posto l'accento sulla natura tossica delle emissioni provenienti da una fabbrica di fertilizzanti, nonché sui correlati rischi di tipo acuto e di lungo periodo per la salute dei ricorrenti); *Brincat e altri c. Malta*, § 84-85 (dove un ruolo centrale è stato giocato dalle patologie non mortali sviluppate dai lavoratori esposti ad amianto); *Jugheli e altri c. Georgia*, § 68-69 (che ha ritenuto rilevanti i rapporti di istituti sanitari pubblici aventi ad oggetto sia i rischi diffusi per la popolazione esposta alle emissioni di una centrale termoelettrica, sia la possibile correlazione causale con le patologie sviluppate da uno dei ricorrenti).

⁵² Si tratta, in ogni caso, di «*obblighi di due diligence e non di risultato*» (PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., 76).

⁵³ Giova a tale riguardo ricordare che le offese alla vita ed alla vita privata possono discendere da condotte materialmente riferibili tanto a soggetti pubblici (come le imprese statali, venute ad es. in rilievo nei citati casi *Brincat e altri c. Malta* e *Kolyadenko e altri c. Russia*), quanto a soggetti privati (come ad es. l'Ilva nel caso *Smaltini c. Italia* e, da ultimo, nel caso *Cordella e altri c. Italia* qui in esame): nella prima ipotesi vengono in rilievo gli obblighi negativi, che implicano un dovere di astensione in capo allo Stato; nella seconda quelli positivi, che si traducono nel dovere dello Stato di proteggere i beni in questione dalle minacce provenienti da soggetti terzi. Per queste nozioni sistematiche, v. ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 131-134.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 2 par. 2, infatti, la vita può essere sacrificata soltanto quando il ricorso alla forza (potenzialmente) letale è "assolutamente necessario" in vista di una delle finalità tassativamente elencate (legittima difesa, arresto, impedimento di un'evasione, repressione di una rivolta).

degli obblighi positivi⁵⁵, margine tanto più ampio quanto più si tratta di questioni tecniche complesse⁵⁶.

La “vita privata”, invece, rientra nel novero di quei diritti fondamentali caratterizzati da maggiore flessibilità⁵⁷. Lo Stato, anzitutto, può limitarne l’esercizio entro i limiti di cui all’art. 8 par. 2, ossia a condizione che l’interferenza sia prevista dalla legge e risulti necessaria e proporzionata a perseguire uno degli interessi ivi indicati (tra i quali figura anche, per quanto in particolare rileva ai nostri fini, il “benessere economico del paese”). In secondo luogo, la portata degli obblighi positivi discendenti dall’art. 8 è a sua volta determinata in funzione di bilanciamenti con altri interessi meritevoli di tutela⁵⁸. Al di là della distinzione di fondo tra obblighi negativi e positivi discendenti dall’art. 8, spesso destinata a sfumare nei casi concreti⁵⁹, il punto è che spetta allo Stato, nell’esercizio del suo margine di apprezzamento, contemperare gli interessi individuali rientranti nella categoria della “vita privata” con i contro-interessi facenti capo alla società nel suo complesso⁶⁰; mentre spetta alla Corte europea stabilire se tale contemperamento risponda ai canoni della ragionevolezza⁶¹. Nella materia che qui ci occupa, pertanto, l’art. 8 lascia agli Stati ampi spazi di manovra ai fini della definizione delle regole di esercizio delle attività inquinanti e dunque di quella che potremmo definire area del “rischio consentito”: un’area tracciata da autorizzazioni, procedure, valori-soglia, ed altri strumenti amministrativi di controllo, nei quali si concretizzano i bilanciamenti tra i molteplici interessi in gioco.

Il secondo riflesso pratico discendente dall’opzione a favore dell’art. 2 ovvero dell’art. 8 Cedu riguarda i c.d. *obblighi di incriminazione*. Come è noto, infatti, dall’art. 2 deriva a carico degli Stati l’obbligo di predisporre un efficace sistema di sanzioni, anche

⁵⁵ Cfr. *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit., § 160.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Si tratta di uno “statuto” che accomuna l’art. 8 Cedu alle libertà di cui ai successivi artt. 9, 10 ed 11 Cedu. Cfr. GALLUCCIO A., *Profili generali sugli art. 8-11*, in Ubertis G., Viganò F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., 255-256.

⁵⁸ Cfr. C. edu, grande camera, 16.7.2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, § 66-67.

⁵⁹ V. ancora *Hämäläinen c. Finlandia*, cit., § 65: «*The principles applicable to assessing a State’s positive and negative obligations under the Convention are similar. Regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, the aims in the second paragraph of Article 8 being of a certain relevance*»; nello stesso senso v. anche C. edu, grande camera, sent. 8.7.2003, *Hatton e altri c. Regno Unito*, § 98, 119 (pronuncia relativa all’inquinamento acustico provocato nelle ore notturne dai voli dell’aeroporto di Heathrow); *Di Sarno e altri c. Italia*, cit., § 105; *Jugheli e altri c. Georgia*, cit., § 64. Parte della dottrina, peraltro, ha puntualmente messo in luce come l’accertamento della violazione degli obblighi positivi, sfuggendo al test di cui all’art. 8 par. 2, si risolva in giudizi di ragionevolezza condotti caso per caso, che non consentono di ricostruire con sufficiente certezza l’estensione della tutela garantita: v. GALLUCCIO A., *Profili generali sugli art. 8-11*, in Ubertis G., Viganò F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 257-261; nonché, da ultimo, HARRIS D., O’BOYLE M., WARBIRCK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, IV ed., 2018, p. 513.

⁶⁰ C. edu, grande camera, 10.4.2007, *Evans c. Regno Unito*, § 77.

⁶¹ Cfr. *Fadeyeva c. Russia*, cit. § 105; *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit., § 141, 142; *Jugheli e altri c. Georgia*, § 78. Per puntuali osservazioni sulle modalità di controllo della Corte, e segnatamente per la distinzione tra il (blando) controllo sui profili sostanziali del bilanciamento e quello (più penetrante) sui suoi profili procedurali, cfr. PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., p. 80-81.

di natura penale, per le aggressioni ingiustificate del diritto alla vita, nonché quello procedurale di condurre indagini idonee ad identificare e sanzionare i responsabili delle violazioni. Tali principi, declinati inizialmente in pronunce relative agli abusi delle autorità di *law enforcement*, hanno trovato successivamente applicazione, ancorché eccezionalmente, anche nei casi di condotte colpose, come quelle che caratterizzano il settore delle attività industriali pericolose⁶². In particolare, a partire dal *leading case Oneryildiz c. Turchia*⁶³, la Corte afferma stabilmente che, ogniqualvolta le condotte (attive o omissive) delle autorità investite della tutela della vita dei consociati si connotino per quella che potremmo definire – con terminologia familiare al penalista italiano – una colpa cosciente e grave⁶⁴, sia necessario avviare indagini che portino alla punizione degli eventuali colpevoli, e ciò al fine di mantenere la fiducia della società nell’ordinamento e garantire al contempo il suo effetto deterrente⁶⁵.

Anche dall’art. 8 possono talvolta discendere obblighi di incriminazione, ma a condizioni particolarmente restrittive, attualmente circoscrivibili ai casi in cui il ricorrente è stato vittima di reati violenti (tipicamente violenza sessuale, violenze domestiche, aggressioni nei confronti di soggetti vulnerabili)⁶⁶, spesso oltretutto inquadrati dalla Corte come violazioni congiunte degli artt. 8 e 3⁶⁷. Negli altri casi in cui è presente la sola offesa della “vita privata”, inclusi quelli di inquinamento ambientale, la Corte reputa sufficiente l’apprestamento di altre misure, quali le sanzioni civili⁶⁸.

Il terzo ed ultimo riflesso pratico concerne il risarcimento del danno non patrimoniale, che intuitivamente è di diverso importo a seconda che ad essere offesi siano beni giuridici quali il “benessere” e la “qualità della vita”⁶⁹ (a ristoro dei quali ad

⁶² Ulteriore casistica finora emersa contempla ipotesi di diniego di cure mediche (C. edu, sent. 27.1.2015, *Asiye Genç c. Turchia*, § 73), esercitazioni militari pericolose per i civili (C. edu, 4.2.2014, sent. *Oruk c. Turchia*, § 50, 65), trasporto di sostanze pericolose (C. edu, sent. 6.6.2017, *Sinim c. Turchia*, § 60-65).

⁶³ V. *supra*, nota n. 29.

⁶⁴ Condizioni cumulative affinché scatti l’obbligo positivo in esame sono infatti l’effettiva conoscenza dei rischi e la particolare gravità della negligenza: cfr. *Oneryildiz c. Turchia*, cit., § 93: «Where it is established that the negligence attributable to State officials or bodies [...] goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity [...], the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative [...]». Nello stesso senso *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit., § 190; nonché C. edu, sent. 20.3.2008, *Budayeva e altri c. Russia*, § 138-145 (relativa ad un disastro idrogeologico, causato da fattori naturali, rispetto al quale le autorità, pur essendo consapevoli del rischio imminente, non avevano adottato sufficienti misure preventive).

⁶⁵ *Oneryildiz c. Turchia*, cit., § 96; *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit., § 192.

⁶⁶ Cfr. C. edu, 26.3.1985, sent. *X. e Y c. Paesi Bassi*, § 23-17; C. edu, sent. 5.3.2009, *Sandra Jankovic c. Croazia*, § 44-58.

⁶⁷ V., *ex multis*, C. edu, sent. 4.12.2003, *M.C. c. Bulgaria*, § 153.

⁶⁸ C. edu, grande camera, sent. 12.11.2013, *Söderman c. Svezia*, § 85.

⁶⁹ Cfr. *Fadjeva c. Russia*, cit. § 138.

avviso della Corte è talvolta sufficiente il mero riconoscimento della violazione⁷⁰), ovvero la vita stessa⁷¹.

L'opzione a favore dell'art. 2 o dell'art. 8 Cedu non incide, invece, sugli elementi del fatto concreto che la Corte prende in considerazione al fine di valutare la legittimità delle condotte degli Stati ed il corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco. Tra gli elementi più frequentemente presi in esame possono qui ricordarsi: la conoscenza, da parte delle autorità nazionali, di eventuali rischi per la salute associati ad una determinata attività⁷²; la conduzione, da parte delle stesse autorità, di sufficienti studi propedeutici alla valutazione del rischio⁷³; l'equità e la trasparenza delle procedure di *decision-making*, nonché il riconoscimento del diritto delle popolazioni a parteciparvi⁷⁴, e di quello correlato ad essere informati sui rischi⁷⁵; la predisposizione di un quadro legislativo e amministrativo idoneo a prevenire i rischi per l'ambiente e la salute umana⁷⁶; il ricollocamento abitativo gratuito degli esposti⁷⁷; il superamento dei valori limite indicati dalla normativa nazionale⁷⁸, ed in tal caso le specifiche contro-misure adottate⁷⁹; gli eventuali ulteriori profili di irregolarità idonei ad aumentare il rischio (mancanza di autorizzazioni, presenza di abitazioni abusive, ecc.)⁸⁰; l'accessibilità e l'effettività dei rimedi giurisdizionali⁸¹.

6.3. Critica alla sentenza Cordella in punto di applicabilità dell'art. 8 Cedu e argomenti a sostegno dell'applicabilità dell'art. 2 Cedu.

Come si ricorderà, nel caso qui in esame la Corte ha inferito l'offesa al "benessere" ed alla "qualità della vita" dei ricorrenti anche e soprattutto dalle indagini epidemiologiche che, nel corso degli anni, hanno evidenziato l'aumento della mortalità e del rischio di sviluppare patologie letali (segnatamente oncologiche) tra gli abitanti di Taranto e dintorni. Ebbene, a fronte di un accertato rischio *di morte*, la scelta della Corte

⁷⁰ Cfr., oltre alla sentenza *Cordella e altri c. Italia* qui in esame, § 187, anche *Di Sarno e altri c. Italia*, cit., § 122.

⁷¹ Cfr. *Oneryildiz c. Turchia*, cit., § 171.

⁷² *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit. § 107; *Fadeyeva c. Russia*, cit., § 85.

⁷³ *Tatar c. Romania*, cit., § 101; *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit., § 143.

⁷⁴ *Giacomelli c. Italia*, cit., § 82, 83; *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit., § 143.

⁷⁵ *Guerra e altri c. Italia*, cit., § 60; *Oneryildiz c. Turchia*, cit., § 90, 108; *Di Sarno e altri c. Italia*, cit., § 107, 113; *Brincat e altri c. Malta*, cit., § 102. Sui doveri degli Stati di informarsi e informare, nell'ambito delle attività produttive pericolose, v. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., 81-82; VOZZA D., *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale*, cit., 50-51.

⁷⁶ *Oneryildiz c. Turchia*, cit., § 89, 90; *Tatar c. Romania*, cit., § 59; *Jugheli e altri c. Georgia*, § 74-75.

⁷⁷ *Lopez Ostra c. Spagna*, cit., § 57; *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit., § 107; *Fadeyeva c. Russia*, cit., § 86.

⁷⁸ Tale elemento è stato talvolta valorizzato dalla Corte a sostegno della sussistenza della violazione (cfr. *Lopez Ostra c. Spagna*, cit., § 49); ma viene dalla stessa Corte espressamente considerato non decisivo per l'esito del giudizio (cfr. *Fadeyeva c. Russia*, cit., § 96-98).

⁷⁹ *Fadeyeva c. Russia*, cit., § 133.

⁸⁰ *Bacila c. Romania*, cit., § 68; *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit., § 161, 170.

⁸¹ *Giacomelli c. Italia*, cit., § 73; *Fadeyeva c. Russia*, cit., § 133.

– peraltro non motivata⁸² – di affrontare le doglianze sotto il solo angolo dell’art. 8 Cedu – anziché, come prospettato nei ricorsi, anche sotto l’angolo dell’art. 2 Cedu – appare in contrasto con quanto appena rilevato in merito alla linea di confine tra le due disposizioni in parola.

Sul punto conviene peraltro aggiungere alcune precisazioni. L’applicabilità dell’articolo 2 ai *non-fatal cases*, coerente con la finalità di *protezione* della vita sottesa a tale disposizione, viene spesso declinata rispetto a casi in cui la vittima ha subito un *danno alla salute* di tale entità da metterne appunto a rischio la vita stessa, come nei casi di ferite da arma da fuoco⁸³ o di gravi patologie non adeguatamente curate⁸⁴. In queste ipotesi, l’offesa al diritto alla vita si materializza attraverso un *evento intermedio*, rappresentato dalle lesioni o dalla malattia, dal quale si inferisce – appunto – il pericolo di morte. Siffatto evento intermedio non sussiste, effettivamente, ogniqualvolta le vittime lamentino – come nel caso di specie⁸⁵ – un mero “danno da esposizione” ad una determinata sostanza tossica, allegando il pericolo di morte sulla scorta delle sole risultanze di indagini epidemiologiche.

A ben vedere, tuttavia, la Corte ha ricondotto all’art. 2 anche casi nei quali, pur in assenza di evento lesivo intermedio, il rischio di morte per il ricorrente era ricavabile da altri univoci indicatori: si pensi all’esclusione da un programma di protezione di testimoni⁸⁶, all’estradizione verso un Paese dove è praticata la pena capitale⁸⁷, o ancora alla fortuita sopravvivenza ad incidenti e disastri naturali, senza riportare alcuna lesione⁸⁸. Alla luce di questa casistica risulta agevole concludere che la manifestazione di un grave danno alla salute *non* è un elemento *costitutivo* del pericolo rilevante *ex art. 2*, bensì un mero elemento *di prova* della tipologia e della serietà del pericolo stesso. Pertanto, in assenza di un processo patologico conclamato, il rischio di morte non potrà essere automaticamente escluso, ben potendo la relativa prova essere raggiunta *aliunde*.

Sul punto – tornando alle questioni specificamente sottese al caso in esame – ci pare che il contenzioso dinanzi alla Corte europea non abbia finora sufficientemente valorizzato, sul piano del contenuto probatorio, la distinzione tra evidenze

⁸² La Corte si è infatti limitata a richiamare, a sostegno dell’inquadramento di tutte le doglianze sotto l’angolo dell’art. 8 Cedu, la propria esclusiva competenza in punto di qualificazione dei fatti (§ 94), in omaggio al principio *jura novit curia*.

⁸³ Cfr. C. edu, grande camera, sent. 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, § 55.

⁸⁴ Cfr. C. edu, sent. 23.3.2010, *Oyal c. Turchia*, § 54-56.

⁸⁵ Nella motivazione della sentenza si accenna al fatto che alcuni dei ricorrenti avessero prodotto documentazione medica attestante lo sviluppo di patologie compatibili con l’esposizione alle emissioni dell’Ilva (cfr. § 99); tuttavia, la Corte esclude il tema della causalità individuale dall’ambito del proprio scrutinio (cfr. i passaggi dove viene sviluppato il *distinguishing* rispetto al caso *Smaltini*: § 162), focalizzando l’attenzione sul rischio diffuso di ammalarsi, descritto anche in termini di aumento della vulnerabilità (§ 105).

⁸⁶ Cfr. C. edu, sent. 4.12.2012, *R.R. e altri c. Ungheria*, § 26-32.

⁸⁷ Cfr. C. edu, sent. 29.10.2015, *A.L. (X.W.) c. Russia*, § 63-66.

⁸⁸ Nel più volte citato caso *Kolyadenko e altri c. Russia*, la Corte ha ritenuto l’art. 2 Cedu non applicabile con riferimento ai ricorrenti che erano lontano da casa al momento dell’inondazione che l’ha colpita; mentre ha ritenuto la stessa disposizione applicabile con riferimento ai ricorrenti che erano in casa, malgrado non avessero riportato lesioni («*the fact that they survived and sustained no injuries has no bearing [...]*» § 155).

epidemiologiche vere e proprie, come quelle venute in rilievo nel caso *Cordella*, e meri studi statistici sull'aumento della mortalità⁸⁹.

Rinviando per ogni dettaglio alla letteratura di settore, agevolmente accessibile anche ai giuristi⁹⁰, in questa sede ci si limita a sottolineare che l'epidemiologia assume il dato statistico sull'aumento dell'incidenza di determinati eventi lesivi non già come punto di arrivo, bensì di partenza⁹¹, nella prospettiva di formulare un'ipotesi causale che successivamente deve essere testata al metro di una serie di criteri scientifici e logici, quali ad esempio l'esclusione dei fattori di confondimento che potrebbero da soli spiegare il fenomeno osservato (sempre a livello di popolazione)⁹². Ogniquale volta tali accertamenti diano risultati positivi, dimostrando cioè che l'aumento del rischio di ammalarsi è conseguenza di una determinata esposizione, si avrà a disposizione un dato scientifico (c.d. rischio relativo) spalmabile sull'intera popolazione degli esposti: *tutti e ciascuno*, infatti, vedranno aumentato il rischio di ammalarsi⁹³. Ergo, laddove tale rischio abbia ad oggetto patologie potenzialmente *letali* – come appunto nel caso *Cordella* – non dovrebbe esservi nessun ostacolo a ritenere applicabile l'art. 2 Cedu.

Tali considerazioni paiono sufficienti a giustificare una presa di distanze dall'opzione compiuta dalla Corte, nella sentenza in esame, a favore dell'inquadramento delle doglianze nel solo art. 8 Cedu. Ricapitolando: *i*) la circostanza che i ricorrenti non avessero ancora sviluppato patologie potenzialmente letali (quanto meno non tutti)⁹⁴ non ostava all'applicabilità dell'art. 2 Cedu, laddove il pericolo di morte fosse stato dimostrabile *aliunde*; *ii*) tale dimostrazione era in effetti fornita dagli studi epidemiologici, giudicati attendibili dalla stessa Corte, che evidenziano l'aumento di sviluppare patologie *mortali* nell'area interessata dalle emissioni dell'Ilva. Senza contare che, anche dal punto di vista meramente semantico, la descrizione dell'offesa subita dai ricorrenti in termini di compromissione del loro "benessere" e della loro "qualità della vita" appare del tutto incapace di fotografare il disvalore insito nel rischio di contrarre

⁸⁹ Questa tipologia di dati è venuta in rilievo, ad es., nel più volte citato caso *Fadeyeva c. Russia*, dove il Governo da un lato ammetteva che vi fosse un aumento dell'incidenza di determinate patologie nelle aree circostanti lo stabilimento produttivo inquinante (§ 85); dall'altro lato obiettava che la ricorrente non si fosse avvalsa, nei procedimenti interni, di tutti gli strumenti che la legislazione russa le metteva a disposizione, e segnatamente della possibilità di commissionare uno studio epidemiologico *ad hoc* sulla zona interessata (§ 76).

⁹⁰ In particolare attraverso strumenti pensati ad uso processuale: cfr. GREEN M.D., FREEDMAN D.M., GORDIS L., *Reference Guide on Epidemiology*, in AA.VV., *Reference Manual on Scientific Evidence*, III ed., The National Academies Press, 2011.

⁹¹ cfr. GREEN M.D., FREEDMAN D.M., GORDIS L., *Reference Guide on Epidemiology*, cit., p. 566: «An association between exposure to an agent and disease exists when they occur together more frequently than one would expect by chance. Although a causal relationship is one possible explanation for an observed association between an exposure and a disease, an association does not necessarily mean that there is a cause-effect relationship».

⁹² Per una disamina completa di tali criteri, si rinvia a GREEN M.D., FREEDMAN D.M., GORDIS L., *Reference Guide on Epidemiology*, cit., p. 572-600.

⁹³ Cfr. GREEN M.D., FREEDMAN D.M., GORDIS L., *Reference Guide on Epidemiology*, cit., p. 567: «If the relative risk is greater than 1.0, the risk in exposed individuals is greater than the risk in unexposed individuals. There is a positive association between exposure to the agent and the disease, which could be causal».

⁹⁴ Come già a più riprese sottolineato, nella motivazione della sentenza si accenna al fatto che alcuni dei ricorrenti avessero prodotto certificati medici (cfr. § 99).

patologie oncologiche (rischio che la stessa Corte, giova ricordarlo ancora una volta, ha ritenuto sufficientemente dimostrato dagli studi scientifici disponibili).

Ovviamente l'opzione a favore dell'applicabilità dell'art. 2 avrebbe avuto significative ricadute pratiche, in linea con quanto già sopra evidenziato (v. *supra*, par. n. 6.2). Le condotte poste in essere dal Governo italiano – che la sentenza *Cordella* ha giudicato inidonee a stabilire un giusto equilibrio tra il diritto alla vita privata dei singoli e l'interesse della società all'esercizio dell'attività produttiva – sarebbero state infatti *a fortiori* ritenute lesive del diritto alla vita, in ragione del mancato apprestamento di contromisure idonee a fronteggiare il rischio di morte accertato dalle evidenze epidemiologiche. Di conseguenza, sul fronte delle misure generali di attuazione della condanna, l'Italia non sarebbe stata chiamata ad emanare una disciplina capace di individuare un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, bensì ad apprestare tutte le misure capaci di ridurre i rischi per la vita ad un livello vicino allo zero, con un margine di apprezzamento limitato alla scelta delle misure concrete da adottare per raggiungere tale scopo. Ancora, la Corte avrebbe potuto affermare la sussistenza dell'obbligo di perseguire penalmente le condotte caratterizzate da colpa grave e cosciente, interrogandosi di riflesso sulla legittimità delle cause di esclusione della punibilità previste dalla normativa "salva-Ilva"⁹⁵. Infine, l'esito della procedura sarebbe stato verosimilmente diverso anche per quanto riguarda le statuizioni *ex art. 41 Cedu*, che si sarebbero potute tradurre nella condanna dello Stato al risarcimento del danno non patrimoniale patito dai singoli ricorrenti.

7. Verso un autonomo diritto ad un ambiente sano?

Anche laddove i confini applicativi degli articoli 2 e 8 Cedu – *rectius*, delle rispettive dimensioni "ecologiche" – venissero correttamente (ri)definiti, permarrrebbe l'impressione di fondo che, allo stato attuale, gli strumenti di tutela apprestati dalla Convenzione rispetto ai rischi per l'uomo derivanti dal degrado ambientale non siano completamente soddisfacenti⁹⁶.

A margine della casistica esaminata, infatti, si staglia una materia dai contorni autonomi, attraversata da bilanciamenti di interessi inevitabilmente incidenti (anche) sulla salute umana, dove rischi, economia ed utilità sociale devono essere contemperati alla luce sia dei dati scientifici, che dei bisogni espressi dalle comunità territoriali e nazionali, nell'ambito di processi decisionali complessi.

⁹⁵ Si tratta dell'art. 2, comma 2 del d.l. n. 1 del 2015 (conv. con modif. in legge n. 20 del 2015 e ss. modif.), che come visto prevede un'esimente per le condotte attuative del piano di risanamento ambientale e sanitario di Ilva, a vantaggio dell'amministratore straordinario, dell'acquirente e dei loro delegati. Per la natura giuridica di tale disposizione, sia consentito rinviare a ZIRULIA S., [Alla Corte Costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. "salva-Ilva"](#), in questa *Rivista*, 14 febbraio 2019.

⁹⁶ Sulla diversa prospettiva dell'insufficienza della tutela apprestata all'ambiente in via indiretta (ossia attraverso la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo), v. PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., 123.

Tale complessità è già di per sé indicativa dell'insufficienza di risposte – come quelle che attualmente la Convenzione è in grado di offrire – polarizzate tra il diritto alla vita, che tutela in maniera tendenzialmente assoluta un bene giuridico ben identificato; e quello alla vita privata, che offre una tutela flessibile ad un ventaglio eterogeneo di beni e interessi dai contorni imprecisi (quali il “benessere” ed alla “qualità della vita” collegati alla salubrità dell'ambiente), concedendo agli Stati un ampio margine di apprezzamento nell'individuazione dei limiti al loro godimento, ed alla Corte stessa un sindacato dai risultati applicativi strutturalmente imprevedibili⁹⁷.

Il caso *Cordella* consente di toccare con mano il problema: a fronte dell'inadeguata gestione nazionale di una situazione estremamente complessa – accertato aumento del rischio oncologico quale effetto dell'esercizio di uno stabilimento produttivo di importanza cruciale per l'economia e l'occupazione – gli unici due sbocchi possibili al metro della normativa Cedu erano l'accertamento della violazione del diritto alla vita, il cui unico rimedio sarebbe verosimilmente consistito nel blocco immediato della produzione; oppure – come in effetti accaduto – l'accertamento della violazione del diritto alla vita privata, con inevitabile svilimento di un grave problema sanitario (ridotto ad una questione di “benessere” e “qualità della vita”) e soprattutto con conseguente affidamento allo Stato (ancorché sotto la supervisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa) di ogni valutazione in merito alla ridefinizione dell'equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Ferma dunque restando l'importanza, a nostro avviso, delle statuizioni della Corte (come già evidenziato in precedenza: v. *supra*, par. 4), resta la convinzione che la problematica ambientale, o meglio la tutela dei diritti fondamentali minacciati dai rischi ambientali, meriti oggi un presidio più evoluto, svincolato dai diritti di prima generazione, e soprattutto capace di definire con un grado maggiore di certezza i contorni degli interessi tutelati e le condizioni di legittimità dell'agire statale.

Ci si potrebbe allora chiedere – alla luce del proliferare delle sentenze della Corte edu in materia ambientale, insieme alle segnalate insufficienze della tutela offerta dalla dimensione ecologica dei diritti esistenti – se i tempi siano maturi per riaprire il dibattito sull'opportunità di introdurre un autonomo “diritto all'ambiente sano”⁹⁸, dando vita a

⁹⁷ Sulla strutturale vaghezza dell'art. 8 Cedu, v. HARRIS D., O'BOYLE M., WARBIRCK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, IV ed., 2018, p. 501 e *ivi* per ulteriori riferimenti. Sull'imprevedibilità dei risultati applicativi derivanti dal riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento agli Stati, v. ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 51-52. Analoghi problemi di incertezza discendono dal criterio della “soglia minima di gravità” ex art. 8 Cedu, come rileva PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., 74-74.

⁹⁸ I contenuti di tale diritto, nonché a monte l'opportunità e l'efficacia dell'inquadramento del bene giuridico “ambiente” nella categoria dei diritti individuali, sono oggetto di annoso dibattito nella dottrina internazionalistica: sul punto, con ampi riferimenti, FITZMAURICE M., MARSHALL J., *The Human Right to a Clean Environment - Phantom or Reality? The European Court of Human Rights and the English Courts Perspective on Balancing Rights in Environmental Case*, in *Nordic Journal of International Law*, 2007, p. 103-151; RUOZZI E., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 12-17; PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., p. 53-67. Nel quadro del Consiglio d'Europa sono state formulate alcune proposte ufficiali volte a introdurre il “right to a healthy environment” in un autonomo protocollo addizionale alla Convenzione, le quali tuttavia non hanno finora prodotto risultati: per un quadro d'insieme,

quella che, in fin dei conti, era un'aspirazione emersa sin dalla genesi del diritto internazionale dell'ambiente, con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972⁹⁹, e che finora è stata recepita soltanto da alcuni isolati strumenti regionali¹⁰⁰. In questa prospettiva, la soluzione verso la quale orientare le future riflessioni potrebbe dunque essere quella di un intervento *de jure condendo* in seno al Consiglio d'Europa, finalizzato a riconoscere un diritto dai contorni autonomi, attraverso il quale gli individui possano azionare le proprie aspettative di "sicurezza ambientale", senza che questo precluda agli Stati un certo margine di apprezzamento nelle valutazioni costi-benefici e nei contemperamenti che per definizione non possono accontentare tutti.

Una disposizione di questo genere dovrebbe presentare una classica struttura bipartita, che nel primo paragrafo consacri il diritto sostanziale e nel secondo indichi le condizioni ed i limiti di una sua legittima compressione. Questi ultimi potrebbero essere

v. RUOZZI E., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 39-50. Tra i favorevoli al riconoscimento di un autonomo diritto all'ambiente sano, v. BOYLE A., *Human Rights and the Environment: Where Next?*, in *European Journal of International Law*, Vol. 23, no. 3, 2012, p. 626-633; RUOZZI E., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 264; *contra*, FRANCONI F., *International Human Rights in a Environmental Horizon*, in *The European Journal of International Law*, vol. 21, n. 1, 2010, p. 54.

⁹⁹ L'inizio del moderno diritto internazionale dell'ambiente viene tradizionalmente fatto coincidere con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, adottata all'esito della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano (cfr. SANDS P.H., *The evolution of international environmental law*, in Bodansky D., Brunnée, Hey H., *International Environmental Law*, Oxford, 2007, p. 33-34), in un periodo storico contrassegnato dalla crescita dei movimenti ecologisti a livello globale (cfr. SINIBALDI M., voce [Ecologisti, Movimenti](#), Enciclopedia Italiana Treccani, V appendice, 1992). Sebbene la Dichiarazione sembrasse inizialmente porre le premesse per il riconoscimento di un autonomo diritto individuale ad un ambiente sano (cfr. il Principio 1: "*Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations*"), negli anni successivi, anche in ragione delle difficoltà di definire il contenuto sostanziale di una simile posizione soggettiva, l'attenzione si è focalizzata soprattutto sulla promozione di diritti procedurali individuali funzionali alla protezione (in via incidentale) dell'ambiente: segnatamente, i diritti di informazione, partecipazione ed accesso alla giustizia, secondo la tripartizione accolta nella Convenzione sull'accesso all'informazione, la partecipazione del pubblico e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Convenzione di Aarhus), firmata nel 1998 e entrata in vigore il 30 ottobre 2010. Per un'ampia ricostruzione, v. per tutti PITEA C., *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., p. 53-60, 152-163. Per quanto riguarda le rilevanti fonti di diritto dell'Unione europea, finora il diritto derivato ha per lo più implementato i diritti procedurali riconosciuti nella Convenzione di Aarhus, di cui l'UE è parte (v. il documento [The EU & the Aarhus Convention: in the EU Member States, in the Community Institutions and Bodies](#), in [www.ec.europa.eu](#), sezione *Environment*); quanto alla Carta dei diritti fondamentali, essa si limita ribadire un principio programmatico già racchiuso nei trattati, ossia la necessità di integrare nelle politiche dell'Unione "un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità", conformemente al "principio dello sviluppo sostenibile" (art. 37). Sulla rilevanza di tali principi e la loro giustiziabilità, cfr. DE SADELEER N., *Enforcing ECHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, cit., p. 42-49.

¹⁰⁰ Si possono ricordare l'art. 11 del Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani nel campo dei diritti economici, sociali e culturali (Protocollo di San Salvador); l'art. 24 della Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; l'art. 38 della Carta Araba sui diritti umani. Per un quadro delle diverse formulazioni che il diritto in questione assume all'interno dei menzionati strumenti, nonché della (limitata) casistica dinanzi alle rispettive Corti sovranazionali, v. SHELTON D., *Developing Substantive Environmental Rights*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 1, n. 1, 2010, p. 89; PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., p. 61-67; DI STEFANO C., *La questione della giustiziabilità di un diritto all'ambiente sano: dall'esperienza africana due casi a confronto*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 395 ss.



3/2019

attinti sia dalla giurisprudenza della Corte edu, maturata come visto nel quadro degli artt. 2 ed 8; sia dagli strumenti di diritto internazionale che già riconoscono il diritto sostanziale ad un ambiente sano o che prevedono diritti procedurali in funzione di promozione della salubrità dell'ambiente¹⁰¹. Si tratterebbe, dunque, di sottoporre a revisione critica e quindi positivizzare una serie di requisiti già emersi in diverse sedi e che tuttavia attualmente non hanno ancora trovato una sistematizzazione compiuta in un unico strumento di tutela dei diritti fondamentali; requisiti attinenti sia all'individuazione degli interessi individuali tutelati (vita, salute, benessere), sia alle linee fondamentali delle azioni che lo Stato è chiamato a compiere quando ne contempera il godimento con contro-interessi generali quali l'economia, i livelli occupazionali ed altre utilità sociali¹⁰². Sul fronte sanzionatorio, inoltre, si tratterebbe di valorizzare quella equilibrata combinazione di rimedi di natura civile, amministrativa e penale che da anni la dottrina propone (con l'etichetta di «*toolbox approach*») allo scopo di aumentare le *performances* preventive e repressive delle agenzie di *law enforcement* in tutta Europa¹⁰³.

Teorizzare compiutamente un "diritto all'ambiente salubre", rimasto finora a mezza via tra due disposizioni che evidentemente non sono nate per ospitarlo, potrebbe rappresentare una strada per arricchire la Convenzione con un'anima ecologica, in linea con i [Sustainable Development Goals](#) definiti dall'ONU, attraverso il conferimento di una posizione di vantaggio individuale *ad hoc* più chiara e definita, e quindi anche in ultima analisi più efficace.

8. Conclusioni.

In anni recenti, parlare del "caso Ilva" ha significato evocare le vicende connesse al noto maxi-processo penale per reati contro l'ambiente e l'incolumità pubblica incardinato dinanzi alla Corte d'assise di Taranto; un processo che si colloca all'interno di un più ampio panorama repressivo, nel quale, come già ricordato¹⁰⁴, la sanzione penale rappresenta la principale reazione dell'ordinamento alle offese arrecate alla vita ed alla salute da attività di impresa pericolose. In questo quadro, come pure abbiamo sottolineato¹⁰⁵, alla sentenza *Cordella* deve essere riconosciuto il merito di avere acceso i

¹⁰¹ Sulle contaminazioni che già caratterizzano la giurisprudenza "ecologica" della Corte europea e gli strumenti di diritto internazionale in materia ambientale, v. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., p. 83-85; RUOZZI E., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 247-253. V. anche la sentenza *Di Sarno e altri c. Italia*, cit., che richiama espressamente gli obblighi di informazione di cui la Convenzione di Aarhus (§ 107).

¹⁰² Sull'insufficienza della prospettiva meramente procedurale del diritto ad un ambiente sano, v. SHELTON D., *Developing Substantive Environmental Rights*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, p. 91.

¹⁰³ Cfr. FAURE M., *Limits and challenges of criminal justice systems in addressing environmental crimes*, in De La Cuesta J.L., Quackelbeen L., Persak N., Vermeulen G. (eds.), *Protection of the Environment through Criminal Law*, in *International Review of Penal Law*, vol. 87, n. 1/2016, p. 19-22.

¹⁰⁴ V. *supra*, par. n. 4.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

riflettori sulle responsabilità ascrivibili, a monte, *allo Stato*, colpevole nel caso di specie di avere introdotto una normativa ispirata ad un irragionevole calcolo costi-benefici.

Particolarmente apprezzabile, inoltre, è parso lo sforzo compiuto dalla Corte di valorizzare il sapere offerto dagli studi epidemiologici effettuati nell'area tarantina per giungere alla conclusione secondo cui tutti gli abitanti, inclusi i ricorrenti, hanno visto aumentare il rischio di ammalarsi, e dunque la propria "vulnerabilità", con conseguente significativo pregiudizio per il proprio "benessere" e la propria "qualità della vita". Meno convincente è parsa invece la scelta di inquadrare il rischio per la vita degli esposti all'interno dell'articolo 8 Cedu, anziché dell'art. 2 Cedu, soluzione quest'ultima che sarebbe risultata – secondo la ricostruzione qui offerta – maggiormente in linea con la giurisprudenza della stessa Corte sui confini tra le due disposizioni, oltre che evidentemente foriera di una tutela più incisiva (ad esempio, ma non solo, sul piano risarcitorio)¹⁰⁶.

Più in generale, si è cercato di dimostrare come le dimensioni "ecologiche" dei diritti fondamentali di prima generazione, polarizzate tra l'assolutezza dell'art. 2 e la flessibilità dell'art. 8, non appaiano da sole sufficienti ad ottenere il risultato di far convivere un elevato livello di tutela della salute umana, con ragionevoli e controllabili margini di contemperamento tra costi e benefici di attività pericolose. Ecco allora che, a venticinque anni di distanza dalla prima pronuncia della Corte che ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 Cedu in un caso di inquinamento ambientale¹⁰⁷, un nuovo e più ambizioso obiettivo, *de jure condendo*, potrebbe essere quello di introdurre un autonomo diritto ad un ambiente sano, la cui giustiziabilità consenta, al contempo, di prevenire il ripetersi delle tragedie del passato (si pensi, ancora una volta, agli effetti devastanti prodotti dall'utilizzo dell'amianto nel secolo scorso) e di riportare le persone al centro delle grandi sfide del presente (si pensi ai danni alla salute causati dalle polveri sottili, che cagionano migliaia di morti accertate ogni anno)¹⁰⁸.

Se da un lato non vi è dubbio che le autorità nazionali e locali si trovino in una migliore posizione, rispetto ad una Corte sovranazionale, per effettuare i complessi bilanciamenti tra interessi individuali e sociali che attraversano questa materia, dall'altro è altrettanto innegabile che il problema della tutela delle risorse naturali, anche in prospettiva antropocentrica, presenta dimensioni strutturalmente transnazionali¹⁰⁹. Ad

¹⁰⁶ V. *supra*, par. n. 6.

¹⁰⁷ Si tratta della più volte citata sentenza *Lopez Ostra c. Spagna*: v. *supra*, nota n. 22.

¹⁰⁸ Cfr. i rapporti annuali "Air quality in Europe", a cura della *European Environmental Agency*, disponibili sulla [pagina delle Pubblicazioni dell'EEA](#). Secondo il [rapporto del 2018](#), le morti premature attribuibili alle polveri sottili (PM_{2.5}) ammontano, per l'anno 2015, a 391.000 (p. 63). Sulla questione la Corte edu è intervenuta, a quanto ci risulta, soltanto nel già citato caso C. edu, 12.5.2009, dec. *Greenpeace e.v. e altri c. Germania*, che ha ritenuto la materia astrattamente riconducibile all'art. 8, fermo restando l'ampio margine di apprezzamento degli Stati nel bilanciamento tra gli interessi in gioco. Per approfondimenti sul tema, nella prospettiva penalistica del "rischio consentito", sia concesso rinviare a ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, 422-432.

¹⁰⁹ Cfr. SPAPENS T., HUISMAN W., *Tackling Cross-border Environmental Crime. A "Wicked Problem"*, in SPAPENS T., WHITE R., HUISMAN W. (a cura di), *Environmental Crime in Transnational Context*, Routledge, 2016, p. 27-29.



3/2019

oggi, tuttavia, le grandi conferenze mondiali sull'ambiente non hanno saputo offrire risposte davvero capaci di imprimere la svolta necessaria a fronteggiare questioni quali, ad esempio, i cambiamenti climatici, l'inquinamento atmosferico nelle città, il trattamento dei rifiuti¹¹⁰. Se muoviamo dal presupposto che la posta in gioco di uno sviluppo autenticamente sostenibile è rappresentata dalle condizioni essenziali dell'esistenza umana, allora forse la tutela dei diritti fondamentali strettamente inerenti alla salubrità dell'ambiente potrebbe davvero costituire una prospettiva di cambiamento, quanto meno come limite di quella discrezionalità politica che finora ha certamente dimostrato, per un usare un eufemismo, scarsa lungimiranza.

¹¹⁰ Cfr. ORR D.W., *Dangerous Years: Climate Change, the Long Emergency and the Way Forward*, Yale University Press, 2017.



3/2019

DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ, DIRITTI FONDAMENTALI E POTERE DI DISAPPLICAZIONE DEL GIUDICE COMUNE

di Giuditta Marra e Massimiliano Viola

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La doppia pregiudizialità e la sentenza della Corte costituzionale del 14 dicembre 2017, n. 269. – 3. La disapplicazione. – 4. La disapplicazione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 5. Conclusioni: una possibile soluzione alla domanda posta dalla Cassazione.

1. Premessa.

Con l'ordinanza interlocutoria del [16 febbraio 2018, n. 3831](#), la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'articolo 187-*quinquiesdecies* e all'articolo 187-*sexies* del decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di seguito "T.U.F."), entrambi nel testo introdotto dall'articolo 9, comma 2, lett. *b*) della legge del 18 aprile 2005, n. 62.

Nel caso affrontato dalla Corte rimettente, la Consob aveva irrogato una pluralità di sanzioni, ai sensi del T.U.F., nei confronti del socio e consigliere di amministrazione di una società. In particolare: una sanzione pecuniaria in relazione all'illecito di abuso di informazioni privilegiate (*insider trading*) di cui all'articolo 187-*bis*, comma 1, lett. *a*) del T.U.F., per l'acquisto di azioni effettuate sulla base del possesso di informazioni privilegiate relative al lancio di un'offerta pubblica di acquisto per *delisting* sulla società, da lui stesso promossa; una sanzione pecuniaria in relazione all'articolo 187-*quinquiesdecies* del T.U.F., per la condotta dilatoria del ricorrente in riferimento alla richiesta di audizione avanzata dall'Autorità; infine, la confisca per equivalente, *ex* articolo 187-*sexies* del T.U.F..

Come anticipato, oggetto dell'ordinanza interlocutoria sono unicamente le ultime due sanzioni.

Quanto alla prima, la Consob aveva infatti disposto un'ingente sanzione pecuniaria per l'illecito di mancata cooperazione, a causa del comportamento tenuto dal socio, il quale, dopo aver più volte rinviato la data dell'audizione cui era stato convocato in qualità di persona informata dei fatti, si era poi rifiutato di rispondere alle domande a lui rivolte.

Sotto tale profilo, la Corte di cassazione ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187-*quinquiesdecies* nella parte in cui sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni



3/2019

anche nei confronti di colui al quale la medesima Autorità, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate. La questione è stata sollevata in relazione agli articoli 24, 111 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito, "CEDU"), in relazione all'articolo 117 Cost., con riferimento all'articolo 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, e in relazione agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, "CDFUE", "Carta di Nizza" o "Carta dei diritti UE").

Quanto alla seconda, il giudice *a quo* ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187-*sexies*, in relazione agli articoli 3 (con riguardo all'irragionevolezza della misura della confisca), 42 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 1 Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché in relazione agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento agli articoli 17 e 49 CDFUE, nella parte in cui l'articolo assoggetta alla confisca per equivalente (in denaro, altri beni o utilità) non soltanto il profitto dell'illecito, ma l'intero suo prodotto, vale a dire l'equivalente della somma del profitto e dei mezzi impiegati per realizzare l'illecito.

A tal proposito, si precisa che con l'entrata in vigore dell'articolo 4, comma 14, del decreto legislativo del 10 agosto 2018, n. 107, è stato modificato il disposto dell'art. 187-*sexies*, così sottraendosi alla confisca i beni utilizzati per commettere l'illecito. Sotto tale profilo, la Corte costituzionale dovrà, pertanto, valutare l'opportunità di restituire gli atti alla Corte di cassazione per una nuova valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione sollevata.

In ogni caso, con riferimento a entrambe le disposizioni, il giudice rimettente ha ravvisato un'ipotesi di doppia pregiudizialità, individuando alcuni quesiti che, a suo giudizio, dovrebbero essere rimessi alla Corte di giustizia per valutare la compatibilità delle norme sospettate con quanto prescritto dalla CDFUE, investendo tuttavia dapprima la Corte costituzionale della questione di legittimità alla luce della sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269.

2. La doppia pregiudizialità e la sentenza della Corte costituzionale del 14 dicembre 2017, n. 269.

La doppia pregiudizialità si ha quando una norma interna, che il giudice comune è chiamato ad applicare per la risoluzione di una controversia, è allo stesso tempo in potenziale contrasto con il diritto europeo e con la Costituzione. Tale problematica si pone con maggiore intensità quando si lamenta la lesione di diritti aventi fondamento nella Carta costituzionale e, al contempo, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

A dirimere il conflitto sono competenti, da un lato, la Corte di giustizia, dall'altro la Corte costituzionale. Ebbene: il problema riguarda anzitutto l'ordine di intervento delle Corti e il presupposto onere in capo al giudice comune di adirle, nel caso in cui non sia possibile sciogliere il dubbio in via interpretativa.

Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale aveva da tempo risolto la questione imponendo al giudice comune di risolvere il dubbio di compatibilità comunitaria prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, pena l'inammissibilità di quest'ultima¹. Secondo tale orientamento, la norma interna incompatibile con il diritto europeo sarebbe per ciò stesso inapplicabile nel giudizio principale, rendendo superfluo l'intervento della Consulta.

Sul punto, è intervenuta di recente la Corte costituzionale la quale, con la sentenza del 4 dicembre 2017, n. 269, ha statuito che *“laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE”*. Il diritto europeo, infatti, non osta *“al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione”*².

La pronuncia della Consulta ha suscitato perplessità in dottrina, non risultando del tutto chiaro se, in tema di tutela dei diritti fondamentali, sia stato modificato l'ordine di intervento delle Corti.

A tal proposito, si distinguono tre possibili orientamenti.

Alcuni autori, pur implicitamente riconoscendo una presa di posizione da parte del Giudice delle leggi nell'aver indicato la previa proposizione della questione di legittimità costituzionale, considerano il passaggio non strettamente vincolante per il giudice comune, in quanto *obiter dictum*³.

Altri ritengono che la Corte abbia riconfermato la sua giurisprudenza precedente in materia, ribadendo la possibilità per il giudice comune di adire in prima battuta la Corte di giustizia⁴.

¹ *Ex multis*, Corte costituzionale, 23 aprile 1987, n. 152; Id., 29 dicembre 1995, n. 536; Id., 21 marzo 2002, n. 85; Id., 13 luglio 2007, n. 284.

² Così, Corte di giustizia, sez. V, 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B e Altri*, in *Racc.* p. 2195. Nello stesso senso Corte di giustizia, grande sezione, 22 giugno 2010, C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*, in *Racc.* p. 319.

³ Tra gli altri, L.S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 16, 2018, p. 1 ss.; M.C. UBIALI, [Sui meccanismi di composizione dei contrasti tra diritto interno e diritto dell'UE: nuovo fermento nella giurisprudenza \(per ora extrapenale\) a seguito di Corte cost. n. 269/2017](#), in questa *Rivista*, fasc. 6/2018, p. 295 ss.

⁴ In tal senso, C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 2/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, Fasc. II, 2018, p. 377 e ss.; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del*

Infine, vi è chi reputa la sentenza come la più rilevante novità nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario, avendo la Corte invertito l'ordine fra pregiudiziale europea e questione di legittimità costituzionale nel caso in cui il giudice comune lamenti una violazione dei diritti fondamentali⁵.

Anche la giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza n. 269 del 2017 ha sposato tre differenti soluzioni.

Da un lato, vi sono pronunce che non hanno ritenuto vincolante quanto statuito dalla Corte costituzionale e, in ipotesi di doppia pregiudizialità, ha optato per il previo rinvio ex articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, "TFUE"). Più precisamente, la Cassazione (Sez. Lavoro) ha chiarito che "circa le "indicazioni" rivolte al Giudice ordinario dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 269/2017 [...] le stesse sono espresse in un "obiter" non vincolante per il Giudice comune essendo contenute in una decisione di inammissibilità per un profilo e di rigetto per il resto ed in ogni caso che la Corte delle leggi italiane anche nelle ipotesi in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza sovranazionale, allorché si tratti di questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ha fatto salvo il potere del Giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE"⁶.

Dall'altro lato, come esposto in premessa, il Giudice di legittimità ha ritenuto di risolvere la segnalata doppia pregiudizialità "privilegiando in prima battuta l'incidente di costituzionalità – secondo le indicazioni offerte da C. cost. 269/2017 – e di sottoporre al vaglio della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187 sexies T.U.F. – nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo (ossia l'intero prodotto dell'illecito) – anche con riferimento agli articoli 11 e 117 Cost., in relazione agli articoli 17 e 49 CDFUE" e "dell'articolo 187 quinquiesdecis T.U.F. – nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate – con riferimento agli articoli 11 e 117 Cost., in relazione all'articolo 47 CDFUE"⁷.

sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017, in *Rivista di diritti comparati*, Fasc. n. 3, 2017, p. 1 ss.

⁵ Sul punto, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, Fasc. 1, 2018, p. 149 ss.; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Quaderni costituzionali*, p. 1 ss.; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, p. 1 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, Fasc. n. 1, 2018, p. 194 ss.; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. n. 2, 2018, p. 1 ss.

⁶ Cassazione, sez. Lavoro, 30 maggio 2018, n. 13678.

⁷ Cassazione civile, sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831.

Infine, vi sono pronunce che, pur tenendo conto delle indicazioni della Corte costituzionale, hanno proceduto comunque alla diretta disapplicazione della norma in contrasto sia con il diritto europeo, sia con la Costituzione, sul presupposto della diretta efficacia già riconosciuta dalla Corte di giustizia alla disposizione rilevante nella fattispecie. In particolare, non si è ritenuto *“opportuno [...] seguire l’impostazione di cui alla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzione (e quindi sollevare incidente di costituzionalità sul punto) in quanto in primo luogo la Corte ha già seguito la strada del rinvio pregiudiziale per valutare la compatibilità della normativa interna con il diritto dell’Unione cui la Corte di giustizia ha dato una univoca risposta positiva cui si tratta di dare effettività nel rispetto del principio costituzionale (e sovranazionale) del giusto processo, cui è demandato il giudice di merito”*⁸.

Questa evidente incertezza, ha spinto la Corte di cassazione, con l’ordinanza interlocutoria del 16 febbraio 2018, n. 3831 sopra descritta, a richiedere chiarimenti alla Corte costituzionale *“sull’ambito dei profili in relazione ai quali il giudice comune – e, segnatamente, il giudice di ultima istanza – mantenga il potere (se del caso, previo rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ove tale rinvio non fosse già stato azionato dalla stessa Corte costituzionale) di non applicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche, eventualmente, sotto il profilo della conformità alla CDFUE quale norma interposta rispetto agli articoli 11 e 117 Cost.)”*⁹.

Di recente, si noti che la Consulta ha confermato l’orientamento espresso nella pronuncia del 2017, sopra richiamata, con la sentenza del 21 febbraio 2019, n. 20, ribadendo che *“i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto «parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»”. Inoltre, a giudizio della Corte, “fermi restando i principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione europea, occorre considerare la peculiarità delle situazioni nelle quali, in un ambito di rilevanza comunitaria, una legge che incide su diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE”. In tali casi, “fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea [...] – va preservata l’opportunità di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”.*

Si evidenzia un’unica peculiarità: quest’ultima pronuncia non riporta l’espressione *“per altri profili”* quanto al potere di disapplicazione del giudice *post* rimessione alla Corte costituzionale, contenuto nella sentenza n. 269 del 2017. Ciò sembrerebbe confermare la giurisprudenza europea sulla sussistenza di un autonomo potere di rinvio da parte del giudice comune, nonostante l’intervento della Corte costituzionale.

⁸ Cassazione civile, sez. Lavoro, 17 maggio 2018, n. 12108.

⁹ Cassazione civile, sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831.

Da quanto detto, emerge con sufficiente chiarezza che a destare maggiori perplessità è soprattutto il potere di disapplicazione della legge da parte del giudice comune, dalla cui corretta inquadratura può dipendere la questione della doppia pregiudizialità.

A suggerire questo approccio, d'altronde, sembrerebbe essere proprio la pronuncia della Corte costituzionale, laddove parrebbe imporre al giudice comune il dovere di sollevare (“[...] *debba essere sollevata*”) questione di legittimità costituzionale quando la legge interna appaia in contrasto tanto con la Costituzione, quanto con la Carta di Nizza.

3. La disapplicazione.

Giova, a questo punto, esaminare il potere di disapplicazione, ponendo in risalto le criticità a esso sottese.

In via generale, l'istituto della disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza ed efficacia delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse. Pertanto, essa non è causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto, rendendole semplicemente improduttive di effetti limitatamente al caso di specie¹⁰.

Esistono varie ipotesi di disapplicazione¹¹.

Sul piano del diritto positivo, la fattispecie (del tutto singolare)¹² più nota è la disapplicazione dell'atto illegittimo da parte del giudice ordinario, *ex* articolo 5 L. 20 marzo 1865, n. 2248 (c.d. Legge abolitrice del contenzioso, L.A.C.)¹³. Si noti che tale caso riguarda un atto *amministrativo* (che può, solo in ipotesi, presentare carattere normativo)

¹⁰ Sul punto, v. Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389. Per una definizione dell'istituto, v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed. a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, Padova, 1991, p. 299, secondo il quale la disapplicazione è il “potere di non applicare ad una singola fattispecie un determinato atto che resta peraltro valido ed efficace per altre fattispecie o ad altri effetti. Ciò accade laddove l'ordinamento giuridico stesso limiti le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto inibendogli l'annullamento del medesimo e consentendo unicamente l'accertamento della non validità con la conseguente non applicazione alla sola fattispecie sottoposta al suo esame”.

¹¹ In generale, sulla disapplicazione, v. G. TULUMELLO, *La disapplicazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, p. 1980 ss.; C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008.

¹² Così, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di A. Mirabelli Centurione, Torino, 2000, p. 480 ss.

¹³ Una possibile altra causa di disapplicazione, implicitamente prevista nell'ordinamento interno, è quella che potrebbe avvenire in sede di sospensione cautelare. In tal caso, infatti, può accadere che: il giudice sollevi, già in tale fase, la questione di legittimità costituzionale della norma; sia comunque chiamato a decidere sulla domanda cautelare; reputi che dalla vigenza della norma o dal tempo necessario alla definizione del giudizio di costituzionalità possa derivare un pregiudizio alla parte; sospenda l'efficacia della legge e decida sulla cautelare prescindendo dalla norma sospetta di illegittimità costituzionale. Sul punto, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., p. 283 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1988, p. 27.

contrastante con una norma di rango superiore, in applicazione del principio di soggezione del giudice (soltanto) alla legge, *ex* articolo 101, comma 2, Cost.¹⁴.

Al contrario, una possibile ipotesi di disapplicazione della legge, avanzata in passato, era legata alla violazione delle norme sul riparto di competenze tra Stato e Regioni. In tal caso, investita della questione da parte del giudice ordinario chiamato a decidere la controversia sulla base di una legge regionale che definiva elementi extra-penalistici di una fattispecie di reato, la Consulta si è espressa negando la possibilità di procedere alla disapplicazione della norma ritenuta viziata da incompetenza, imponendo al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale, *ex* articolo 134 Cost.¹⁵. La Corte costituzionale, in tal modo, ha ribadito la necessità del sindacato accentrativo in caso di contrasto fra norme di rango primario.

Ferme le singole previsioni di disapplicazione che possono essere stabilite dal legislatore nell'ordinamento positivo, la fattispecie più frequente di disapplicazione legislativa da parte del giudice ricorre sul piano dei rapporti fra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno. Tale forma di disapplicazione, tuttavia, mancando di un'espressa previsione normativa e trovando la sua "fonte" nella sentenza, solleva una serie di criticità che si avrà modo di approfondire nel prosieguo.

Com'è noto, infatti, muovendo dall'efficacia diretta implicitamente riconosciuta dal diritto primario alle norme dei regolamenti (in quanto direttamente applicabili, *ex* articolo 288 TFUE), la Corte di giustizia ha accordato al giudice comune e a tutti gli organi della pubblica Amministrazione il potere di disapplicare la norma nazionale con esse contrastante¹⁶.

In realtà, la giurisprudenza amministrativa ha escluso la possibilità per la pubblica Amministrazione di procedere disapplicando la norma interna in contrasto con il diritto europeo, dato che *"coloro che esercitano le funzioni amministrative hanno, infatti, l'obbligo di applicare le leggi (anche se ritenute illegittime), in ossequio al principio di legalità, visto che l'ulteriore dimensione della legalità costituzionale ha il proprio presidio naturale nella competenza (esclusiva) della Corte costituzionale"*¹⁷.

¹⁴ Appare problematica, inoltre, la sorte dei provvedimenti amministrativi adottati in conformità di una norma di legge disapplicata. In tal caso, il giudice amministrativo ha avanzato l'ipotesi della nullità del provvedimento per carenza di potere. Tale soluzione non pare convincere perché assimila la condizione di una legge non applicabile a quella di una legge inesistente, contraddicendo così la premessa secondo la quale la legge interna con il diritto europeo è esistente e valida, ancorché inefficace. A favore della nullità del provvedimento, v. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 25.

¹⁵ Già prima della riforma del Titolo V della Costituzione, v. Corte costituzionale, 14 giugno 1990, n. 285, secondo la quale i giudici non possono invocare il potere di disapplicazione *"e, ove dubitino della loro [i.e. della legge regionale] legittimità costituzionale, devono adire questa Corte che sola può esercitare tale sindacato, pronunciandosi, ove la questione sia riconosciuta fondata, con sentenze aventi efficacia erga omnes. Questo principio non può soffrire eccezione alcuna"*; successivamente, v. Corte costituzionale, 28 aprile 2004, n. 129. Sul punto, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., p. 268 ss.

¹⁶ Sul punto, v. Corte di giustizia, 17 maggio 1972, C-93/71, *Leonesio*, in *Racc.* p. 287; sul potere di disapplicazione riconosciuto alla pubblica Amministrazione, v. Corte di giustizia, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Racc.* p. 1839; Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389.

¹⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1862.



3/2019

In un secondo momento, andando oltre la lettera del TFUE, la Corte di Lussemburgo ha esteso l'ambito di operatività dell'efficacia diretta sia alle disposizioni dei Trattati, sia alle disposizioni delle direttive europee, pur essendo tali fonti, *per definitionem*, non direttamente applicabili.

Al fine di compensare la non diretta applicabilità, la Corte di giustizia ha tuttavia subordinato l'efficacia diretta alla sufficiente precisione, chiarezza e incondizionatezza della singola disposizione¹⁸.

Ciò ha comportato una (simmetrica) estensione del potere di disapplicazione da parte del giudice comune, attivabile qualora accerti, autonomamente o previo rinvio pregiudiziale, *ex* articolo 267 TFUE, che la normativa nazionale sia in contrasto con quanto previsto dalla disposizione direttamente efficace.

Com'è noto, a livello nazionale, il progressivo recepimento delle conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia in tema di efficacia diretta degli atti normativi europei è avvenuto a partire dalla pronuncia *Granital*, secondo la quale l'effetto connesso alla vigenza di una norma regolamentare è "*non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale*"¹⁹. In seguito, in analogia con quanto già affermato dalla Corte di giustizia, la Corte costituzionale ha riconosciuto efficacia diretta (verticale) anche alle cc.dd. direttive dettagliate, estendendo così ulteriormente l'ambito di operatività del potere di disapplicazione del giudice comune²⁰.

4. La disapplicazione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È bene tener presente che il meccanismo della disapplicazione, così come ricostruito, è sorto nell'ambito di un'unione prettamente economica e in assenza di un catalogo dei diritti fondamentali fra le fonti dell'ordinamento europeo. Ora che, invece, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è divenuta parte del diritto primario, in forza del Trattato di Lisbona che ne ha sancito il medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6 del Trattato sull'Unione europea, di seguito "TUE"), sorgono nuovi problemi che potrebbero dover richiedere una diversa soluzione.

A fronte di un duplice catalogo di diritti, costituzionale ed europeo, occorre procedere ad almeno tre precisazioni.

¹⁸ In tal senso, per il riconoscimento dell'efficacia diretta (verticale) delle direttive, v. Corte di giustizia, 26 febbraio 1986, C-152/1984, *Marshall*, in *Racc.* p. 723; per l'efficacia diretta delle norme dei Trattati, *ex multis*, v. Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, in *Racc.* p. 3.

¹⁹ Corte costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170, par. 5.

²⁰ Corte costituzionale, 24 aprile 1991, n. 168, secondo la quale sarebbe, in verità, più corretto parlare di "*non applicazione della legge nazionale*", piuttosto che di disapplicazione "*che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti*". Sul punto, v. R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. n. 4, 2018, p. 619 ss.; R. NIRO, *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità del provvedimento*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, 1996, p. 193 ss.

In primo luogo, se è vero che la Carta di Nizza doveva costituire il passo decisivo verso l'elaborazione di una Costituzione europea, è altrettanto certo che tale progetto sia fallito in virtù della mancanza del (necessario) consenso legittimante da parte di tutti gli Stati membri.

Tale considerazione, di per sé, già mostra i profili di criticità sottesi all'inserimento della Carta fra le fonti di diritto primario dell'Unione europea, in aperta contraddizione con l'esito del procedimento di ratifica previsto per la sua entrata in vigore. È proprio tale manifesta opposizione a impedire, quindi, l'equiparazione del Trattato a una qualunque Costituzione nazionale.

Ciò posto, in secondo luogo, occorre svolgere alcune considerazioni in merito all'ambito di applicazione della Carta. Anzitutto, non è fissata una competenza generale dell'Unione in materia di diritti fondamentali, poiché le disposizioni *“si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”* e, comunque, essa *“non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati”* (articolo 51).

Tale previsione recepisce l'orientamento giurisprudenziale sviluppato dalla Corte di giustizia a partire dal caso *Wachauf* del 1989, confermato nel 2013 dalla pronuncia *Fransson* e, di recente, ribadito nella sentenza *Bauer*²¹.

Il rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza presuppone, dunque, che la controversia posta all'attenzione del giudice comune rientri nel campo di applicazione sia dell'ordinamento interno, sia dell'ordinamento europeo. In sostanza, è necessario che sussista un collegamento – anche solo funzionale – con il diritto europeo rilevante nella fattispecie²².

Circa l'interpretazione interna della nozione di collegamento, valida ad attivare l'applicazione della Carta di Nizza, si riscontra una certa discrepanza tra quanto statuito dalla Corte costituzionale e quanto deciso dalla Corte di cassazione. Invero, secondo la prima *“[...] perché la Carta dei diritti UE sia invocabile [...] occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna [...] sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione [...] e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto”*²³; per la seconda, invece, è sufficiente che *“la normativa interna, pur non in applicazione del diritto UE, incida in un'area di competenza UE o in settori già disciplinati dall'UE. Nel caso di diritti fondamentali basta un solo elemento di collegamento, anche se non in termini di puntuale attuazione/esecuzione del diritto UE”*²⁴.

²¹ Corte di giustizia, 13 luglio 1989, C-5/88, *Wachauf*, in *Racc.* p. 321; Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*, in *Racc.* p. 105; Corte di giustizia, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, in *Racc.* p. 2; Corte di giustizia, 6 novembre 2018, C-569/16 e 570/16, *Bauer*, in *Racc.* p. 871.

²² La Corte di giustizia ha, infatti, affermato che *“dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione; l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta”*. Così, Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, C-617/10, par. 21, *Fransson*, in *Racc.* p. 105.

²³ Corte costituzionale, 30 marzo 2016, n. 63; Corte costituzionale, 16 marzo 2011, n. 80.

²⁴ Cassazione penale, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 54467.

Si contrappongono, così, un'interpretazione restrittiva e un'interpretazione estensiva della nozione di collegamento utile all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale aspetto costituisce, senza dubbio, una questione dirimente ai fini del potere di disapplicazione riconosciuto al giudice comune.

Con tale pronuncia la Corte costituzionale tentava di arginare la sempre più frequente tendenza della giurisprudenza a riconoscere un'efficacia diretta alla Carta di Nizza e, dunque, alla connessa disapplicazione delle norme interne con essa contrastanti, con conseguente erosione del suo ruolo e del suo potere.

Tale soluzione sembrerebbe non aver generato, tuttavia, l'effetto auspicato. Si pensi, per esempio, a quanto avvenuto in materia di droghe leggere *"in considerazione della portata immediatamente precettiva del diritto comunitario direttamente applicabile costituito non solo dalla decisione 2004/757/Gai [...], ma attesa anche l'applicabilità diretta dell'art. 49 comma 3 della Carta dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che contempla i principi di offensività e proporzionalità quali canoni da osservare, si stima potersi procedere alla disapplicazione dell'art. 73 comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990 come modificato dal d.l. 23 dicembre 2014 n. 146 che contempla identico trattamento sanzionatorio tra droghe leggere e droghe pesanti"*²⁵.

In terzo luogo, occorre indagare la natura delle disposizioni della Carta di Nizza al fine di stabilirne l'efficacia. Si è già avuto modo di ricordare che la disapplicazione dipende dall'efficacia diretta della disposizione europea che, a sua volta, discende o da un'espressa previsione in tal senso (come accade per i regolamenti) ovvero dal ricorrere dei presupposti sopra menzionati. Ebbene, per la Carta dei diritti UE sicuramente non vi è alcuna norma che ne sancisca l'efficacia diretta. Pertanto, a stabilire di volta in volta se una disposizione della Carta abbia (o meno) tale efficacia è la Corte di giustizia, chiamata a verificarne la sussistenza dei requisiti di sufficiente precisione, chiarezza e incondizionatezza²⁶. Da qui, l'esigenza del ricorso al rinvio pregiudiziale per il giudice comune al fine di accertare l'efficacia della norma.

In base all'esame della giurisprudenza europea, in realtà, si nota come l'efficacia diretta dei diritti fondamentali sembri essere, in qualche modo, implicita nella formulazione stessa del disposto degli articoli che li riconoscono, pur essendo comunque necessaria, in prima battuta, l'interpretazione da parte del Giudice di Lussemburgo²⁷.

²⁵ Tribunale, Roma, 17 aprile 2014.

²⁶ Si assiste così a quello che P. Calamandrei definì *"il paradossale colmo"*, per descrivere che le modalità di accesso al giudizio di legittimità costituzionale erano state rimesse all'adozione di successive leggi. In effetti, in tal caso, *"è come se si dicesse, se è permesso adoperare un paragone esopiano, dare in appalto ai lupi la costruzione dei cancelli che dovrebbero sbarrare l'ingresso dell'ovile"*. P. CALAMANDREI, *La costituzione e le leggi per attuarla, in Dieci anni dopo (1945-1955)*, Bari, 1955, p. 223.

²⁷ Sul punto, v. Corte di giustizia, 6 novembre 2018, C-569/16 e 570/16, *Bauer*, in *Racc.* p. 871, par. 52, secondo la quale *"risulta, anzitutto, dalla formulazione stessa dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta che tale disposizione sancisce il «diritto» di ogni lavoratore a «ferie annuali retribuite"*; Corte di giustizia, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, in *Racc.* p. 2, par. 45, secondo la quale *"risulta dunque chiaramente dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta che tale articolo, per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale"*.

Tuttavia, un simile orientamento non sembrerebbe andare esente da critiche. È proprio la struttura stessa delle norme della Carta a non consentire l'attivazione del meccanismo della disapplicazione da parte del giudice comune, non essendo esse sufficientemente definite nel precetto. Pur ammettendo, infatti, il necessario rinvio pregiudiziale, una volta riconosciuta dalla Corte di giustizia l'efficacia diretta della disposizione da applicare nella singola fattispecie, nei successivi giudizi il concreto contenuto del diritto potrebbe essere affidato al libero apprezzamento del giudice, in assenza di una precisa indicazione da parte del Giudice europeo.

A prescindere da tali considerazioni, è la presenza di un doppio circuito di tutela dei diritti – costituzionale ed europeo – a generare alcune criticità.

Invero, può accadere – e, difatti, è accaduto – che la norma nazionale contrasti sia con le disposizioni della Carta di Nizza direttamente efficaci, sia con il catalogo costituzionale, comportando una sovrapposizione delle Carte e del ruolo delle rispettive Corti.

In una simile eventualità, il giudice comune è posto di fronte a tre possibili soluzioni al fine di decidere la controversia.

In primo luogo, preso atto del contrasto tra norma nazionale e norma unitaria direttamente efficace non risolvibile in via interpretativa, può disapplicare la prima²⁸. In questo caso, la disapplicazione della legge comporterebbe una equiparazione implicita alla sorte del provvedimento amministrativo illegittimo innanzi al giudice ordinario. Tuttavia, solo in tale ultima ipotesi, un simile potere trova spiegazione nella natura secondaria dell'atto disapplicato e fondamento nel diritto positivo.

In secondo luogo, di fronte al medesimo contrasto, il giudice può fare ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale, *ex* articolo 267 TFUE. Sarà, dunque, la Corte di giustizia a delibare il conflitto. A questo punto, se i giudici di Lussemburgo dichiarano l'antinomia, il giudice rimettente potrà o disapplicare la norma, o sollevare, sulla stessa, questione di legittimità costituzionale²⁹.

In terzo luogo, il giudice può adire direttamente, in via incidentale, la Corte costituzionale. In tal caso, la Consulta può: i) respingere in rito; ii) rigettare o accogliere la questione di legittimità costituzionale, previo o meno rinvio alla Corte di giustizia³⁰. Il giudice, a sua volta, potrebbe, in caso di una pronuncia di rito o di rigetto, ricorrere in seconda battuta al Giudice europeo³¹.

A questo punto, si aprono varie possibilità. Se la Corte di giustizia accerta la conformità della disposizione interna con il diritto europeo e, in particolare, con la Carta

²⁸ In tal senso, Cassazione civile, sez. Lavoro, 17 maggio 2018, n. 12108.; Cassazione penale, sez. VI, 21 dicembre 2016, n. 54467; Corte di appello, Roma, 11 aprile 2002; Corte di appello, Firenze, 9 giugno 2007; Tribunale, Lecco, 4 aprile 2007.

²⁹ Così, Cassazione, sez. Lavoro, 30 maggio 2018, n. 13678.

³⁰ Cassazione civile, sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831. A tal riguardo, si ricorda che a partire dall'ordinanza del 18 luglio 2013, n. 207, la Corte costituzionale ha ritenuto di poter ricorrere alla Corte di giustizia anche nell'ambito dei giudizi nei quali è adita in via incidentale. Sul tema, v. G. REPETTO, *Rinvio alla corte di giustizia UE e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della corte costituzionale*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2016, p. 659 ss.

³¹ Tar Lazio, Roma, 16 novembre 2018, n. 11124; Tar Lazio, Roma, 4 dicembre 2018, n. 11755.

di Nizza, non sorgono ulteriori problematiche, potendo il giudice di rinvio risolvere la controversia applicando quella norma.

Al contrario, se la Corte di giustizia appurasse il contrasto, a fronte della precedente pronuncia di rigetto (o di rito) della Corte costituzionale che non avesse tenuto conto del diritto europeo, il giudice comune dovrebbe disapplicare la norma interna.

Qualora, diversamente, la Corte costituzionale avesse esaminato, nella pronuncia di rigetto, anche la conformità al parametro europeo, il giudice si troverebbe di fronte a due pronunce di segno opposto che conducono a esiti contrastanti: se, infatti, dovesse seguire la pronuncia della Corte di giustizia, si troverebbe a dover disapplicare la norma che la Corte costituzionale, in relazione al medesimo parametro, non ha ritenuto illegittima. Dovrebbe, dunque, sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale nei termini di cui alla pronuncia del Giudice europeo e, a questo punto, la Consulta potrebbe essere chiamata, eventualmente, ad attivare la garanzia dei contro-limiti³².

E, tuttavia, tale possibilità pare remota nell'attuale assetto dei rapporti fra le Corti. Infatti, si riscontra un atteggiamento prudentiale della Corte di giustizia e rispettoso del ruolo della Corte costituzionale. Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto con la pronuncia *Scialdone*, nella quale il giudice europeo si è mosso in modo cauto evitando di ripercorrere il terreno della disapplicazione della normativa nazionale, forse temendo di riaprire gli scenari della vicenda *Taricco*³³.

Diversamente, se il giudice non sollevasse la questione di costituzionalità e disapplicasse la norma interna, seguendo unicamente la pronuncia del Giudice europeo (così come nell'ipotesi di disapplicazione diretta), ad essere minato sarebbe il principio di legalità costituzionale e, dunque, l'assetto dei poteri.

Il problema della disapplicazione, in fondo, è sintomo di una crisi del processo e, in particolare, *“è la crisi delle persone che operano nel processo, più precisamente di quella persona per la quale il processo è sostanzialmente tale, perché da essa si attende la tutela del diritto, vale a dire il giudice”*³⁴.

Invero, tale *modus operandi* contrasterebbe con quanto disposto dall'articolo 134 Cost. e dall'articolo 1, L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1.³⁵ Entrambe le disposizioni, infatti,

³² Sul punto, v. *infra*, paragrafo 4.

³³ Corte di giustizia, grande sezione, 2 maggio 2018, C-574/15, *Scialdone*, in *Racc.* p. 295; Corte di giustizia, grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a.*, in *Racc.* p. 105.

³⁴ S. SATTÀ, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 61 ss. Nello stesso senso, R.H. BORK, *Il giudice sovrano*, a cura di S. SILEONI, Macerata, 2007, p. 211, per il quale *“è triste constatare che la supremazia della legge viene sempre più spesso confusa se non sovvertita da quella dei giudici”*. Secondo l'Autore, inoltre, l'appropriazione da parte dei giudici dell'autorità *“si manifesta non appena i giudici si trovano in condizione tali da ricevere o da attribuirsi il potere di calpestare le decisioni prese da altri organi dello Stato: il potere di controllo giurisdizionale di costituzionalità”* (*Ibidem*, p. 7).

³⁵ Ai sensi dell'articolo 1, l. cost. 8 febbraio 1948, n. 1, *“la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica [...] è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione”*. Mentre, ai sensi dell'art. 134 Cost., *“la Corte costituzionale giudica [...] sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni”*.

sono volte a sollecitare l'intervento del Giudice delle leggi in caso di contrasto delle norme di rango primario con il dettato costituzionale. Come di fronte a un dubbio di costituzionalità, anche nel caso di una pronuncia della Corte di giustizia opposta a una precedente decisione della Consulta, il giudice non dovrebbe avere spazio per esercitare la disapplicazione della legge, ma avrebbe l'obbligo di ricorrere alla giurisdizione costituzionale per risolvere la questione. È proprio l'esercizio delle competenze della Corte, infatti, a garantire il "*principio della preminenza delle fonti di ordine costituzionale nei confronti di ogni altra fonte normativa e di qualsiasi altro atto di pubbliche autorità, per supreme che siano*"³⁶.

In tal senso, milita anche il principio – fondamentale nello Stato di diritto – di soggezione del giudice alla legge, di cui al disposto dell'articolo 101, comma 2, Cost., presupposto e corollario del sindacato accentrato di costituzionalità. Invero, dalla lettura combinata del primo e del secondo comma dell'articolo 101 Cost., emerge che la soggezione del giudice alla legge è posta a garanzia della giustizia, amministrata in nome del popolo sovrano. Pertanto, una violazione del principio di soggezione porta inevitabilmente con sé una indiretta irruzione nell'esercizio della sovranità, trasgredendo altresì quanto sancito all'articolo 1 Cost.

E a nulla varrebbe obiettare l'obbligo per tutte le fonti primarie interne di rispettare il diritto europeo, ai sensi dell'articolo 117 Cost., non avendo il legislatore costituzionale mutato il modello del sindacato accentrato di legittimità costituzionale.

Se è vero, infatti, che il giudizio di legittimità delle leggi è posto a presidio della Costituzione, allora non si comprende come una legge che abbia già superato il vaglio di costituzionalità possa essere dichiarata, in riferimento allo stesso oggetto (*i.e.* i diritti fondamentali), difforme da una Carta che costituzionale non è. Si arriverebbe al paradosso di non essere riusciti a adottare una Costituzione europea e, allo stesso tempo, di produrre come effetto la delegittimazione delle Costituzioni nazionali e dei loro custodi.

Inoltre, se non associata al principio dello *stare decisis*, la disapplicazione della norma da parte del giudice comune, nella forma diretta, può comportare una lesione del principio di eguaglianza nella misura in cui è limitata al caso concreto, essendo per definizione priva di effetti *erga omnes*.

Invero, negli Stati Uniti d'America, dove la disapplicazione è strettamente connessa al sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi, è proprio il principio del precedente vincolante a garantire il corretto esercizio del potere di disapplicazione da parte del giudice.

Pertanto, in un sistema nel quale la Corte suprema non detiene il monopolio del controllo di costituzionalità delle leggi, ma lo esercita unicamente quale organo di vertice dell'ordinamento giudiziario grazie al meccanismo delle impugnazioni, è la regola dello *stare decisis* ad assicurare il rispetto del principio di eguaglianza nell'esercizio del potere di disapplicazione, vincolando le Corti inferiori a conformarsi alla decisione del giudice superiore. E la stessa regola vale per le Corti federali di appello

³⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V ed., Padova, 1984, p. 223.

rispetto alle corti distrettuali presenti nei rispettivi circuiti, ogniqualvolta siano chiamate a disapplicare una norma ritenuta in contrasto con la Costituzione.

Nel nostro ordinamento, invece, l'assenza della regola del precedente vincolante e la mancata previsione di un sindacato diffuso di legittimità costituzionale sollevano ineludibili problematiche circa la compatibilità del potere di disapplicazione con l'assetto costituzionale.

In assenza di un obbligo per il giudice di conformarsi al precedente e in mancanza di una pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale³⁷, la norma disapplicata in un giudizio potrebbe (*rectius*, dovrebbe) essere applicata in un successivo procedimento giurisdizionale, così rischiando di rimettere all'arbitrio del giudice comune il riconoscimento e il contenuto dei diritti.

A destare maggiori preoccupazioni è, dunque, essenzialmente l'effetto sotteso al potere di disapplicazione. Esso, infatti, comporta un cambiamento dei tradizionali ruoli della funzione legislativa e della funzione giudiziaria, che vede espandersi il potere del giudice a scapito del legislatore. Ciò, giova ripeterlo, causa la violazione del principio di soggezione del giudice alla legge, nonché il rischio di una progressiva formazione (elitaria) di un diritto posto da soggetti che non rappresentano il popolo³⁸.

In sintesi, il predominio del giudice sul legislatore mina un elemento essenziale dello Stato di diritto: la decisione democratica presupposta alla legge. E questo *“potrà anche non piacere [...] ai sostenitori della piena equiparazione fra giurisdizione e legislazione, ma la realtà della nostra tradizione giuridica [...] è questa. E questa è la precisa sostanza di un principio fondamentale del nostro ordinamento”*³⁹.

Al di là di tali considerazioni, per meglio comprendere quanto accaduto in Europa con l'inserimento della Carta di Nizza nel diritto primario e il conseguente obbligo in capo agli Stati membri di osservarne le disposizioni, potrebbe essere utile un ulteriore confronto con l'esperienza statunitense.

In entrambi gli ordinamenti, infatti, la tutela dei diritti fondamentali è avvenuta solo in un momento successivo e come li la Corte suprema ne ha esteso la protezione nei confronti dei singoli Stati membri solo grazie alla tecnica della *incorporation*⁴⁰, così la

³⁷ Se, infatti, nell'ordinamento statunitense l'intervento della Corte suprema dipende dal meccanismo dell'impugnazione, il quale, essendo rimesso all'iniziativa delle parti, assicura la definitiva risoluzione del dubbio di legittimità costituzionale della norma disapplicata, nel nostro ordinamento, in sede di giudizio incidentale, spetta al giudice promuovere l'intervento della Corte costituzionale. Tale intervento, pur essendo dovuto, in quanto positivamente stabilito, non è, dunque, tuttavia assicurato.

³⁸ A tal proposito, è stato affermato che *“il meccanismo della disapplicazione immediata delle norme nazionali contrarie a norme sovranazionali self executing può con non poco profitto offrirsi al servizio dei diritti, rimediando agli inconvenienti che comunque potrebbero aversi per effetto del sindacato accentrato”*. Così, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurolunitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, Fasc. n. 1, 2019, p. 113 ss. Fra tali “inconvenienti”, tuttavia, rientrerebbero anche il principio della divisione dei poteri, della certezza del diritto e il principio di eguaglianza connessi al modello del sindacato accentrato, costituzionalmente stabilito.

³⁹ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. n. 1, 2017, p. 479 ss.

⁴⁰ V. il XIV emendamento del 1868. Com'è noto, la sentenza *Barron v. Baltimore* del 1833 aveva stabilito che i primi dieci emendamenti alla Costituzione del 1787 (il c.d. *Bill of Rights*) si applicassero solo all'azione del

Corte di giustizia ha potuto fare altrettanto, riconoscendo, di volta in volta, efficacia diretta ai singoli diritti previsti dalla Carta di Nizza.

La presenza di un duplice catalogo dei diritti, se negli Stati Uniti d'America non ha sollevato perplessità data l'unicità istituzionale dell'ordinamento (giudiziario) e data la presenza di un sindacato diffuso di costituzionalità, ove la disapplicazione è fisiologica, in Europa – fermo il principio della dualità degli ordinamenti e del sindacato accentrato di costituzionalità, che non dovrebbe tollerare la disapplicazione della legge⁴¹ – il giudice comune si trova ad essere “servo di due signori”.

Invero, il problema del doppio circuito di tutela dei diritti comporta che esso debba essere risolto sulla base del principio di competenza. Così, tuttavia, la Corte costituzionale diverrebbe competente unicamente, di fatto, sui diritti lesi da norme non collegate al diritto europeo. In ogni altro caso, prevarrebbe il giudizio della Corte di giustizia.

Tuttavia, minando (progressivamente) il ruolo del custode, si rischia di far venire meno la stessa Costituzione.

5. Conclusioni: una possibile soluzione alla domanda posta dalla Cassazione.

Alla luce di quanto esposto, si potrebbe ora avanzare una possibile soluzione al quesito posto dalla Corte di cassazione con l'ordinanza del 16 febbraio 2018, n. 3831.

Se, dunque, il giudice comune all'esito di una pronuncia di rigetto della Consulta possa⁴², in relazione all'applicazione della norma che abbia già superato il vaglio di legittimità costituzionale, non tenere conto della sentenza e risolvere la controversia “non applicando” quella stessa norma (previo rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE, ove non fosse già stato azionato dalla stessa Corte costituzionale).

Il problema sollevato nell'ordinanza è, evidentemente, circoscritto alla ipotesi di mancato previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Giudice costituzionale.

Infatti, qualora la Corte di giustizia fosse già stata adita dalla Consulta, di fronte a una pronuncia di rigetto, il giudice comune sarebbe chiamato ad applicare la norma al caso concreto, fatto comunque salvo il potere di adire nuovamente entrambe le Corti per profili non esaminati in precedenza.

Sarebbe auspicabile, dunque, che sia la Consulta ad adire, *ex* articolo 267 TFUE, la Corte di giustizia, qualora vengano in rilievo profili di incompatibilità della norma interna con il diritto sovranazionale, nel rispetto delle relative competenze,

governo centrale e non a quella degli Stati federati. Solo a partire dal XX secolo, tuttavia, la Corte suprema ha progressivamente esteso la tutela dei diritti fondamentali all'azione dei singoli Stati membri, attraverso la dottrina della *incorporation*. Sul punto, *ex multis*, v. *Twining v. New Jersey*, *Gitlow v. New York*, *Powell v. Alabama*, *Adamson v. California*.

⁴¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, op. cit., p. 259.

⁴² Il quesito, evidentemente, presuppone che sia stata direttamente sollevata la questione di legittimità costituzionale della norma, senza previo rinvio alla Corte di Lussemburgo.

promuovendosi così un dialogo tra le Corti ed evitando che l'interferenza tra giudizio di costituzionalità e giudizio di compatibilità europea si tramuti in una sovrapposizione (contrastante) dei rispettivi esiti.

Risulta, infatti, chiaro che l'onere di rinvio posto a carico della Corte costituzionale, se adempiuto, risolverebbe implicitamente il problema della disapplicazione per il giudice comune, essendo necessariamente chiamato ad applicare la norma già sindacata da entrambe le Corti, salvo quanto già detto. In questo senso, converrebbe alla Corte costituzionale porre un monito alla introduzione in via legislativa dell'obbligo, per il giudice comune, di adire previamente la Consulta in caso di doppia pregiudizialità in tema di diritti e di libertà fondamentali⁴³.

Delimitato così l'ambito della questione prospettata dalla Cassazione, per rispondere alla domanda occorre distinguere.

Il giudice può conservare il potere di disapplicazione se e soltanto se la Corte di Lussemburgo interviene sulla norma interna valutando profili non considerati dalla Corte costituzionale nella sua pronuncia. Così si fa salva la giurisprudenza, costituzionale ed europea, sulla disapplicazione⁴⁴.

Diversamente, se la Corte di giustizia effettua una valutazione che si sovrappone a quella della Corte costituzionale, compiendo un diverso bilanciamento degli stessi diritti o principi, allora il giudice comune dovrà necessariamente investire nuovamente la Corte costituzionale della questione, per contrasto della norma interna con il parametro interposto (*i.e.* l'ordinamento europeo, come letto nella pronuncia della Corte di giustizia) e per conseguente violazione del diritto o del principio bilanciato.

Com'è noto, infatti, le sentenze del giudice europeo costituiscono *jus superveniens*. Ciò comporta che la Consulta possa essere investita nuovamente della questione di legittimità della norma.

La Corte, infatti, non potrebbe dichiarare l'ordinanza del giudice *a quo* inammissibile per violazione del principio del *ne bis in idem*, perché, come già più volte precisato, "*l'effetto preclusivo alla riproposizione di questioni nel corso dello stesso giudizio deve ritenersi operante soltanto allorché risultino identici tutti e tre gli elementi che compongono la questione (norme impugnate, profili di incostituzionalità dedotti, argomentazioni svolte a sostegno della ritenuta incostituzionalità)*"⁴⁵.

Mutuando concetti tipici del diritto processuale, la sentenza di rigetto già intervenuta nel processo principale non costituisce giudicato, ma semplice preclusione del giudice *a quo* a risolvere la medesima questione. È questa la ragione per la quale il

⁴³ È questa, per esempio, la soluzione adottata nell'ordinamento francese a seguito della riforma avvenuta con la legge costituzionale 23 luglio 2008, n. 724. Com'è noto, la legge organica attuativa del 10 dicembre 2009, n. 2009-1523, ha introdotto, nell'ordinanza del 7 novembre 1958, n. 58-1067, il capitolo II *bis* sulla questione prioritaria di costituzionalità, disponendo che se il giudice è "*saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, [il doit] se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité*" (articoli 23-2 e 23-5).

⁴⁴ Così, Corte di giustizia, sez. V, 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B e Altri*, in *Racc.* p. 2195. Nello stesso senso Corte di giustizia, grande sezione, 22 giugno 2010, C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*, in *Racc.* p. 319.

⁴⁵ Corte costituzionale, 8 giugno 1994, n. 225.



3/2019

giudice comune ben può proporre rinvio pregiudiziale sulla norma che abbia già superato il vaglio di costituzionalità. In effetti, se la pronuncia di rigetto costituisse giudicato in senso tecnico, al giudice non rimarrebbe margine di valutazione.

A tal punto, il Giudice delle leggi, investito della questione così come nuovamente prospettata, potrà: accogliere la questione di legittimità e, per l'effetto, annullare la disposizione con efficacia *erga omnes*, ovvero attivare la garanzia dei controlli, ove ritenga presenti i presupposti. Così, è salvo il ruolo della Corte costituzionale.



3/2019

IL CONCORSO OMISSIVO DEI SINDACI NEI FATTI DI BANCAROTTA COMMESSI DAGLI AMMINISTRATORI

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 11 maggio 2018 \(dep. 4 ottobre 2018\),
n. 44107, Pres. Zaza, Est. Settembre](#)

di Luca Carraro

Abstract. *La Suprema Corte, con la sentenza annotata, riaccende i riflettori sul dibattuto e complesso tema della responsabilità penale dei sindaci per concorso omissivo nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori di società commerciali. Il tema viene affrontato con un taglio dogmatico evidenziando, da un lato, l'interpretazione giurisprudenziale delle due clausole di integrazione suppletiva (artt. 40 cpv. e 110 c.p.) – che costituiscono, nel loro intreccio, il paradigma ascrittivo utilizzato dalla giurisprudenza per chiamare i sindaci a rispondere di omesso impedimento del reato altrui – dall'altro, l'arbitraria obliterazione del segmento volitivo del dolo mediante il ricorso alla teorica dei c.d. segnali di allarme. Il bilancio complessivo, "redatto" con un continuo sguardo ai principi di responsabilità per fatto proprio, materialità e colpevolzza, vuole stimolare una riflessione critica, auspicando un uso più corretto delle clausole di integrazione suppletiva ed un reale accertamento di tutti gli elementi del dolo.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie e la sentenza della V Sezione. – 3. Il modulo omissivo improprio ex art. 40 cpv c.p. e i relativi problemi. – 3.1. Il modulo omissivo improprio. Poteri direttamente o indirettamente impeditivi (continua). – 3.2. (segue) Il modulo omissivo improprio. Poteri tipici e poteri atipici. – 4. Il modulo omissivo improprio concorsuale: la fattispecie concorsuale eventuale e l'accertamento del nesso causale. – 5. Il dolo: segnali d'allarme e distinzione tra momento intellettuale e momento volitivo dell'elemento psicologico del reato.

1. Premessa.

La V sezione penale della Corte di Cassazione, con sentenza 4 ottobre 2018 n. 44107¹, torna ad affrontare il problema della responsabilità penale dei sindaci (nel caso

¹ Cass., Sez. V, 11 maggio 2018 (dep. 4 ottobre 2018) n. 44107, Pres. Zaza, Est. Settembre, ric. Machieraldo in questa *Rivista*, 11 gennaio 2019, con nota a prima lettura di G. RAMPPELLA, [In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli](#)

di specie, una S.r.l.) per concorso omissivo nel delitto di bancarotta fraudolenta perpetrato dagli amministratori *ex art. 223 l. fall.*

Si tratta di una pronuncia che, nel porsi lungo un'evoluzione giurisprudenziale di (graduata ma progressiva) recupero di legalità in tema di omesso impedimento del reato altrui, affronta tre temi fondamentali: i) la ricostruzione di poteri-doveri dei sindaci e la conseguente individuazione di una posizione di garanzia; ii) l'accertamento del nesso causale tra l'omissione contestata e l'evento in concreto verificatosi (per sorreggere la struttura concorsuale); iii) l'elemento soggettivo che deve informare "l'omissione concorsuale" penalmente rilevante.

La pronuncia, inserendosi nel processo di erosione del paradigma della "responsabilità da posizione" o "per assunzione"² – frequente nella prassi giurisprudenziale e, tuttavia, in frizione con i principi di legalità e colpevolezza – offre l'occasione di riflettere sulla ricostruzione dogmatica delle clausole generali di integrazione suppletiva (l'art. 40 cpv. c.p. e l'art. 110 c.p.) e sull'elemento doloso tipico.

La sentenza in commento afferma infatti la rilevanza penale della condotta del sindaco che, omettendo di controllare l'attività gestoria degli amministratori e di attivare i propri poteri di *ricognizione* e *segnalazione*, «abbia dato un contributo giuridicamente rilevante – sotto l'aspetto causale – alla verifica dell'evento e che abbia avuto la coscienza e volontà di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale»³.

Posta la strutturazione soggettiva dell'art. 223 l. fall., il paradigma di imputazione utilizzato dalla pronuncia annotata in ordine ai componenti il collegio sindacale (invero, in ordine al singolo sindaco ricorrente dalla stessa considerato) è, dunque, quello del concorso, mediante omissione impropria, nel delitto doloso altrui.

Occorre ripercorrere in via preliminare il caso di specie.

2. Il caso di specie e la sentenza della V Sezione.

Il ricorrente, quale sindaco di una S.r.l. dichiarata fallita il 15 aprile 2010, veniva condannato per concorso "negativo" – *ex artt. 40 cpv e 110 c.p.* – in bancarotta fraudolenta patrimoniale, per non aver attivato i poteri di impulso tipici della propria qualifica sociale e aver, conseguentemente, omesso i necessari e doverosi controlli sulla gestione degli amministratori.

In particolare, mediante la propria condotta omissiva, il ricorrente avrebbe agevolato «i propositi distrattivi» degli amministratori, concretizzatisi: a) nell'appropriazione di somme nel corso di circa un anno per un valore complessivo di € 235.710,00; b) nell'affidamento esterno del ramo più redditizio della S.r.l. ad un canone

[amministratori.](#)

² Cfr. su tutti M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, 978 ss.; A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia* in M. Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale*, Bologna, 2011, spec. 299.

³ Cass., Sez. V, 4 ottobre 2018 n. 44107, § 4, 5.



3/2019

irrisorio proprio in prossimità della dichiarazione di fallimento; c) nell'impiego di circa € 100.000,00 per il noleggio di uno yacht adibito a usi personali nel periodo 2006-2007; d) nell'appropriazione di somme di denaro (€ 5.000,00 mensili ed € 100.000,00 per indennità di fine mandato) imputati formalmente a compenso per l'amministratore, pur in difetto di delibera dell'assemblea.

Il ricorso avverso la sentenza di condanna veniva articolato in quattro motivi, di cui due concernenti profili di erronea applicazione di legge e due concernenti profili di carenza motivazionale. Tutti i motivi, tuttavia, apparivano convergenti nel censurare il modo con il quale il paradigma ascrittivo del concorso mediante omissione nel delitto altrui aveva trovato applicazione nella pronuncia della Corte di Appello, lamentando (i) il difetto di sussistenza di poteri necessari a fondare una posizione di garanzia in capo al sindaco, (ii) l'inconsistenza del legame causale tra la condotta omissiva del medesimo ed il reato altrui, (iii) l'insussistenza di spessore probatorio in ordine all'elemento soggettivo del reato.

La pronuncia in commento ha disatteso le censure mosse con il ricorso, confermando la sentenza di condanna e argomentando, quanto ai profili qui di interesse, proprio lungo le tre richiamate direttrici: i) l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al ricorrente quale sindaco di una S.r.l.; ii) la sussistenza del nesso causale tra l'omissione a questi ascritta e l'evento; iii) la sussistenza dell'elemento soggettivo tipico della fattispecie.

Seguendo tali direttrici, la prima parte della sentenza annotata traccia un quadro di doveri e poteri dell'organo di controllo, muovendo dalla normativa civile-commerciale al fine esplicito di rintracciare un dovere di attivazione del sindaco sul quale far riposare la relativa posizione di garanzia.

Il riferimento normativo viene individuato dalla Suprema Corte nell'art. 2403 c.c., in forza del quale il collegio sindacale è tenuto a vigilare circa l'osservanza, da parte degli amministratori, «della legge», «dello statuto», nonché «della corretta amministrazione»: dizione, questa, che, secondo la Corte di legittimità, comprenderebbe, all'evidenza, anche la preservazione del patrimonio sociale rispetto a contegni distrattivi o dissipatori dell'organo di gestione.

Individuato, dunque, il nucleo fondamentale del dovere di vigilanza del sindaco (*recte*: del collegio sindacale), gli Ermellini procedono ad identificare i pertinenti poteri sul piano strettamente normativo: vengono così enucleati i poteri di compiere atti di ispezione e controllo, di richiedere informazioni agli amministratori su ogni aspetto dell'attività sociale o su determinati affari di cui all'art. 2403-*bis* c.c., di convocazione dell'assemblea ove si ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità di cui all'art. 2406 c.c. e, ancora, il potere di denunciare al Tribunale le gravi irregolarità riscontrate nell'attività dell'amministratore di cui all'art. 2409 c.c. (potere attribuito dalla norma in via espressa solamente al collegio sindacale di una S.p.A.)⁴.

⁴ Al proposito, pur dando conto del fatto che «l'argomento sia oggetto di discussione anche nella giurisprudenza» la Corte di legittimità esplicita un chiarimento: «non è corretto affermare – ad avviso di questa Corte – che il collegio sindacale delle società a responsabilità limitata sia sprovvisto del potere di segnalazione al Tribunale previsto dall'art. 2409 c.c.», in quanto la norma richiamata starebbe a disciplinare



3/2019

In tal modo la Corte giunge a qualificare le predette prerogative funzionali quali autentici poteri impeditivi, sufficienti ad integrare una responsabilità omissiva del sindaco, in quanto gli stessi sarebbero «necessari a stroncare sul nascere le velleità appropriative dell'amministratore, atteso che [il sindaco-ricorrente] poteva segnalare all'assemblea le scorrettezze di quest'ultimo ma poteva anche segnalare al Tribunale le irregolarità di gestione» (§ 5).

Il Supremo Collegio, in altri termini, afferma che i poteri funzionali al riconoscimento di una possibile responsabilità per omissione in capo ai sindaci, non identificandosi necessariamente con i soli poteri capaci di evitare in via diretta la commissione di reati da parte dell'organo di gestione, possono ben essere individuati anche nei poteri di ricognizione e di segnalazione previsti per l'organo di controllo dal codice civile, siccome idonei, da un lato, a dissuadere gli amministratori dal perpetrare contegni distrattivi o dissipatori e, dall'altro, a stimolare l'attivazione dei soggetti titolari di poteri direttamente impeditivi⁵.

La sentenza prosegue esplicitando che⁶, al fine di riconoscere la sussistenza di una responsabilità penale, la rilevazione di un omesso esercizio dei poteri di vigilanza deve essere accompagnata da un penetrante accertamento circa il nesso causale tra siffatto contegno omissivo e l'evento e circa la sussistenza dell'elemento soggettivo tipico del reato, rinvenibile, secondo la Corte, anche nella forma del dolo eventuale⁷.

La sentenza annotata, dunque, ribadisce la responsabilità penale del sindaco di una S.r.l. ove si possa provare che «egli abbia dato un contributo giuridicamente rilevante, sotto l'aspetto causale, alla verificazione dell'evento e che abbia avuto la coscienza e la volontà di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale» avendo dunque con la propria condotta «determinato o favorito, consapevolmente, la commissione dei fatti di bancarotta da parte dell'amministratore» pur a prescindere – sempre a seguire la Corte – da un previo accordo tra sindaco e amministratore.

In applicazione dei suddetti principi, viene confermata la condanna del ricorrente a titolo di concorso omissivo nel delitto di bancarotta fraudolenta commesso dagli amministratori, ritenendosi, da un lato, che il collegio sindacale avesse completamente abdicato alle proprie funzioni e, dall'altro, che il sindaco ricorrente avesse tenuto *consapevolmente* – in relazione ad una lettura corale di vari “segnali

in via generale i poteri del collegio sindacale ove esso sia esistente e, pertanto, a prescindere dal fatto che la costituzione del medesimo sia facoltativa. Cfr. § 3 della sentenza in commento.

⁵ La sentenza parla in questo senso del possibile avvio di «un circuito informativo idoneo ad influenzare le scelte dell'amministratore e costringerlo a comportamenti più rispettosi degli interessi della società e dei creditori» (§ 5).

⁶ Sebbene, in ambito civilistico, la sola violazione dei predetti obblighi di vigilanza comporti una responsabilità risarcitoria ove sia possibile affermare che, secondo il meno stringente criterio del “più probabile che non”, il danno prodotto alla società non si sarebbe verificato ove il sindaco si fosse correttamente attivato.

⁷ Accertamento anch'esso, si ritiene, da conseguire con il medesimo grado di corroborazione processuale richiesto per ogni altro elemento costitutivo della fattispecie: l'elevata probabilità logica confinante con la certezza.

d'allarme"⁸ – un comportamento idoneo ad *agevolare* la commissione di comportamenti delittuosi da parte dell'organo di gestione.

L'analisi del caso, dunque, muovendo dal paradigma ascrittivo usato dalla sentenza annotata, suggerisce una tripartizione tematica: (i) l'equivalenza causale prevista dall'art. 40 cpv c.p.; (ii) la struttura della fattispecie concorsuale *ex art.* 110 c.p.; (iii) l'elemento soggettivo doloso e la relativa prova.

3. Il modulo omissivo improprio *ex art.* 40 cpv c.p. e i relativi problemi.

Anzitutto occorre soffermarsi sulla struttura del delitto commissivo mediante omissione.

È infatti noto che l'operatività della clausola di equivalenza tra commettere ed omettere⁹ di cui all'art. 40 cpv c.p. è subordinata alla sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento. Tale obbligo giuridico, d'altra parte, è a propria volta subordinato alla previa identificazione di poteri-doveri impeditivi, secondo la dialettica *Können – Sollen*¹⁰.

Insomma, non si può essere gravati da una posizione di garanzia che imponga di evitare un dato evento se, a monte, non si dispone di corrispondenti poteri impeditivi.

Sul piano normativo-causale, il tema di fondo affrontato dalla sentenza è quindi il seguente: posto che i componenti del collegio sindacale sono gravati da una serie di obblighi di sorveglianza e di segnalazione, possono essi concorrere mediante omissione nel delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale perpetrato dagli amministratori?

La risposta a tale interrogativo richiede l'analisi delle condizioni progressive alle quali l'omissione (impropria) – che sempre più caratterizza il diritto penale dell'economia¹¹ – può dirsi penalmente rilevante.

⁸ In particolare la sentenza, quanto all'accertamento circa la sussistenza dell'elemento soggettivo tipico, dopo aver evidenziato (del tutto correttamente) come non sia sufficiente la mera conoscibilità «delle malefatte dell'amministratore», essendo doverosamente richiesta la effettiva conoscenza delle stesse, enuclea una lunga serie di elementi evocanti un contesto di diffusa illegalità, sufficienti, secondo la Corte, a provare lo stato psicologico del ricorrente: mancato adempimento degli obblighi tributari per almeno cinque anni, alienazione del ramo d'azienda più fruttifero, falsificazione dei bilanci, appropriazioni reiterate per il valore complessivo di oltre € 235.000,00, distrazione di risorse sociali per fini personali, auto-compensi in difetto di delibere assembleari sono segnali di allarme idonei ad allertare un legio organo di controllo circa la spregiudicatezza del *board* di gestione e ad attivare i conseguenti poteri di contenimento.

⁹ Non va infatti dimenticato che «per quanto accomunate dall'esprimere entrambe una libera, non necessitata, esternazione della persona nel mondo» (M. RONCO, *Il Reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011, 110 ss.), condotta attiva e condotta omissiva differiscono profondamente già sotto il profilo naturalistico; cfr. G. FIANDACA, *Omissione (diritto penale)* in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, 547.

¹⁰ Cfr. M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 460. L'Illustre Autore, con chiarezza, afferma: «tra i buoni risultati della tecnica giuridica credo che si possa annoverare quello di aver posto in luce che il dovere presuppone sempre nel soggetto che se ne afferma titolare un potere di fatto sul risultato che da lui si attende, perché a rigore non si deve se non ciò che si può: in diritto dovere l'impossibile è assurdo».

¹¹ Cfr. A. ALESSANDRI, *La responsabilità omissiva*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna,

In primo luogo, bisogna interrogarsi in ordine al contenuto effettivo dei poteri attribuiti ai sindaci al fine di saggiare le relative capacità impeditive rispetto all'evento e di sagomare, di conseguenza, anche la specifica posizione di garanzia che sui medesimi grava.

Questo sembra, a ben vedere, anche il percorso logico seguito dalla sentenza in commento, giacché la stessa, in primo luogo, delinea i doveri dei sindaci, per poi passare a rintracciare i poteri dei quali essi dispongono al fine di adempiervi. Quanto agli obblighi – ricorda la Suprema Corte – i sindaci sono tenuti al dovere di vigilare (i) «sull'osservanza della legge e dello statuto», (ii) sul «rispetto dei principi di corretta amministrazione»¹², con particolare rilievo all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società, e (iii) sul concreto funzionamento di tale assetto (oltre a svolgere il controllo contabile nel caso previsto dall'art. 2409-*bis* c.c.¹³).

Per adempiere a siffatti doveri di vigilanza i sindaci dispongono di alcuni poteri, loro attribuiti dall'ordinamento in modo specifico (art. 2403-*bis* c.c.): essi possono in qualsiasi momento, anche individualmente, procedere ad atti di ispezione e di controllo (avvalendosi anche, per specifiche operazioni, a proprie spese e sotto la propria responsabilità, di propri dipendenti e ausiliari che non si trovino in una delle situazioni di cui all'art. 2399 c.c.¹⁴); possono chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari; possono altresì scambiare informazioni con i correlativi organi delle società partecipate (e controllate) in merito ai sistemi di *governance* e all'andamento generale dell'attività sociale¹⁵ e scambiare informazioni con i soggetti incaricati del controllo contabile (art. 2409-*septies* c.c.). Ancora, *ex* art. 2406, co. 2, c.c. il collegio sindacale ha il potere di convocare l'assemblea «qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere». Infine, *ex* art. 2409 c.c., i sindaci possono esercitare il potere di denuncia al Tribunale laddove ritengano sussistente un fondato sospetto di gravi irregolarità di gestioni potenzialmente dannose e, ai sensi degli artt. 2377 e 2388 c.c., hanno

1998, il quale già prima della riforma del 2003 affermava come il paradigma dell'omissione impropria fosse lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per rispondere alle esigenze di tutela originate dallo sviluppo della complessità economica e societaria.

¹² Cfr. F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, XIII ed., 2006, 630 ss. ove viene peraltro evidenziato come l'attuale dicitura «rispetto dei principi di corretta amministrazione» risulti molto più precisa di quella recata dalla precedente formulazione della norma («controllare l'amministrazione della società»), la quale «suggeriva di considerare i sindaci come una sorta di superamministratori (origine di quella giurisprudenza portata ad appiattare la responsabilità dei sindaci su quella degli amministratori, coinvolgendoli sistematicamente in tutte le responsabilità imputabili a questi ultimi)».

¹³ *Ibidem*, 631, ove gli Autori evidenziano come «non senza una qualche incoerenza, tuttavia, il riformatore ha lasciato al collegio sindacale una serie di mansioni meglio assimilabili al controllo contabile, che norme sparse già precedentemente gli attribuivano»: si tratta, a ben vedere, sempre di poteri informativi e consultivi, in nessun caso direttamente inibitori o impeditivi.

¹⁴ Fermo restando (art. 2403-*bis* c.c.) che gli amministratori hanno facoltà di rifiutare agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci l'accesso a informazioni riservate.

¹⁵ Registrando peraltro le operazioni eseguite nel libro di cui all'art. 2421, co. 1 n. 5, c.c.

rispettivamente il potere di impugnare le deliberazioni assembleari e quelle del consiglio di amministrazione.

Merita rilevare, a uno sguardo di insieme, come i singoli sindaci godano di poteri ispettivi mentre, collegialmente, l'organo di controllo appaia dotato di poteri informativi e di segnalazione.

Individualmente o collegialmente, tuttavia, i sindaci svolgono un'attività di "mera" vigilanza, avente ad oggetto gli atti di amministrazione¹⁶, gli atti di organizzazione dell'organo gestorio¹⁷, le decisioni assembleari e, in alcuni casi, la eventuale violazione delle regole contabili.

Se, dunque, sono questi i poteri attribuiti dall'ordinamento ai sindaci, si ritiene opportuna un'ulteriore sottoderminazione tematica.

In primo luogo, è necessario considerarne l'idoneità impeditiva rispetto all'illecito altrui laddove i predetti poteri fossero stati correttamente e tempestivamente azionati, posto che solo ove essi permettano di "impedire l'evento" potrebbe, a rigore, concretizzarsi la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.

In secondo luogo, tuttavia, anche qualora l'esercizio degli stessi non fosse autenticamente impeditivo in termini di assoluta certezza, si dovrebbe in ogni caso valutare se la combinazione tra le clausole normative di cui agli artt. 40, co. 2 c.p. e 110 c.p. sia tale da autorizzare – sul piano tanto dogmatico, quanto probatorio – l'attenuazione del rigore della prova "impeditiva" a favore di quella meramente "agevolatrice" o "di rinforzo", o addirittura del contributo morale alla compartecipazione criminosa, secondo le acquisizioni del c.d. modello unitario del concorso di persone nel reato disciplinato dal nostro diritto penale.

In terzo luogo, si è persuasi che assuma conclusivo rilievo, per risolvere gli eventuali dubbi dogmatici e probatori destinati ad affiorare dall'analisi dei predetti due passaggi logico-giuridici, la considerazione dell'ingrediente soggettivo doloso – vuoi come consapevolezza del contributo concorsuale al fatto distrattivo, vuoi come rafforzamento consapevole del proposito criminoso dell'*intrausus* –, dell'*animus* che informa la condotta antidoverosa dell'organo di controllo.

I tre passaggi dianzi enunciati – modulo omissivo improprio, modulo omissivo improprio concorsuale e contributo concorsuale morale e doloso – scandiranno le successive argomentazioni.

3.1. Il modulo omissivo improprio. Poteri direttamente o indirettamente impeditivi (continua).

In tema di responsabilità penale da reato omissivo improprio degli organi di controllo, la dottrina ha operato una duplice e peculiare *summa divisio* – sulla quale

¹⁶ Controllando che l'organo gestorio si astenga dal compiere atti in conflitto di interessi con la società o estranei all'oggetto sociale o comunque suscettibili di compromettere l'integrità del patrimonio sociale.

¹⁷ Verificando le procedure ideate ed il grado di loro effettivo rispetto.

appare opportuno soffermarsi – tra poteri direttamente e indirettamente impeditivi, da un lato; tra poteri tipici e atipici¹⁸, dall'altro.

Si definisco poteri direttamente impeditivi quelli ai quali corrispondono «doveri di conformazione» e conseguono in via diretta «effetti vincolanti sull'attività del soggetto controllato»¹⁹.

Si dicono, invece, poteri indirettamente impeditivi quei poteri che decodificano «uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare – dei poteri stessi – è immesso», senza che sia tuttavia egli stesso a poter modificare direttamente la realtà²⁰, essendo pur sempre necessario l'intervento di altri soggetti della sequenza procedimentale²¹.

A ben vedere, allo stato attuale della normativa civilistico-societaria, sembra che i poteri direttamente impeditivi dei sindaci, ove anche riscontrabili, siano davvero esigui: si limiterebbero, fundamentalmente, al potere di impugnare le delibere del consiglio di amministrazione di cui all'art. 2388 c.c. e al potere – esercitabile nell'ambito del sistema dualistico – di “bloccare” l'attività del consiglio di gestione di cui all'art. 2409-terdecies, lett. a), c.c. Poteri i cui ambiti di attivazione e rilevanza sono peraltro strettamente determinati dalla disciplina di settore.

I poteri intorno ai quali viene, invece, di consueto ricostruita – dalla dottrina e dalla giurisprudenza – la responsabilità penale per concorso omissivo dei sindaci rispetto all'attività illecita degli amministratori, come si è in precedenza evidenziato, sono i poteri di attivazione dei flussi informativi di cui all'art. 2403-bis c.c. ed il potere di denuncia al Tribunale di cui all'art. 2409 c.c.: poteri, questi, funzionali (i) alla *conoscenza* di eventuali irregolarità o attività illecite e (ii) alla conseguente *segnalazione* ad altri soggetti (l'assemblea dei soci o il Tribunale) affinché questi ultimi si attivino per inibire o reagire dinanzi ai contegni serbati dalla compagine amministrativa²². In altri termini si

¹⁸ Cfr. A. INGRASSIA, [La suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?](#), Nota a Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Pres. Oldi, Rel Micheli, in questa Rivista, 14 febbraio 2013.

¹⁹ Per le richiamate definizioni cfr. F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, 608. In ordine ai poteri impeditivi cfr. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in Riv. soc., 2012, 333 ss.; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 162 e ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 67 ss.

²⁰ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 275 ss., il quale aggiunge che tali poteri non comportano «un mutamento in atto della realtà, bensì l'attesa, riposta in una norma, che la realtà subisca un mutamento».

²¹ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, spec. 224, ove si afferma che nei poteri indirettamente impeditivi: «l'impedimento dell'evento a cui è obbligato il garante dipende dalle condotte di terze persone».

²²Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 74, il quale afferma che: «ove si eccettuino alcune ipotesi del tutto eccezionali, i sindaci non godono di alcun potere ostativo nei confronti degli amministratori: i loro compiti sono, prevalentemente, dei compiti referenti»; cfr. anche G. CAVALLI, *Il controllo societario e gli interessi protetti*, in *Le Società*, 1998, 891 e 892 il quale afferma che «il nocciolo del controllo sindacale sull'amministrazione sta nel verificare e nel riferire». Sebbene in un contesto normativo precedente alla riforma del 2003, siffatte affermazioni possono ancora essere condivise, almeno in linea generale.

tratterebbe di poteri di *informazione* e di *impulso*, ma non ancora poteri che consegnino al sindaco la possibilità giuridica di intervenire nella realizzazione della fattispecie tipica (perpetrata dall'amministratore) impedendone in senso proprio la commissione²³. Dunque, per mantenere il lessico iniziale, i poteri intorno ai quali viene edificata – in via giurisprudenziale – la posizione di garanzia dei sindaci difetterebbero di una efficacia direttamente impeditiva.

Alcune voci in dottrina²⁴ hanno dunque rilevato che, se nessun concreto potere di intervento – che vada oltre alla mera sollecitazione o all'intimazione di carattere dissuasivo – è ravvisabile in capo ai componenti del collegio sindacale, dovrebbe allora concludersene che nessuna posizione di garanzia in grado di sorreggere il meccanismo di integrazione suppletiva di cui all'art. 40 cpv. c.p. possa essere individuata in capo ai sindaci medesimi. Su questi graverebbe – proprio in virtù dell'assenza di poteri in senso proprio impeditivi – una posizione di sorveglianza o di vigilanza²⁵ che, come noto, sarebbe in grado di fondare una responsabilità penale in caso di violazione degli obblighi dalla stessa discendenti solo ove ciò fosse espressamente previsto da fattispecie di omissione propria²⁶.

Da altra prospettiva, siffatto filone dottrinale, ha anche evidenziato come non ogni obbligo giuridico di attivarsi sia suscettibile di essere convertito – in chiave penalistica – in un obbligo giuridico di impedimento²⁷: piuttosto che di obblighi di garanzia in senso proprio, i sindaci sarebbero dunque depositari di poteri (e conseguentemente tenuti da obblighi) di *sorveglianza*, essendo «soggetti che, lungi dall'essere giuridicamente tenuti a (proprio perché privi dei suddetti poteri di) impedire l'evento offensivo degli interessi affidati alla loro tutela, sono più genericamente tenuti (proprio perché privi dei suddetti poteri impeditivi) solo a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e comunque ad informare il titolare del bene o garante»²⁸.

La dottrina maggioritaria²⁹, sulla scia della giurisprudenza, ritiene tuttavia che il sindaco, in quanto garante, debba nondimeno attivare tutti i poteri, anche quelli

²³ In modo tale che le stesse appaiano come emanazione della sua sfera di signoria. Cfr. al proposito, V. TORRE, *Nota a Tribunale di Ancora, G.I.P., 5 dicembre 1997, Giudice D'Aprile*, in *Ind. pen.*, 2000, 269 ss. Le considerazioni dell'Autrice, pur in un contesto normativo parzialmente diverso, conservano indubbia attualità e profondità di ricostruzione dogmatica.

²⁴ Su tutti si veda A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., *passim*.

²⁵ Cfr. V. TORRE, *op. ult. cit.*, 285 e 286; secondo l'Autrice, infatti, l'attività dei sindaci non presenterebbe «l'incisività necessaria per fondare una posizione di garanzia che abbia come contenuto l'impedimento di un reato» non avendo la possibilità di intervenire sulla sfera di autodeterminazione altrui.

²⁶ In modo del tutto analogo MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 75.

²⁷ Cfr. V. TORRE, *op. ult. cit.*, 281.

²⁸ Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 75, richiamandosi anche, nel relativo corpo di testo, la definizione di obbligo di sorveglianza proposta dal c.d. Progetto Vassalli-Pagliaro.

²⁹ Cfr. F. STELLA – D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, 563: «il dovere di impedimento non potrà ritenersi adempiuto, se non quando siano stati esercitati *tutti* i poteri inerenti al ruolo di garante, che possano servire ad evitare l'evento. L'esercizio di alcuni soltanto dei poteri comporta, infatti, l'omesso esercizio di altri poteri intesi ed idonei ad impedire l'evento; e questo basta a fondare la responsabilità ex art. 40 cpv. c.p.» (corsivo originale); F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 334 ss.; *Contra* F. GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608.

dissuasivi, informativi e/o conoscitivi, ancorché non direttamente impeditivi, per non essere chiamato a rispondere penalmente *ex art. 40 cpv c.p.* a titolo di concorso nei reati commessi dagli amministratori.

Tale posizione consegue, principalmente, a due itinerari argomentativi, uno di teoria generale e uno di carattere funzionale.

Il primo si sostanzia nell'evidenziare come la modifica di una posizione soggettiva altrui, quale risultato tipico dell'esercizio di un potere, si ottiene di sovente attraverso l'attivazione di procedure più o meno complesse, le quali presuppongono necessariamente degli atti di impulso³⁰.

Il secondo argomento, di carattere funzionale, evidenzia invece come, non essendo presenti nel diritto societario poteri individuali direttamente impeditivi di atti gestori, si dovrebbe rinunciare a qualificare come garanti, già sul piano astratto, tutti i componenti degli organi di controllo delle società commerciali³¹.

Siffatta impostazione è stata condivisa anche dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, in base alla quale «la posizione di garanzia richiede l'esistenza dei poteri impeditivi che peraltro possono concretizzarsi in obblighi diversi (per es. di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento»³².

In tale cornice interpretativa si colloca anche la sentenza in commento.

La stessa afferma, infatti, che il ricorrente, in base alla nuova formulazione degli artt. 2403, 2406, 2409 e 2477 c.c., avrebbe certamente disposto dei «poteri necessari a stroncare sul nascere le velleità appropriative dell'amministratore, atteso che poteva segnalare all'assemblea le scorrettezze di quest'ultimo, ma poteva anche segnalare al Tribunale le irregolarità di gestione»; e ciò in quanto, da un punto di vista più generale «i "poteri impeditivi" necessari a configurare una responsabilità per omesso controllo [...] non sono i poteri capaci di evitare, in assoluto, la commissione dei reati da parte degli amministratori (atteso che non è demandato ai sindaci un controllo preventivo sugli atti di amministrazione), ma i poteri, senz'altro appartenenti al sindaco, di ricognizione e di segnalazione sopra specificati, che stimolano la reattività dei soggetti legittimati ad agire per la tutela del patrimonio sociale» (§ 5 della sentenza in commento).

3.2. (segue) Il modulo omissivo improprio. Poteri tipici e poteri atipici.

Riprendendo il secondo polo della *summa divisio* in precedenza indicata, preme ora soffermarsi a considerare la dicotomia tra poteri tipici e poteri atipici.

Al riguardo, va in primo luogo evidenziata una netta divergenza di interpretazioni tra dottrina e giurisprudenza.

³⁰ A. NISCO, *Controlli*, cit., 286.

³¹ Cfr. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 334.

³² Cfr. Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *Cass. pen.*, 2011, 101 con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*. Cfr. anche A. INGRASSIA, *La Suprema Corte*, cit., 4 e la bibliografia ivi citata.

Quest'ultima appare orientata³³ nel senso di pretendere dal garante l'attivazione di ogni possibile potere, giuridico o di fatto, direttamente connesso o meno che sia con la propria funzione, trovando limite esclusivamente nel comportamento antiggiuridico.

La Suprema Corte, infatti, ha già in passato affermato, con riferimento ai poteri dei sindaci rispetto alla posizione di garanzia, che spetterebbe al giudice «rinvenire la relativa esistenza nella dotazione disponibile al soggetto», giacché «l'area interessata è quella più prossima all'attività esercitata, ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»³⁴.

La dottrina maggioritaria, per contro, ha evidenziato come tale opzione ermeneutica esporrebbe al rischio di condurre il giudice a ricostruire la posizione di garanzia a ritroso, individuando l'area dei poteri che la presidiano e la fondano a posteriori, seguendo una logica, anche sotto il profilo causale, del "*post hoc propter hoc*"³⁵, in violazione del principio di legalità, assecondando un'espansione della responsabilità penale del sindaco fino a ricomprendere qualsiasi forma di inerzia, pur in assenza di uno stretto legame, eziologico e soggettivo, con l'evento tipico.

Evidenziando come una definizione eccessivamente generica dei poteri (e dunque degli obblighi) dei sindaci finisca per «privare la situazione tipica della consistenza necessaria a selezionare le condotte tipiche»³⁶, la dottrina maggioritaria ha ribadito con fermezza come la posizione di garanzia possa fondarsi solamente su poteri *giuridici* predeterminati e sufficientemente circoscritti, ovvero su poteri «ricostruibili alla luce della normativa che disegna la posizione di garanzia degli organi di controllo»³⁷.

Ribadendo dunque la necessità della previsione, in capo al soggetto gravato della posizione di garanzia, di poteri (direttamente o indirettamente) impeditivi sufficientemente predeterminati (*id est*: tipici, in quanto giuridicamente previsti), una

³³ Salvo alcune timide aperture, comunque lasciate "ristagnare" sul solo profilo dell'argomentazione astratta. Cfr. in questo senso Cass., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519 – con nota di A. INGRASSIA, *La Suprema Corte*, cit., 5 – ove si afferma che «occorre che i poteri siano ben determinati, ed i loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente».

³⁴ Cass., Sez. V, 4 maggio 2011, 4422, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 187 con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, richiamata anche da A. INGRASSIA, *La Suprema Corte*, cit., 4; in ordine alla ricostruzione giurisprudenziale di un'ampia area dei poteri di impedimento (ancorché indiretti) dei sindaci sui quali fondare una loro responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.* per fatti di bancarotta commessi dagli amministratori, cfr. anche Cass., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 17393; Cass., Sez. V., 5 luglio 2012 n. 37920; Cass., Sez. V, 5 marzo 2012 n. 26399; Cass., Sez. V, 14 gennaio 2016, n. 18985; Cass., Sez. V, 26 maggio 2017 n. 42046.

³⁵ Segnala il rischio di una pericolosa inversione logica anche V. TORRE, *op. ult.* cit., 289 e 290, affermando che «L'omissione tipica si ricostruirebbe solo procedendo a ritroso a partire dall'accertamento dell'evento tipico e, attraverso un criterio causale, si individuerrebbe a posteriori il contenuto specifico di un obbligo giuridico, posto dall'ordinamento in base ad una proposizione del tutto generica [...] La discrezionalità del giudice costituirebbe l'unica fonte de precepto, individuato e individuabile in base al criterio causale solo al momento dell'applicazione della norma».

³⁶ Cfr. V. TORRE, *op. ult.*, cit., 289.

³⁷ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 335; in questo senso anche G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento*, cit., 890 ss.

parte della dottrina, seguendo gli sviluppi e gli affinamenti dei poteri attribuiti dalla normativa civilistica ai sindaci, ha svolto un'ulteriore considerazione, così riassumibile: se anche si ritenesse che, dopo il 2003, la migliore delineazione degli obblighi e la più penetrante incisività dei poteri attribuiti ai componenti del collegio sindacale permettesse di ricostruire in capo ai medesimi una posizione di garanzia, coerente – con particolare riferimento alle S.p.A. quotate – anche con una funzione di garanzia generale e di tutela degli investitori³⁸, nondimeno si dovrebbe prestare particolare attenzione a non sovrapporre ciò che risulta rilevante sul piano civilistico rispetto a quanto oggetto di specifica attenzione penalistica.

Il progressivo affinamento e la più precisa delimitazione dei compiti e dei poteri del collegio sindacale – prosegue tale dottrina – può infatti ben fondare, ai sensi dell'art. 2407 c.c., solo una responsabilità civilistica in capo ai sindaci in solido con gli amministratori per le conseguenze dannose da questi ultimi cagionate alla società³⁹. Una responsabilità penale, invece, ricostruita attraverso la clausola di integrazione suppletiva di cui all'art. 40 cpv c.p., potrà essere configurata – pur alla luce del nuovo dettato civilistico – solo laddove essa esibisca una effettiva correlazione tra poteri impeditivi predeterminati (in ossequio ad un ben inteso principio di legalità) e specifico fatto costituente reato che attraverso l'attivazione degli stessi si sarebbe dovuto scongiurare.

Del resto, il possibile disallineamento che verrebbe così a crearsi tra risposta civile e risposta penale al medesimo fatto storico si poggia sull'ineliminabile differenza che sussiste tra le ragioni del "risarcire" e le ragioni del "punire"⁴⁰.

³⁸ Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 78 ss. il quale valorizza la funzione di collegamento informativo del collegio sindacale delle S.p.A. quotate con la Consob. L'Autore – citando V. Rordorf, *Mercati finanziari e società di capitali. I controlli interni dal dattiloscritto della Relazione all'incontro di studio sul tema "La tutela penale del mercato finanziario" tenuto presso il CSM nel maggio 1998* – afferma che «l'attuale maggiore specificità ed incisione di siffatti poteri (quelli dei sindaci) è, in effetti, tale da inserire questo organo in un più vasto sistema di garanzia, non solo a beneficio dei soci ma anche del mercato nel suo insieme».

³⁹ *Ibidem*, 81.

⁴⁰ Del resto, l'aver disatteso degli obblighi di controllo non necessariamente deve trovare una risposta penale da parte dell'ordinamento. Per tutelare gli interessi privatistici sottesi alla gestione societaria potrebbero essere considerati bastevoli anche i rimedi già previsti sul piano risarcitorio. D'altra parte, quando il legislatore ha voluto dare rilievo penalistico alle condotte dei sindaci, l'ha fatto in modo esplicito. La posizione di garanzia individuata nel campo civilistico, per finalità di stampo risarcitorio, non può essere *sic et simpliciter* spostata sul piano penalistico, giacché non ogni obbligo giuridico è suscettibile di convertirsi in obbligo di impedire l'evento rilevante in una fattispecie omissiva impropria ex art. 40 cpv c.p. (Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 75).

4. Il modulo omissivo improprio concorsuale: la fattispecie concorsuale eventuale e l'accertamento del nesso causale.

La seconda tematica dischiusa dal paradigma ascrittivo adottato dalla sentenza in commento in ordine ai sindaci, è relativa, come sopra anticipato, alla disciplina del concorso di persone nel reato *ex artt.* 110 e ss. c.p.

Alcune voci della dottrina⁴¹, argomentando sull'assenza di poteri dotati di efficacia direttamente impeditiva rispetto all'evento (*id est*, in questo caso, il reato altrui) in capo ai sindaci, ritengono che la condotta omissiva dei medesimi non possa esplicitare un'efficacia causale sufficiente a sorreggere la struttura di cui all'art. 110 c.p.

A ben vedere, tuttavia, ragionando in ordine ai meccanismi giuridici ed agli equilibri sistematici che presidiano il concorso di persone nel reato, sarebbe possibile ricostruire il contributo causale dei sindaci al delitto di bancarotta degli amministratori in termini di agevolazione o, ipotizzando un previo accordo, in termini di concorso morale⁴² – nella forma del rafforzamento del proposito (o della causalità di rinforzo) – senza la necessità di ricorrere alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.⁴³.

La giurisprudenza, ben consapevole dell'importanza centrale dell'accertamento causale nell'ambito del paradigma omissivo utilizzato per ascrivere ai sindaci, a titolo di concorso doloso, fatti illeciti commessi dagli amministratori, ha in passato affermato la necessità di vagliare con rigore «l'esistenza di elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, della loro partecipazione, in qualsiasi modo, all'attività degli amministratori ovvero di valide ragioni che inducano a ritenere che l'omesso controllo abbia avuto effettiva incidenza causale nella commissione del reato da parte degli amministratori»⁴⁴.

Nel solco di questo orientamento, la sentenza in commento ribadisce che, per ritenerne sussistente la penale responsabilità del sindaco, è necessario che egli abbia dato, con la propria omissione, un «contributo giuridicamente rilevante – sotto l'aspetto causale – alla verifica dell'evento» aggiungendo che, al riguardo, «occorre la prova – che può essere data, come di regola, anche in via indiziaria – del fatto che la sua condotta abbia determinato o favorito consapevolmente la commissione del fatto di bancarotta da parte dell'amministratore».

Evidente sembra, dunque, che la sentenza annotata richiami un contributo causale modulato in termini di agevolazione rispetto alla condotta illecita altrui. In questo senso va inquadrata l'ulteriore precisazione svolta dalla Suprema Corte che, in

⁴¹ Cfr. V. TORRE, *op.ult. cit.*, 291; A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci*, cit., 64 ss., spec. 75, 76, 77 e 78.

⁴² Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 509 ss.

⁴³ O almeno nella relativa funzione di disciplina. Cfr. sul punto F. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 140 ss., ove viene evidenziato come, mentre l'art. 40 cpv. c.p. viene a svolgere la funzione di dettare la sola regola di equivalenza della compartecipazione omissiva alla condotta illecita commessa da altri, l'art. 110 c.p. conserva invece una funzione incriminatrice (e non solo di disciplina): il contributo negativo risulta in tal modo assimilato (art. 110 c.p.) alla condotta concorsuale attiva ove sussista un obbligo giuridico di impedire il reato altrui (art. 40 cpv c.p.).

⁴⁴ Cass., Sez. V, 21 aprile 2010 n. 15360.

risposta ad un motivo di impugnazione, ha precisato come sarebbe «del tutto inconferente [...] il riferimento del ricorrente al ragionamento controfattuale, che, secondo lui, si imporrebbe nella specie, giacché l'esercizio scrupoloso della funzione di controllo è richiesto per stimolare, in generale, comportamenti legali e virtuosi dell'amministrazione e non già per impedire, rendendoli impossibili, i reati di bancarotta» (§ 5).

In sostanza, la Suprema Corte sembra connettere l'attivazione della funzione di controllo (*recte*: di vigilanza) del sindaco non ad evitare l'evento-reato commesso dagli amministratori ma all'attivazione di un circuito informativo volto a propiziare comportamenti legali e virtuosi dei medesimi. Con tale precisazione, la Cassazione sembra dunque confermare che, in queste ipotesi, la connessione causale richiesta assuma le venature dell'agevolazione (e non di una causazione *stricto sensu* intesa sul piano naturalistico-materiale).

Il problema di maggior spessore, allora, quanto al profilo causale, sembrerebbe porsi sul piano epistemico-processuale, segnatamente con riferimento al grado di corroborazione richiesto per l'accertamento del descritto legame eziologico: è sufficiente un mero aumento del rischio del verificarsi del reato a cagione della condotta omissiva del sindaco? O serve piuttosto l'elevata probabilità logica confinante con la certezza richiesta dalla Franzese⁴⁵?

Affrontare partitamente il grande tema della dogmatica causale esula evidentemente dagli intenti di questo contributo, ma talune considerazioni vanno svolte.

Si ritiene, infatti, che sia possibile mettere in luce un possibile equivoco al fondo della contrapposizione netta tra le due più radicali posizioni interpretative.

Le stesse si fronteggiano in modo esasperatamente "atomistico".

Da un lato, la posizione – in certo senso più garantistica – secondo cui occorrerebbe la puntuale previsione, nell'ordinamento giuridico civile, di poteri

⁴⁵ Cass. Pen. Sez. Un. 10 luglio 2002, Franzese, che si può leggere, tra l'altro, in *Cass. pen.*, 2002, 3643 ss. Su tale sentenza sono stati scritti veri e propri fiumi di inchiostro: senza pretesa di esaustività cfr. R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, 1176 ss.; F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289 (a commento di tre pronunce della Suprema Corte che hanno costituito il presupposto dell'intervento a Sezioni Unite del luglio 2002); ID., *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 589 (pure a commento delle sentenze della Suprema Corte prodromiche a quella del luglio 2002); F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione 'antica' di Carrara e la lezione 'moderna' della Corte di Cassazione sull'oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 743 ss.; O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 608 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss.; M. RONCO, *La struttura del fatto tipico*, in *Commentario cit.*, 259 ss.; F. STELLA, *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss. Tra i più recenti bilanci del dibattito penalistico alimentatosi sulla storica sentenza, cfr., da ultimo, AA.VV., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza 'Franzese'. Riflessioni problematiche nel settore penale e in quello civile*, Atti del Convegno di studio del 28 novembre 2012, Tropea, 2013, in particolare la relazione di F. Viganò.

radicalmente impeditivi in capo ai sindaci⁴⁶, rischia l'ineffettività applicativa nel vivo dispiegamento dell'esperienza giudiziaria, la quale non può che essere "sensibile" quantomeno alle più macroscopiche – nonché sintomatiche sul piano dell'effettività concorsuale e della sussistenza di volontà concorsuale dolosa – violazioni dei doveri funzionali dei sindaci⁴⁷. Inoltre, nella sua "intransigenza condizionalistica", essa non sembra considerare la rilevanza penale anche dei contributi concorsuali "non condizionalistici", come noto tipici della compartecipazione criminosa penalmente rilevante.

Da un altro canto, è tuttavia innegabile che gli orientamenti più rigorosi della giurisprudenza – secondo i quali, al fine di configurare la penale rilevanza concorsuale dell'omissione, sarebbe sufficiente l'accertamento del dovere funzionale dell'organo di controllo – condurrebbero a istituire l'impropria equivalenza dogmatica tra violazione del mero dovere di condotta *in vigilando* e compartecipazione di carattere doloso.

A ben vedere, senza doversi necessariamente "schierare" per l'una o l'altra posizione, proprio per rispondere all'esigenza di non sovrapporre – in forza di inaccettabili automatismi applicativi – il "controllo negligente" con l'"omesso controllo" proattivamente finalizzato alla realizzazione del delitto altrui, è sul piano della compartecipazione morale e dell'ingrediente soggettivo del reato che risulta necessario pretendere *standard* elevati di dimostrazione della responsabilità dolosa.

Sotto tale riguardo, l'annotata sentenza, forse in modo eccessivamente cursorio e approssimativo sul piano motivazionale, sembra cogliere significativi profili indiziari in ordine alla sussistenza di un pieno dolo di concorso.

Importante diviene dunque l'analisi dell'elemento soggettivo del reato.

5. Il dolo: segnali d'allarme e distinzione tra momento intellettuale e momento volitivo nell'elemento psicologico del reato.

La sentenza annotata muove la propria argomentazione in ordine al segmento soggettivo del reato affermando che, per configurare «la responsabilità penale del sindaco, occorre [...] che egli – oltre ad aver dato un contributo causalmente rilevante – abbia avuto la *coscienza e la volontà* di quel contributo, anche solo a livello di dolo eventuale (a parte i casi in cui l'elemento soggettivo sia richiesto nella forma del dolo specifico)». A fugare ogni dubbio la pronuncia prosegue chiarendo che «non basta imputare al sindaco – e provare – comportamenti di negligenza o imperizia anche gravi, come può essere il disinteresse verso le vicende societarie [...] ma occorre la prova – che può essere data, come di regola, anche in via indiziaria – del fatto che la sua condotta abbia determinato o favorito *consapevolmente* la commissione dei fatti di bancarotta da

⁴⁶ Nonché la prova, attraverso il giudizio controfattuale, che l'attivazione degli stessi avrebbe impedito (al modo degli accertamenti processuali degli eventi naturalistici provocati dalla violazione dei doveri impeditivi), con elevato grado di probabilità logico-razionale confinante con la certezza, il verificarsi dell'evento (nei casi in esame, oltretutto, consistente nel fatto illecito altrui).

⁴⁷ Evenienza che si realizza, a ben vedere, anche nella vicenda oggetto della sentenza in commento.

parte dell'amministratore. Non è necessaria la prova di un preventivo accordo [...] giacché l'inerzia è sinonimo di omissione e questa [...] può anche essere animata da dolo» (§ 5).

Sul piano della ricostruzione astratta, dunque, il rigore richiesto dalla Suprema Corte nell'affermare la necessaria sussistenza dell'elemento doloso in entrambe le sue componenti – quella rappresentativa e quella volitiva⁴⁸ – e la chiarezza nel tracciare la demarcazione tra i coefficienti psicologici attivi tipici del dolo e quelli di difettività tipici della colpa sono certamente degni di plauso.

La Suprema Corte prosegue poi nell'impiegare siffatti principi al caso *sub iudice* e, dopo aver richiamato quelle che sono state individuate nel capo di imputazione come le condotte distrattive perpetrate dagli amministratori, afferma: «se è vero che la responsabilità (per distrazione) del sindaco presuppone la conoscenza, e non la sola conoscibilità delle malefatte dell'amministrazione, è altrettanto indubbio che l'ampiezza dell'arco temporale [...] il loro numero e reiterazione, oltre che la loro rilevanza vanno presi in considerazione dal giudicante per risalire allo stato psicologico del soggetto gravato da obblighi di garanzia; stato che [...] può essere accertato solo in maniera induttiva, facendo ricorso a massime di esperienza e valorizzando i segni esteriori della volontà [...] perché anche i singoli atti di distrazione assumono [...] la connotazione di "segnali di allarme", idonei ad avvisare l'organo di controllo circa la spregiudicatezza del controllato e la necessità di attivarsi per contenerla». Su questa base, atteso il numero, la gravità e la reiterazione delle condotte distrattive perpetrate dagli amministratori (ovverosia quelli che la sentenza identifica nei segnali di allarme), il Collegio di legittimità giunge a ritenere provata la sussistenza in capo al ricorrente dell'elemento soggettivo doloso.

Da un lato, dunque, la Corte riafferma come *necessaria* la prova della concreta conoscenza in capo al sindaco dei fatti criminosi degli amministratori; dall'altro, però, sembra, almeno *prima facie*, ritenere anche *sufficiente* siffatta prova di conoscenza a fondare il dolo, facendo leva proprio sulla teoria dei segnali d'allarme.

Del resto, come evidenziato in dottrina⁴⁹, ad aver ingenerato una certa tendenza giurisprudenziale a concentrare l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato sulla rappresentazione sarebbe stata una singolare eterogenesi dei fini della teoria impiegata: tale teorica, invero, era stata originariamente elaborata come strumento di accertamento del solo momento rappresentativo del dolo, sul quale poi innestare la prova del (necessariamente conseguente) momento volitivo. Nella prassi giurisprudenziale⁵⁰,

⁴⁸ Benché la dizione usata in sentenza – "coscienza e volontà" – afferisca in realtà alla c.d. *suitas* di cui all'art. 42 c.p. più che all'elemento doloso di cui all'art. 43 c.p., ove si parla invece di *previsione* e *volizione*.

⁴⁹ Fondamentale per una comprensione delle derive applicative della teoria dei segnali d'allarme cfr. C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 1265 ss.

⁵⁰ Cfr. Cass. Pen, Sez. V, 27 novembre 2017, n. 52433; Cass., 5 marzo 2014, n. 26399. Va segnalata, per contro, come emblema di una pronuncia attenta e rigorosa nel ricostruire mediante la teoria dei segnali d'allarme il solo momento rappresentativo del dolo Cass., 8 giugno 2012 n. 42519, in base alla quale l'esistenza di segnali obiettivamente idonei a manifestare la sussistenza di un reato *in itinere* non è di per sé sufficiente a dar prova del momento rappresentativo del dolo, giacché è necessario che il segnale venga percepito dal controllore e sia riconosciuto da costui come tale, cioè nella sua portata rappresentativa dell'illecito da

tuttavia, il secondo segmento di accertamento avrebbe finito per essere assorbito interamente nella dimostrazione del primo, essendo divenuto sufficiente riscontrare, nel caso *sub iudice*, la presenza di segnali di allarme idonei a imporsi all'attenzione anche del più noncurante dei sindaci⁵¹.

Seguendo tale lettura critica⁵², dunque, dal piano astratto della *conoscibilità*, espressa dalla gravità dei segnali di allarme, si presumerebbe la *conoscenza* concreta in capo al singolo agente degli stessi (prova della rappresentazione); posta tale rappresentazione, "l'inerzia" fonderebbe, con ulteriore presunzione, la prova della *volizione*, quantomeno nella forma di minore intensità del dolo eventuale⁵³.

Invocando la necessità di maggiore aderenza ai principi di colpevolezza e di autorità autenticamente personale, la richiamata dottrina ha evidenziato come i segnali di allarme dovrebbero risultare non solo «oggettivamente percepibili» ma anche «soggettivamente percepiti»⁵⁴: in altri termini sarebbe necessario, per fondare compiutamente il dolo, che il segnale di allarme non solo esista e sia dotato di una certa solidità ma che sia anche percepito e riconosciuto come tale dall'agente. In secondo luogo, quale momento successivo ed ulteriore di accertamento – prosegue tale dottrina⁵⁵ – dovrebbe essere dimostrato che il contegno omissivo (*i.e.* la mancata attivazione dei poteri di vigilanza dell'organo di controllo) si manifesti espressivo di un'inclinazione realmente volitiva, da intendersi quale adesione intenzionale alla lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice⁵⁶.

Si potrebbe parlare al proposito di una *probatio diabolica*. Nondimeno – sostiene la citata dottrina – si tratta di una *probatio* che deve essere rigorosamente raggiunta per fondare l'addebito di responsabilità penale in capo al sindaco, giacché solo un illecito penale «correttamente apprezzato anche sotto il profilo dell'effettività delle sue necessarie

scongiorare. Si potrà ritenere dunque accertato il dolo solo quando l'imputato «sia concretamente venuto a conoscenza di dati da cui potesse desumersi un evento pregiudizievole per la società, od almeno il rischio che un siffatto evento si verificasse ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo»; o, ancora, Cass. Pen, Sez. V, 22 marzo 2016, n. 14045 (sebbene riferita agli amministratori non esecutivi).

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. V, 27 gennaio 2011 n. 7088, dalla quale emerge come, per provare la sussistenza del dolo, sarebbe sufficiente che i segnali d'allarme si presentino sufficientemente forti da imporsi all'attenzione anche del più noncurante ed indifferente degli amministratori o dei sindaci. Si vedano al proposito le aspre critiche di F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità* cit., 324, richiamato al proposito anche da A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 7, nota 25.

⁵² Cfr. A. MELCHIONDA, *La responsabilità*, cit., 67, ed anche A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 7.

⁵³ In tal modo l'oggetto del dolo verrebbe a sostanziarsi nei segnali d'allarme del reato *in itinere* ed il relativo accertamento si limiterebbe, in fondo, alla mera percepibilità dei predetti segnali, sulla quale fondare – per salti logici successivi – la rappresentazione e la volizione come automatici risvolti soggettivi della fattispecie oggettiva.

⁵⁴ Tale dicitura è tratta da A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 8, che a sua volta la rinviene in Cass., Sez. V., 4 maggio 2007 n. 23838 (nota n. 28 alla quale si rinvia anche per la bibliografia ivi citata).

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ In ordine alla consistenza ontologica e dogmatica del dolo cfr. M. RONCO, *Gli elementi soggettivi del fatto tipico*, in ID. (a cura di), *Commentario sistematico*, cit., 422 ss. e 461 ss.; ID. *La struttura del dolo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema Penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, Padova, 2012, 91 ss.; ID. *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, 1177 ss.

componenti soggettive potrà configurarsi quale oggetto di un rimprovero “personale” e “colpevole”»⁵⁷.

Del resto, anche la più accorta giurisprudenza, non rimanendo sorda ai moniti della dottrina richiamata, ha inteso valorizzare il momento volitivo in sede di accertamento del dolo – cercando di enucleare degli elementi fattuali idonei a consegnare l'autentica inclinazione soggettiva del singolo agente – ed ha proseguito nel costante lavoro di affinamento verso l'individuazione di un punto di equilibrio tra esigenze di dogmatica ed esigenze di accertamento⁵⁸.

A ben vedere, infatti, anche la sentenza annotata, pur in modo estremamente succinto, ha ricostruito la consistenza dell'elemento soggettivo avallando la ricerca di indici di *volontà* concorsuale.

Nel caso di specie, la Cassazione ha ritenuto corretto l'incedere argomentativo della Corte di appello, secondo la quale la gravità delle plurime (e puntualmente ricostruite) violazioni degli obblighi di vigilanza non poteva che indiziare un'inclinazione soggettiva espressiva (non solo di mera negligenza nello svolgimento delle funzioni di controllo bensì) di un volontario contributo concorsuale all'attività illecita degli amministratori. L'aver completamente abdicato alle proprie funzioni, infatti, avrebbe imposto alla sfera *rappresentativa* del sindaco la prefigurazione di una compagine amministrativa “a briglie sciolte” e, dopo un decennio di distrazioni, operazioni sospette e formalità procedimentali obliterate, avrebbe consegnato anche una consistenza *volitiva* idonea a trapassare l'area della “mera” negligenza per rivelare una adesione dolosa (quantomeno nella forma eventuale) al contegno della compagine amministrativa.

È del resto evidente che, difettando una concatenazione strettamente naturalistica sotto il profilo eziologico, il contributo di agevolazione venga nutrito proprio dal formante soggettivo: il sindaco che voglia agevolare l'attività distrattiva di un amministratore, a ben vedere, potrebbe limitarsi – anche senza un previo accordo – a “non vedere”, a “lasciar fare”, senza aver naturalisticamente immesso alcun elemento fenomenico nella dinamica reale. Eppure non v'è chi non veda come un siffatto contegno del “controllore” rappresenti una condotta certamente idonea a fondare una responsabilità concorsuale (nei termini sopra detti) siccome idonea ad esprimere un disvalore assimilabile a quella dell'amministratore che, proprio sulla base di quella “generosa inerzia”, sia riuscito a realizzare, indisturbato, i propri propositi criminosi.

⁵⁷ A. MELCHIONDA, *La responsabilità*, cit., 64.

⁵⁸ Va infatti evidenziato come una parte della giurisprudenza, al fine di agevolare l'accertamento di un elemento soggettivo autenticamente doloso, abbia valorizzato alcuni indici fattuali e precisamente: i) la fiducia riposta dai sindaci (o dagli amministratori non esecutivi) negli amministratori esecutivi (o nell'amministratore delegato, che gode spesso di consensi, fiducia e asimmetrie informative); ii) l'investimento da parte degli amministratori (tenuti all'oscuro delle condotte illecite) di ingenti somme di denaro; iii) l'eventuale “occultamento” dell'illecito perpetrato dall'esecutore materiale (l'amministratore) rispetto ai componenti dell'organo di controllo (o agli altri amministratori). Sul tema si vedano gli interessanti approfondimenti svolti da A. INGRASSIA, *La suprema Corte*, cit., 10 ss., il quale, nel commentare Cass., Sez. V, 8 giugno 2012 n. 42519, parla al proposito di una particolare applicazione della formula di Frank.



3/2019

LA CASSAZIONE E I FRATELLI MINORI DI LOREFICE

Riflessioni a margine di
Cass., Sez. I, sent. 23 ottobre 2018 (dep. 13 dicembre 2018),
n. 56163, Pres. Iasillo, Est. Santalucia

di Giuseppe Biondi

Abstract. La Cassazione ha confermato la pronuncia della Corte di Appello di inammissibilità della richiesta di revisione, avanzata da un ricorrente, che, pur senza avere mai adito la Corte europea dei diritti dell'uomo, assumeva di trovarsi in posizione analoga a quella di altro ricorrente vittorioso a Strasburgo, con riguardo alla riconosciuta violazione dell'art. 6 CEDU (caso Lorefice c. Italia), e, per tale ragione, chiedeva la riapertura del suo processo. Ma è giusto impedire ai fratelli minori di Lorefice, a differenza di quelli di Scoppola, di rivolgersi ad un giudice interno per accertare se, come nel caso del fratello maggiore, anche nella loro vicenda processuale vi sia stata violazione del diritto fondamentale all'equo processo sancito dall'art. 6 CEDU? Le brevi note che seguono, partendo da una riflessione più ampia sugli obblighi di conformazione alle sentenze della Corte EDU gravante sui singoli Stati membri, mirano a confutare gli argomenti posti a sostegno della decisione della Cassazione, per giungere alla conclusione che anche ai fratelli minori del Lorefice deve essere riconosciuta la possibilità di rimuovere "lo stigma dell'ingiustizia" costituito da una condanna frutto di un processo non equo.

SOMMARIO: 1. Breve sintesi della sentenza della Cassazione. – 2. L'orientamento espresso in altre pronunce. – 3. Gli obblighi conformativi degli Stati membri rispetto alle sentenze della Corte EDU. – 4. L'autorità "interpretativa" della sentenza della Corte EDU. – 5. Prime conclusioni. – 6. Ma davvero ce lo chiede Strasburgo? – 7. Gli argomenti a favore dell'apertura verso i fratelli minori del Lorefice. – 8. Il suggestivo, ma fallace, argomento dell'irragionevole squilibrio di sistema che deriverebbe dal riconoscimento di una maggiore incidenza delle sentenze della Corte EDU sul giudicato rispetto a quelle della Corte costituzionale. – 9. La revisione c.d. europea come mezzo processuale privilegiato per le istanze di giustizia dei fratelli minori di Lorefice. – 10. Conclusioni.

1. Breve sintesi della sentenza della Cassazione.

La sentenza in commento offre l'occasione per una riflessione di carattere generale sugli obblighi di conformazione alle sentenze della Corte EDU gravanti sugli

Stati membri della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e, in particolare, sui giudici interni.

Una breve sintesi della vicenda è doverosa.

Il ricorrente si era rivolto alla Corte di Appello competente chiedendo, ai sensi dell'art. 630 c.p.p., come interpolato dalla pronuncia della Corte cost. n. 113/2011¹, la revisione della sentenza di condanna irrevocabile per violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 lett. d), CEDU, in quanto asseriva essere stato condannato in secondo grado, in riforma della sentenza di assoluzione del primo grado, senza che il giudice di appello avesse proceduto alla rinnovazione delle prove dichiarative di accusa di cui aveva assunto, contrariamente al primo giudice, la piena attendibilità, secondo i noti principi desumibili da una consolidata giurisprudenza europea².

Il giudice della revisione aveva dichiarato inammissibile la richiesta, fra l'altro, in assenza di una sentenza della Corte EDU resa nella medesima vicenda oggetto del processo definito con sentenza irrevocabile, non connotandosi il caso in esame dalla necessità di conformarsi ad una sentenza c.d. pilota della Corte di Strasburgo, riguardante situazione analoga verificatasi per disfunzioni strutturali o sistematiche all'interno del medesimo ordinamento giuridico che avesse accertato una violazione di carattere generale, desumibile dalla pronuncia della Corte EDU, atteso che le sentenze affermative del principio asseritamente leso sarebbero state emesse tutte nei confronti di altri Stati aderenti alla Convenzione.

La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto avverso l'ordinanza di inammissibilità emessa dalla Corte territoriale, ha dichiarato inammissibile il ricorso³ con le argomentazioni che si vanno sinteticamente a riassumere, in parte già rinvenibili in altre pronunce⁴.

Innanzitutto, ha precisato che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice della revisione, il principio di cui il ricorrente lamentava la lesione era stato affermato dalla Corte EDU in una sentenza emessa contro lo Stato Italiano, prima della pronuncia

¹ Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113, in *questa rivista*, 8 aprile 2011, ed *ivi*, 19 maggio 2011, con commento di LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*.

² Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia. Nello stesso senso, si richiamano anche Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania e Corte EDU, 9 aprile 2013, Flueras c. Romania, entrambe in questa *Rivista*, 7 maggio 2013, con nota di S. RECCHIONE, [La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo](#); Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, e, più di recente, Corte EDU, 15 settembre 2015, Moinescu c. Romania, Corte EDU, 5 luglio 2016, Lazu c. Romania, Corte EDU, 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia, tutte reperibili in www.echr.coe.int.

³ Evidentemente con qualche potenziale opinione dissenziente se è vero che l'estensore della motivazione è consigliere diverso dal relatore. Purtroppo, il nostro ordinamento non ammette la manifestazione pubblica della *dissenting opinion*, come avviene in altri ordinamenti nonché nella prassi della stessa Corte EDU.

⁴ Si allude, in particolare, a Cass. pen. Sez. II, 20 giugno 2017, n. 40889, Cariolo, in questa *Rivista*, 26 settembre 2017, con commento di S. BERNARDI, [La suprema Corte torna sui limiti di operabilità dello strumento della "revisione europea": esclusa l'estensibilità ai "fratelli minori" del ricorrente vittorioso a Strasburgo](#) (fasc. 9/2017, p. 177 ss.).

dell'ordinanza impugnata, e precisamente nel caso Lorefice c. Italia⁵. Peraltro, l'approfondimento dell'altro tema posto nell'ordinanza impugnata, e cioè dell'essere o meno la sentenza in questione una sentenza c.d. pilota, ovvero espressione di un principio generale consolidato, non appariva pertinente, in quanto questo tipo di sentenze produrrebbero solo l'obbligo per gli Stati parte della Convenzione di porre mano alle modifiche necessarie a rimuovere il difetto strutturale evidenziato dalla Corte EDU, ma ciò realizza una modalità di esecuzione diversa ed estranea al tema di diretto interesse, attinente alla definizione dei limiti di azionabilità del giudizio di revisione c.d. europea, e cioè alla possibilità che, in forza di sentenze della Corte EDU emesse in relazione a procedimenti non riguardanti l'imputato ricorrente, possano essere travolti i giudicati di condanna analoghi con l'attivazione del procedimento di revisione pur quando un obbligo di esecuzione strettamente inteso non venga in rilievo.

Sotto quest'ultimo profilo, la Corte, discostandosi però da altri pronunciamenti⁶, ha ritenuto che la sentenza della Corte cost. n. 113/2011 avesse incentrato l'attenzione sulla singola vicenda, senza peraltro potere giustificare letture ampie che inducano a utilizzare la revisione al di fuori di ben precisi obblighi esecutivi in favore del singolo ricorrente vittorioso dinanzi alla Corte EDU. Se si ritenesse che lo strumento per adeguare l'ordinamento interno ad una decisione della Corte EDU andasse individuato, in via principale, nella revisione c.d. europea pur quando il condannato nel processo asseritamente iniquo fosse diverso dal ricorrente in sede europea, dovrebbe concludersi che la portata demolitoria del giudicato è ben più forte nelle sentenze della Corte EDU che in quelle di illegittimità costituzionale di norme di pari tipo, in quanto, come è noto, il giudizio di incostituzionalità di una norma processuale, applicata nel procedimento conclusosi con il giudicato di condanna, non lo travolge, seppure si ritenga che la norma processuale incostituzionale appartenga al nucleo del c.d. giusto processo costituzionale⁷.

Questa conclusione, del resto, secondo la Corte, è in linea con le affermazioni rese dalle Sezioni Unite nella nota sentenza Ercolano⁸, che, pur affermando il principio per il quale le decisioni della Corte EDU che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto – non correlata in via esclusiva al caso esaminato – della normativa interna sostanziale

⁵ Corte EDU, Sez. I, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, in questa *Rivista*, 12 luglio 2017, con osservazioni di L. PRESSACCO, [Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale](#) (fasc. 7-8/2017, p. 260 ss.); nonché volendo in *Cass. pen.* 2017, p. 4556, con commento dello scrivente, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte EDU in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*.

⁶ Espressamente da *Cass. pen. sez. I*, 11 ottobre 2016, n. 44193, Dell'Utri, in questa *Rivista*, 26 gennaio 2017, e con commento di S. BERNARDI, [I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione](#) in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 257 ss.; in *Cass. pen.*, 2017, p. 1374, con commento di MAGGIO, *Dell'Utri e Contrada "gemelli diversi": è la revisione europea lo strumento di ottemperanza alle sentenze CEDU?*. Nello stesso senso *Cass. pen. sez. VI*, 2 marzo 2017, n. 21635, *C.E.D. Cass.* n. 269945, pure citata nella motivazione della sentenza in commento.

⁷ Vedi *Cass. pen. sez. un.* 29 marzo 2007, n. 27614, *C.E.D. Cass.* n. 236535.

⁸ *Cass. pen. sez. un.* 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in questa *Rivista*, 12 maggio 2014, con commento di F. VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, p. 250 ss..

con la Convenzione assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia del giudice di Strasburgo, tuttavia ha distinto il diverso caso della violazione dell'art. 6 CEDU, che da luogo a eventuali *errores in procedendo* che implicano valutazioni direttamente connesse alla vicenda specifica, con un accertamento caso per caso, con la conseguenza che in questa ipotesi il giudicato interno potrebbe essere messo in discussione soltanto di fronte a un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie.

In conclusione, per la Cassazione va ribadito il principio di diritto secondo il quale è inammissibile l'istanza di revisione fondata sulla richiesta di applicazione dei principi enunciati da una sentenza della Corte EDU riguardante *errores in procedendo* verificatisi in procedimento relativo ad altro imputato, in ragione dell'asserita sussistenza di una situazione analoga, in quanto, la violazione dei parametri convenzionali si misura nella logica dell'effettiva lesione del diritto ad un equo processo, alla luce di valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica⁹.

2. L'orientamento espresso in altre pronunce.

Si è già detto che il principio affermato dalla sentenza in commento non è univoco in seno alla Cassazione.

Invero, nel noto caso Dell'Utri¹⁰, affrontando il tema di quale fosse lo strumento processuale più idoneo a consentire al ricorrente di trovare potenzialmente tutela, pur non avendo a suo vantaggio una diretta pronuncia della Corte EDU da eseguire, ma vantando asseritamente una posizione analoga a quella di altro soggetto vittorioso a Strasburgo (Contrada Bruno¹¹), la Corte di cassazione ha affermato che l'incidente di esecuzione è stato utilizzato – in momenti storici caratterizzati dalla impossibilità di accedere all'impugnazione straordinaria della revisione – anche come strumento utile a realizzare l'adeguamento interno al giudicato Corte EDU, che per definizione incide su un giudizio approdato, nel sistema interno, a decisione irrevocabile. Tuttavia, dopo la sentenza della Consulta n. 113/2011, occorre riconoscere priorità allo strumento della revisione c.d. europea, che resta il principale canale di adeguamento dell'ordinamento interno ai contenuti delle decisioni emesse dalla Corte EDU, lì dove siano in gioco effetti di sentenze, sia in rapporto a violazioni di principi processuali (art. 6 CEDU) che in rapporto a violazioni ricadenti nell'ambito dell'art. 7 CEDU cui non seguano conseguenze obbligate o predeterminate da altre norme applicabili al caso oggetto di previo giudizio. A ciò, ha aggiunto la Corte, non sarebbe di ostacolo la "alterità

⁹ Nello stesso senso ancora più di recente Cass. pen. sez. V, 18 dicembre 2018, n. 7918/19, in www.archiviopenale.it.

¹⁰ La già citata Cass. n. 44193/2016, di cui peraltro è stato relatore ed estensore lo stesso consigliere che compare come relatore, ma non estensore, della sentenza in commento.

¹¹ Il riferimento è alla nota sentenza Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2860, con osservazioni di SELVAGGI, nonché in questa *Rivista*, 4 maggio 2015, con nota di S. CIVELLO CONIGLIARO, [La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada](#).

soggettiva” del promotore della revisione rispetto al soggetto vittorioso nella pronuncia resa a Strasburgo ed avente come convenuto l’Italia, posto che in sede di prospettazione l’istante ben potrebbe evidenziare la portata generale della violazione accertata e la sostanziale identità del caso – che renderebbero, in tesi, legittimo l’intervento di adeguamento o la proposizione del dubbio di costituzionalità – salve ovviamente la valutazione di merito del giudice investito dalla domanda (per la elementare distinzione tra la legittimazione alla proposizione del ricorso e l’emissione di un provvedimento favorevole al ricorrente)

Poco dopo la Cassazione¹² è tornata sul tema, ricordando che, dopo le decisioni relative ai casi Drassich¹³ e Dorigo¹⁴ (con applicazione dello strumento processuale del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* c.p.p. nel primo caso, e dell’incidente di esecuzione ai sensi dell’art. 670 c.p.p. nel secondo caso) si è verificato l’intervento – sul tema della conformazione alle decisioni della Corte EDU ai sensi dell’art. 46 CEDU – della Corte Costituzionale (con sent. n. 113 del 2011) in virtù del quale anche il soggetto “vittorioso” presso la Corte EDU non è titolare del potere di agire tramite incidente di esecuzione, essendo stato introdotto un particolare “caso aggiuntivo” di revisione (art. 630 c.p.p.) c.d. europea. Da ciò deriva che anche l’ipotesi del «caso analogo» non va trattata – di regola – con incidente di esecuzione ma con istanza di revisione, nel cui ambito dovrà prioritariamente accertarsi l’effettiva analogia tra un caso già deciso presso la Corte EDU e un caso diverso, mai portato alla cognizione della Corte di Strasburgo. Proprio il principio di parità di trattamento di situazioni analoghe impone, infatti, di regolamentare nel medesimo “modo processuale” – ossia tramite la revisione – la condizione del soggetto vittorioso (con lesione del giusto processo già accertata in sede sovranazionale) e quella del soggetto che assume di trovarsi in condizioni analoghe (in caso mai trattato a Strasburgo).

Se si optasse per il mantenimento dell’incidente di esecuzione (forma processuale più agevole) solo a vantaggio del soggetto «diverso» dal vittorioso si realizzerebbe il paradossale effetto di differenziare le forme di accesso alla tutela con maggior vantaggio a favore di chi non ha mai “coltivato” la procedura sovranazionale e ne pretende una mera estensione di effetti.

Il principio è stato più di recente nuovamente affermato.¹⁵

¹² Cass. pen. sez. VII, 11 novembre 2016, n. 42370, Spera, *inedita*.

¹³ Cass. pen. sez. IV, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457.

¹⁴ Cass. pen. sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441, con commento di L. DE MATTEIS, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso Dorigo*.

¹⁵ Sul punto si segnalano, non solo la già citata Cass. n. 21635/2017, ma anche le *inedite* Cass. pen. sez. I, 4 giugno 2018, n. 50027, Conti Taguali, in cui la Corte, pur ammettendo astrattamente la possibilità della revisione c.d. europea da parte del soggetto in posizione analoga al ricorrente vittorioso a Strasburgo, l’ha concretamente esclusa nella specie ritenendo (peraltro, erroneamente) che non vi fossero pronunce della Corte EDU sul tema del ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado riguardanti casi italiani; Cass. pen. sez. VII, 5 luglio 2018, n. 54741, Labate, in cui la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso perché relativo ad incidente di esecuzione sollevato per ottenere la revoca della sentenza di condanna per asserita violazione della CEDU, mai acclarata nel caso di specie dalla Corte EDU, ritenendo esperibile il rimedio della revisione c.d. europea.

Dunque, emerge in seno alla Cassazione un filone giurisprudenziale che ritiene ammissibile il ricorso all'istituto della c.d. revisione europea da parte del soggetto che assume trovarsi in situazione analoga rispetto a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo, sia in ipotesi di violazione dell'art. 7 CEDU, che di violazione dell'art. 6 CEDU, purché nel ricorso si lamenti il carattere generale della violazione accertata, come desumibile dalla pronuncia della Corte EDU; si tratti effettivamente di una situazione corrispondente; la sentenza definitiva della Corte di Strasburgo sia stata emessa in controversia che veda come Stato convenuto l'Italia, con l'ovvia precisazione che un conto è l'ammissibilità del rimedio, un conto è la fondatezza della pretesa¹⁶.

In attesa che quello che appare essere a tutti gli effetti un contrasto giurisprudenziale venga portato a composizione, se del caso attraverso la rimessione della questione alle Sezioni Unite (e, sotto questo profilo, forse si è persa una buona occasione per farlo proprio nella trattazione del caso portato all'attenzione del collegio della I Sezione penale, che ha emesso la sentenza in commento), bisogna chiedersi se la possibilità di prevedere una via di ricorso interno anche in favore del soggetto non ricorrente a Strasburgo, ma che versa in condizione analoga al ricorrente vittorioso in Europa, sia richiesta dalla Convenzione EDU, come interpretata dal competente giudice europeo.

3. Gli obblighi conformativi degli Stati membri rispetto alle sentenze della Corte EDU.

Come è noto, ai sensi dell'articolo 46 CEDU¹⁷, le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive pronunciate dalla Corte nelle controversie nelle quali esse sono parti, e il Comitato dei Ministri è incaricato di vigilare sull'esecuzione di tali sentenze. Ne consegue, in particolare, che, quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme accordate a titolo dell'equa soddisfazione prevista dall'articolo 41 CEDU, ma anche di scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali da integrare nel proprio ordinamento giuridico interno allo scopo di porre un termine alla violazione constatata dalla Corte e di eliminarne, per quanto possibile, le conseguenze. Lo Stato convenuto rimane libero, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, di scegliere i mezzi per adempiere al proprio

¹⁶ Ulteriore requisito implicito è che la questione della violazione della CEDU non sia stata affrontata nel giudizio di cognizione, conclusosi con sentenza definitiva, perché la revisione resta pur sempre un mezzo di impugnazione straordinario, sicché, per i principi generali che regolano l'istituto, sarebbe inammissibile una richiesta fondata su motivi già esaminati nel corso del giudizio (cfr. Cass. pen. sez. V, 31 gennaio 2017, n. 9169, in *C.E.D. Cass.* n. 269060). In questo caso è evidente che l'unico rimedio esperibile è il ricorso ai sensi dell'art. 34 CEDU alla Corte di Strasburgo, nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 35 CEDU.

¹⁷ Sul tema in generale si veda P. PIRRONE, *Sub art. 46 CEDU*, in *Commentario breve alla CEDU* (a cura di Bartole – De Sena – Zagrebelsky), Cedam, 2012, p. 744 e ss., nonché F. VIGANÒ, *L'impatto della CEDU e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di Ubertis – Viganò), Giappichelli, 2016, p. 13 ss.

obbligo giuridico rispetto all'articolo 46 della Convenzione, nella misura in cui tali mezzi sono compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte.¹⁸

Sotto questo profilo, la Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹ ha di recente affermato che non è competente a ordinare, in particolare, la riapertura di una procedura²⁰. Tuttavia, come risulta dalla raccomandazione n. R (2000) 2, adottata il 19.1.2000 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa²¹, si evince dalla prassi relativa al controllo dell'esecuzione delle sentenze della Corte che sussistono circostanze eccezionali in cui il riesame di una causa o la riapertura dei procedimenti risulta essere il mezzo più efficace, se non addirittura l'unico, per realizzare la *restitutio in integrum*, vale a dire ripristinare alla parte lesa, per quanto possibile, la situazione in cui si trovava prima della violazione della Convenzione. Tra le cause interessate da constatazioni di violazioni formulate dalla Corte, quelle che in particolare necessitano del riesame o della riapertura riguardano, secondo la relazione della predetta raccomandazione, il settore del diritto penale.

¹⁸ Corte EDU, Grande Camera, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia, § 249, ma anche la nota sentenza Corte EDU, Grande Camera, 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia, §§ 188-194.

¹⁹ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2017, Moreira Ferreira c. Portogallo, §§ 48 e ss., in questa *Rivista*, 10 novembre 2017, con nota di S. BERNARDI, [La Grande Camera di Strasburgo sulle competenze della Corte in materia di esecuzione delle sentenze europee da parte degli Stati: una scelta di self restraint?](#) (fasc. 11/2017, p. 292 ss.); per un ulteriore commento alla sentenza si veda M. GIALUZ, *Il controllo della Corte europea sulle procedure nazionali di riapertura dei processi, fra astratta possibilità e ostacoli concreti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1558.

²⁰ Giova evidenziare che il sistema convenzionale prevede la possibilità di esperire il ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 CEDU solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 CEDU). Dunque, in linea di massima, la sentenza della Corte europea dei diritti umani, che accerta una violazione della Convenzione, interviene quando oramai la vicenda processuale interna è coperta dal giudicato. Di qui, la conseguenza che, a volte, al fine di consentire l'integrale *restitutio in integrum*, è necessaria la riapertura del processo e, quindi, è necessario che il sistema giudiziario interno del singolo Stato parte preveda mezzi di ricorso o di impugnazione che consentano di ottenere la riapertura del processo. Peraltro, come chiarito dalla Corte di Giustizia del Lussemburgo (Corte di Giust. UE, Grande Sezione, 24 ottobre 2018, causa C-234/17), un simile sistema non è necessario per le violazioni del diritto dell'UE; in questi casi, i principi di equivalenza e di effettività non obbligano un giudice nazionale ad estendere un mezzo di impugnazione di diritto interno che consente di ottenere, unicamente in caso di violazione della CEDU, la ripetizione di un procedimento penale concluso con una decisione nazionale passata in giudicato. Il diritto dell'Unione Europea si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri, nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi. Al centro di tale costruzione giuridica si collocano i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta, che, ai sensi dell'art. 6, § 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, e il rispetto di tali diritti costituisce un presupposto di legittimità degli atti dell'Unione. Per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia di tale ordinamento giuridico, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, in cui la chiave di volta è rappresentata dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE, che, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione. Questo sistema assicura a qualsiasi individuo la possibilità di ottenere la tutela effettiva dei diritti che ad esso sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione prima ancora che intervenga una decisione nazionale avente autorità di cosa giudicata.

²¹ Rinvenibile nella versione in italiano in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 391.

Così, sottolinea la Grande Camera, per quanto riguarda la riapertura di un procedimento, è chiaro che la Corte non è competente a ordinare una misura di questo tipo. Tuttavia, quando un individuo è stato condannato in seguito a un procedimento viziato da una violazione delle esigenze di cui all'art. 6 CEDU, la Corte può indicare che un nuovo processo o la riapertura della procedura, su richiesta dell'interessato, costituiscono in linea di principio un mezzo adeguato per porre rimedio alla violazione constatata.

Questo approccio, inaugurato in prima battuta in alcune cause contro lo Stato turco per violazione dell'art. 6 CEDU²², è stato poi confermato nelle successive sentenze, anche della Grande Camera, nei casi *Ocalan c. Turchia*²³, *Somogyi c. Italia*²⁴, e *Sejdovic c. Italia*²⁵.

In particolare, in quest'ultima sentenza la Corte ha posto i principi generali, precisando che, quando un individuo è stato condannato in seguito a un procedimento viziato da una violazione delle esigenze dell'art. 6 CEDU, un nuovo processo o una riapertura della procedura, su richiesta dell'interessato, costituiscono in linea di principio un mezzo adeguato per porre rimedio alla violazione constatata. Tuttavia, le misure di riparazione specifiche da adottare, se del caso, da uno Stato convenuto per adempiere agli obblighi che gli incombono in virtù della Convenzione EDU dipendono necessariamente dalle particolari circostanze della causa e devono essere definite alla luce della sentenza pronunciata dalla Corte nella causa in questione, tenendo debitamente conto della giurisprudenza della Corte. Non spetta alla Corte indicare le modalità e la forma di un nuovo eventuale processo. Lo Stato convenuto rimane libero di scegliere i mezzi per adempiere al proprio obbligo di porre il ricorrente in una situazione il più possibile equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata inosservanza delle esigenze della Convenzione, a condizione che questi mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte e con i diritti della difesa.

Pertanto, la Corte europea dei diritti umani ha anche chiarito, a partire dalla già citata sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo*, che l'art. 46 CEDU non le impedisce di esaminare, sotto il profilo dell'art. 6 CEDU, le nuove doglianze mosse dal ricorrente avverso la procedura introdotta nel diritto interno per dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU, nella misura in cui tale procedura, tendente alla riapertura del processo, comporti un nuovo esame sulla fondatezza di un'accusa in materia penale. Sotto questo profilo, tenendo presente che il riesame della causa o la riapertura del processo costituiscono in linea di principio il mezzo più adeguato per assicurare la *restitutio in integrum*, ma (a parte i casi in cui ciò sia indicato dalla Corte in sentenza in maniera vincolante) non l'unico, tenuto conto del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati parte con riguardo alle modalità di esecuzione delle sentenze della Corte, alla luce del diritto nazionale e delle circostanze particolari del caso, il controllo

²² In particolare Corte EDU, Sez. III, 23 ottobre 2003, *Gençel c. Turchia*, § 27.

²³ Corte EDU, Sez. I, 12 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*.

²⁴ Corte EDU, Sez. II, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, § 86.

²⁵ Corte EDU, Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*.

della Corte si limita a verificare che le decisioni dei giudici interni non appaiano arbitrarie in punto di interpretazione della sentenza della Corte. Sicchè, se la decisione del giudice nazionale di non riesaminare la causa o non riaprire il processo è frutto di un'interpretazione non arbitraria della sentenza della Corte EDU da eseguire, è possibile che la Corte di Strasburgo non riconosca alcuna violazione delle esigenze garantite dall'art. 6 CEDU²⁶.

4. L'autorità "interpretativa" della sentenza della Corte EDU.

Orbene, la Convenzione EDU obbliga gli Stati non soltanto a fare rispettare, conformemente all'art. 46 CEDU, il carattere vincolante di una sentenza della Corte nei confronti delle parti della controversia, ma anche a impedire che una violazione constatata in una sentenza sia ripetuta nei confronti di terzi. Questa è una delle conseguenze del principio di sussidiarietà e del suo ruolo essenziale nell'architettura del sistema della Convenzione²⁷. In particolare, i giudici nazionali devono interpretare e applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte. Così, se spetta in primo luogo alle autorità nazionali interpretare e applicare il diritto nazionale, la Corte deve verificare se il modo in cui il diritto è interpretato e applicato produce effetti conformi ai principi della Convenzione come interpretati alla luce della sua giurisprudenza. Essendo una conseguenza del principio di sussidiarietà, questa norma si applica anche al di fuori degli stretti limiti degli artt. 41 e 46 CEDU, che riguardano principalmente i rapporti tra le parti della controversia. Ciò emerge anche dalla dichiarazione di Brighton²⁸, nella quale gli Stati membri si sono impegnati a garantire la piena attuazione della Convenzione a livello nazionale, che richiede

²⁶ In effetti è ciò che è avvenuto sia nel caso *Moreira Ferreira c. Portogallo*, in cui la Corte Suprema Portoghese, investita da un ricorso per revisione ai sensi dell'art. 449 del codice di procedura penale portoghese, aveva rigettato la domanda, ritenendo non necessaria la revisione, perché la sentenza di condanna irrevocabile pronunciata all'esito di un giudizio valutato non equo dalla Corte europea non era inconciliabile con la sentenza della Corte EDU che quella violazione aveva riscontrato, con interpretazione della sentenza europea ritenuta non arbitraria dalla Grande Camera; nello stesso modo i giudici di Strasburgo si sono pronunciati in un caso greco (Corte EDU, Sez. I, 6 settembre 2018, *Kontalexis c. Grecia*) e sostanzialmente nell'ultimo strascico del c.d. caso *Drassich* (Corte EDU, Sez. I, 22 febbraio 2018, *Drassich c. Italia*, in questa *Rivista*, 13 marzo 2018, con annotazione di F. ZACCHÈ, [Brevi osservazioni su Drassich \(n.2\) e diritto alla prova](#)).

²⁷ Come è noto il principio di sussidiarietà è desunto dal combinato disposto degli artt. 1, 13 e 35 CEDU. Peraltro, il protocollo 15 alla CEDU, non ancora ratificato in Italia, ha aggiunto un nuovo *Considerando* alla fine del preambolo alla Convenzione, che recita così: «Affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione,»; in tale modo risulta espressamente "codificato" non solo il principio di sussidiarietà, ma anche la dottrina del c.d. "margine di apprezzamento" di cui godono gli Stati membri della Convenzione nell'applicazione della stessa, di elaborazione giurisprudenziale.

²⁸ Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiarazione di Brighton, 20 aprile 2012, § 7.

l'adozione da parte degli stessi di misure efficaci per prevenire le violazioni. A tale fine, tutte le leggi e le politiche dovrebbero essere formulate, e tutti i funzionari dello Stato dovrebbero esercitare le proprie responsabilità in un modo che dia piena attuazione alla Convenzione. Perciò i giudici e le autorità nazionali dovrebbero tenere conto della Convenzione e della giurisprudenza della Corte e, nel loro insieme, le misure dovrebbero ridurre il numero di violazioni della Convenzione e avrebbero anche l'effetto di ridurre il numero di ricorsi fondati presentati alla Corte, contribuendo così ad alleggerirne il carico di lavoro.

Peraltro, le misure che uno Stato è tenuto ad adottare per l'esecuzione di una sentenza non si limitano a quelle che riguardano il ricorrente. Questa è la conseguenza delle considerazioni sopra espresse relativamente alla sussidiarietà. Se la violazione è dovuta a un problema strutturale, lo Stato convenuto deve, al contrario, adottare le misure generali appropriate per porvi rimedio al fine di evitare che la stessa violazione possa colpire altre persone²⁹. Ciò è evidentemente legato al fatto che la Corte si basa su dei principi per deliberare. Invero, la Corte di Strasburgo ha rammentato che le sue sentenze servono non solo a decidere le cause ad essa sottoposte, ma più in generale a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione e a contribuire in tal modo al rispetto, da parte degli Stati, degli impegni che questi ultimi hanno assunto nella loro qualità di Parti contraenti³⁰.

In altri termini, come osservato dal giudice Pinto de Albuquerque nell'opinione dissenziente espressa in allegato alla sentenza della Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia³¹, il valore giuridico della sentenza della Corte ingloba non solo il suo effetto obbligatorio *inter partes* (il suo "carattere vincolante", per riprendere le parole utilizzate dalla Corte), ma anche la sua "autorità interpretativa", altrettanto importante. In tale senso, la sentenza della Corte ha un effetto *erga omnes* nei confronti di tutte le Parti contraenti, anche se è stata pronunciata solo nei confronti di una o di alcune di esse. Ciò corrisponde ad un riconoscimento giudiziario di un impegno che le Parti contraenti hanno assunto già nella dichiarazione di Interlaken³².

²⁹ Cfr. la già citata sentenza Scozzari e Giunta c. Italia, ma anche Corte EDU, Grande Camera, 30 giugno 2009, Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. Svizzera, § 85.

³⁰ Corte EDU, Grande Camera, 18 gennaio 1978, Irlanda c. Regno Unito, § 154

³¹ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri, in questa *Rivista*, 3 luglio 2018, con commento di A. GALLUCCIO, [Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'Ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica](#) (fasc. 7-8/2018, p. 221 ss.).

³² Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiarazione di Interlaken, 19 febbraio 2010, § 4, dove si legge: "la Conferenza rammenta che è responsabilità principalmente degli Stati parte di garantire l'applicazione e l'attuazione della Convenzione e, di conseguenza, invita gli Stati parte a impegnarsi per: [...] b) eseguire pienamente le sentenze della Corte, assicurando che siano prese le misure necessarie per prevenire future violazioni simili; c) tenere conto degli sviluppi della giurisprudenza della Corte, in particolare al fine di considerare le conclusioni da trarsi a seguito di una sentenza che rileva una violazione della Convenzione da parte di un altro Stato parte quando il loro sistema giuridico solleva il medesimo problema di principio; d) garantire, se necessario mediante l'introduzione di nuovi mezzi di ricorso, che questi siano di natura specifica o che si tratti di un mezzo di ricorso interno generale, che chiunque denunci in modo difendibile che i suoi diritti e libertà riconosciuti nella Convenzione sono stati violati disponga di un mezzo effettivo di ricorso davanti un'autorità nazionale e, quando necessario, di un'adeguata riparazione [...]".

5. Prime conclusioni.

Volendo riassumere i principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche dai documenti di impegno sottoscritti dagli Stati parte della CEDU, il sistema convenzionale, imperniato sul principio di sussidiarietà, demanda ai singoli Stati membri, e, segnatamente, ai giudici dei singoli Stati membri, il compito primario di dare attuazione al diritto convenzionale, come desumibile dalle sentenze della Corte EDU. L'intervento della Corte è appunto sussidiario, e si verifica solo ove lo Stato parte non sia in grado, attraverso tutte le sue articolazioni, di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione, ovvero di porre rimedio alle loro violazioni. Sotto questo profilo, l'art. 46 CEDU obbliga ciascuno Stato membro a dare attuazione alle sentenze della Corte, le quali, come chiarito di recente dalla Grande Camera³³, hanno tutte lo stesso valore giuridico, e il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non dipendono dal collegio giudicante che le ha pronunciate. Invero, nella misura in cui le sentenze della Corte contengono principi

Giova segnalare la diversa posizione assunta da una parte della dottrina italiana, che ha sostenuto che le sentenze della Corte di Strasburgo producono effetti, e risultano vincolanti, nel solo procedimento considerato e non *erga omnes* (su tutti P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della corte di Strasburgo*, in *Proc., pen. e giust.*, 2011, p. 121 e ss., che ha fortemente criticato il concetto di "autorità di cosa giudicata interpretata", proprio della dottrina internazionalistica belga, e mutuato da parte della dottrina italiana, indicativo dell'estensione dell'effetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo oltre i confini dello Stato cui volta a volta sono direttamente riferite), sicché non potrebbero essere invocate per superare il giudicato nazionale in altri procedimenti, neppure laddove il vizio appaia simile (cfr. altresì M. GIALUZ, [Esclusa la riapertura del processo in assenza di una pronuncia della Corte di Strasburgo](#), in questa *Rivista*, 13 marzo 2011). In senso contrario, però, altra parte della dottrina (M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano* (a cura di Balsamo e Kostoris), Giappichelli, 2008, p. 61 ss.) che riconosce gli effetti *erga omnes* delle sentenze della Corte di Strasburgo, che accertano una violazione di un diritto fondamentale, non soltanto nel medesimo Stato parte della controversia che ha dato origine alla condanna di Strasburgo (considerando tali effetti, in questo caso, una proiezione necessaria degli effetti *inter partes* della sentenza), ma, sia pure con una certa cautela, anche in riferimento ad ordinamenti diversi rispetto a quello che ha subito la condanna, tenuto conto della valenza interpretativa della Convenzione delle sentenze della Corte EDU, della loro autorità di cosa interpretata (*autortè de chose interpretèe*), da valutare tenendo conto che la Corte europea decide sempre alla luce della dottrina del margine di apprezzamento degli Stati membri e auspicabilmente del principio di sussidiarietà. In quest'ultimo senso, si segnala ancora G. UBERTIS, [Diritti umani e mito del giudicato](#), in questa *Rivista*, 5 luglio 2012, p. 5, il quale evidenzia che non è possibile trascurare che, ai sensi dell'art. 46 CEDU, adempiere alla decisione di Strasburgo comporta anche l'obbligo per gli Stati membri di assumere le misure generali necessarie a prevenire nuove violazioni dei diritti in situazioni analoghe, anche per evitare un sovraccarico di lavoro alla Corte di Strasburgo, che altrimenti sarebbe chiamata ad intervenire a ripetizione su un elevato numero di casi, tutti simili l'uno all'altro; inoltre, nella stessa ottica e pur nell'ambito del margine di apprezzamento riservato agli Stati, questi, per pronunce relative ad ordinamenti diversi, ma concernenti ipotesi simili a quelle verificatesi nel proprio, non potrebbero evitare di conformarsi alle decisioni della Corte EDU, la quale garantisce la definitiva uniformità di applicazione della CEDU, avendo la parola ultima sull'interpretazione e applicazione della Convenzione, ai sensi dell'art. 32 CEDU.

³³ La già citata Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, § 252.

generali, sebbene espressi in relazione a contesti ordinamentali affini, le stesse devono trovare attuazione in ogni singolo Stato membro, secondo il margine di apprezzamento proprio di ogni singolo Stato membro. Sicché, ove si verifichi una violazione di tali principi, e se la violazione è dovuta a un problema strutturale, lo Stato convenuto deve adottare le misure generali appropriate per porvi rimedio al fine di evitare che la stessa violazione possa colpire altre persone.

6. Ma davvero ce lo chiede Strasburgo?

Strasburgo, dunque, ci chiede semplicemente di conformare il nostro ordinamento ai principi espressi dalle sentenze della Corte, da qualunque sentenza della Corte, sia essa emessa nei confronti dello Stato italiano, come di altri Stati parte. Salvo il margine di apprezzamento proprio di ogni singolo Stato parte, il diritto convenzionale, come espresso nelle sentenze della Corte, mirando ad assicurare quel “minimo comune denominatore” di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU³⁴, ha un’efficacia *erga omnes*, e, quindi, non soltanto limitata allo Stato parte convenuto dinanzi a Strasburgo, ovvero ancora, in maniera più restrittiva, allo Stato parte convenuto ed al ricorrente vittorioso, ma estesa a tutti gli Stati parte, nei limiti, come detto, della compatibilità dei singoli ordinamenti interni con i principi affermati dalla Corte in relazione a casi riguardanti altri ordinamenti, e, dunque, anche ad eventuali soggetti, non ricorrenti dinanzi al giudice europeo, che tuttavia assumono di avere subito violazioni dei propri diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dalla CEDU, come interpretata dal suo giudice, la Corte europea dei diritti umani.

Il principio di sussidiarietà, che permea di sé tutto il sistema convenzionale, osta ad un intervento della Corte prima che lo Stato parte non abbia provveduto, in tutte le sue articolazioni, a dare attuazione al diritto convenzionale nel singolo caso. E se il contrasto tra la CEDU e l’ordinamento interno è sistemico o strutturale, o comunque di carattere generale, ai sensi dell’art. 46 CEDU lo Stato parte, in tutte le sue articolazioni, è tenuto a porvi rimedio, con le modalità che saranno ritenute più idonee, secondo il margine di apprezzamento di cui gode, con l’ovvia conseguenza che questo dovere di conformazione emerge non soltanto nei riguardi del ricorrente vittorioso, ma anche nei confronti di tutti i c.d. fratelli minori, che, in conseguenza di quel contrasto di tipo sistemico o strutturale, o comunque di carattere generale, subiscono violazioni dei propri diritti fondamentali.

Ciò detto, deve osservarsi che, come riconosciuto autorevolmente anche a livello convenzionale³⁵, nel nostro ordinamento, soprattutto grazie alla Corte costituzionale, che, a partire dalle c.d. sentenze gemelle del 2007³⁶, ha elaborato una vera e propria teoria

³⁴ Come si desume dall’art. 53 CEDU.

³⁵ Si veda ancora una volta l’opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, allegata alla più volte citata sentenza Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, in particolare i §§ 81-84 della predetta opinione dissenziente.

³⁶ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2253 e 2279, con commento di V. PETRI,

costituzionale dei diritti fondamentali sensibile alla Convenzione, questi principi sono stati in larga parte recepiti.

Anzi, con particolare riguardo al riconoscimento dell'efficacia giuridica vincolante delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, indipendentemente dal loro oggetto e dalla loro forma, per qualsiasi Parte contraente, si rinvencono numerosi esempi nella giurisprudenza costituzionale³⁷.

Ma la Corte costituzionale è andata oltre.

Nella sua sentenza n. 210/2013³⁸, la Consulta, di fronte al problema dei c.d. fratelli minori di Scoppola, ha fatto riferimento all'obbligo implicito di porre fine al problema strutturale del quadro giuridico interno che aveva portato alla violazione della CEDU e di eliminare gli effetti per tutti i soggetti che si fossero trovati nella medesima situazione.

Come sottolineato dal giudice Pinto de Albuquerque, era un'occasione perfetta per il giudice delle leggi per riconoscere pienamente l'effetto *erga omnes* delle sentenze della Corte EDU, ed è stata colta pienamente, sottolineando, fra l'altro, l'esistenza di un tale effetto anche quando la Corte di Strasburgo non ricorre al meccanismo della sentenza pilota o non impone l'adozione di misure generali³⁹.

Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno.

³⁷ Ad esempio, il giudice Pinto de Albuquerque segnala il passo contenuto nel § 4.4. del "Considerato in diritto" della sentenza Corte cost. n. 170/2013; ma potrebbe segnalarsi anche, per riferirsi a questioni di più stretta attinenza alla materia processuale penale, la sentenza n. 263/2017, in tema di assicurazione della garanzia convenzionale della pubblicità dei procedimenti giudiziari in relazione ai procedimenti incidentali di riesame ai sensi dell'art. 309 c.p.p., dove la Corte giunge a dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, prospettata ai sensi degli artt. 6 CEDU e 117, comma 1, Cost., attraverso una ricognizione dettagliata della giurisprudenza europea sviluppatasi in casi non riguardanti lo Stato italiano (vedi §§ 5.2.-5.4. del "Considerato in diritto").

³⁸ Giudicata "esemplare" dal giudice Pinto de Albuquerque. Si tratta della nota sentenza Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210, in *questa rivista*, 19 luglio 2013, con commento di G. ROMEO, [Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 261; in *Cass. pen.*, 2013, p. 4367, con *Osservazioni* di APRILE.

³⁹ Di opinione diversa, per vero, sembrerebbe la Corte costituzionale, secondo la quale, si legge nella sentenza n. 210 del 2013, "il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, del resto, non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa sentenza Scoppola vi ha ravvisato un limite all'espansione della legge penale più favorevole, come questa Corte ha già avuto occasione di porre in evidenza (sentenza n. 236 del 2011). Perciò è da ritenere che, in linea di principio, l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell'ambito dell'ordinamento nazionale". Dunque, secondo la Consulta, nel caso di specie, la deroga al giudicato non era imposta dall'Europa e, quindi, da esigenze conformative del nostro ordinamento alla sentenza della Corte EDU emessa nel caso Scoppola, attraverso l'estensione dei suoi effetti a casi analoghi, ma, come si vedrà, originava da esigenze interne di superamento di evidenti ingiustizie. Tutto ciò, peraltro, ammesso che fosse corretta l'affermazione su riportata, rientrerebbe pienamente nel sistema convenzionale, che riconosce la possibilità che gli ordinamenti interni assicurino forme più elevate di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, rispetto al livello minimo garantito dalla Convenzione, come del resto evincibile dal già citato art. 53 CEDU. In buona sostanza, se anche fosse vero che l'effetto conformativo alle sentenze della Corte EDU, nei casi analoghi, fino a consentire la rimozione del giudicato, non derivi dall'art. 46 CEDU, tuttavia, non è impedito dalla Convenzione.

7. Gli argomenti a favore dell'apertura verso i fratelli minori del Lorefice.

Se il nostro sistema di tutela dei diritti fondamentali convenzionali, elaborato *in primis* dalla Corte costituzionale, è ritenuto, per così dire, all'avanguardia in seno alla Corte di Strasburgo, grazie anche alle aperture espresse dalla Consulta nella già citata sentenza n. 210/2013, non si comprendono le ragioni della resistenza mostrata da parte della stessa Corte delle leggi e, di conseguenza, da una parte della giurisprudenza di legittimità, ad estendere le aperture manifestate con la sentenza n. 210/2013 non soltanto alle decisioni della Corte EDU in materia sostanziale, ma anche a quelle che riscontrano la violazione dei principi del processo equo di cui all'art. 6 CEDU.

Come è noto, e come è stato richiamato anche nella sentenza in commento, la Corte costituzionale ha limitato le conclusioni raggiunte nella sentenza 210/2013 solo alle ipotesi in cui si debbano estendere al c.d. fratello minore gli effetti di una decisione della Corte EDU in materia sostanziale, negandole nel caso in cui si volesse riconoscere la stessa efficacia alle sentenze della Corte EDU in materia di violazione dell'art. 6 CEDU. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'apprezzamento, vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non potrebbe che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno potrebbe essere posto in discussione soltanto di fronte ad un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie.

In questo modo, però, una difficoltà pratica, operativa, per così dire, e cioè la necessità di effettuare una verifica caso per caso, viene elevata ad astratto motivo di esclusione (*rectius* di inammissibilità) dell'estensione degli effetti di sentenze del giudice europeo dichiarative di violazioni delle esigenze di cui all'art. 6 CEDU a casi simili, dimenticando che anche in questo ambito, come del resto nelle materie sostanziali, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma principi giuridici, che poi applica ai casi concreti, e sono questi principi giuridici a dovere essere applicati anche ai casi asseritamente analoghi.

Nell'uno, come nell'altro caso, ci troviamo di fronte a diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dalla CEDU, sicchè distinguere la portata e gli effetti delle sentenze della Corte EDU, che riconoscono violazioni dei diritti fondamentali di tipo sostanziale, rispetto a quelle che affermano la violazione di diritti fondamentali di tipo processuale appare operazione quantomeno discutibile sotto il profilo del rispetto del principio di parità di trattamento di situazioni simili.

In buona sostanza, se la Corte EDU ha affermato un certo principio di diritto, riconoscendo la violazione dell'art. 7 CEDU nella vicenda Scoppola⁴⁰, la possibilità di estendere gli effetti giuridici di quel principio ai casi analoghi non è stata legata alla minore o maggiore complessità dell'intervento sul giudicato, ma alla necessità di

⁴⁰ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832.

rimuovere quello che è stato definito dalle Sezioni Unite⁴¹, che hanno rimesso la questione di legittimità costituzionale alla Consulta, «lo stigma dell'ingiustizia».

Certo, nel caso Ercolano l'intervento "riparatore" è stato facilitato dal fatto che era sostanzialmente un intervento a rime obbligate, tendente semplicemente a sostituire alla pena dell'ergastolo quella di trenta anni di reclusione⁴². Tuttavia, a monte, è stato ritenuto ammissibile l'incidente di esecuzione, e cioè l'accesso ad uno "strumento processuale" in passato, come visto, più volte utilizzato, anche con esegesi "pretorie", per raggiungere l'obiettivo di dare esecuzione a sentenze della Corte europea dei diritti umani. È grazie alla ritenuta astratta ammissibilità del mezzo processuale (e, quindi, alla ritenuta astratta ammissibilità di forme di tutela del diritto fondamentale del soggetto non ricorrente a Strasburgo, che si assume leso come quello del ricorrente vittorioso) che è stato possibile raggiungere il fine di rimozione dell'ingiustizia, attraverso il passaggio, non da tutti ritenuto obbligato⁴³, dell'incidente di costituzionalità.

Mutatis mutandis, se la Corte EDU ha ritenuto nel caso Lorefice c. Italia violato il diritto ad un equo processo sancito dall'art. 6 CEDU, peraltro facendo ampio richiamo alla propria giurisprudenza sviluppatasi in altri casi, riguardanti altri Stati parte, non si comprende la ragione per la quale debba essere preclusa l'ammissibilità del ricorso ad uno "strumento processuale" per consentire ai potenziali fratelli minori del ricorrente vittorioso a Strasburgo di rimuovere l'eventuale << stigma dell'ingiustizia >> costituito da un processo celebrato in violazione del diritto fondamentale all'equo processo.

In definitiva, fondamentale è chiarire innanzitutto se sia astrattamente ammissibile, se abbia diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento la richiesta di assicurare tutela per le violazioni del diritto riconosciuto dall'art. 6 CEDU anche al soggetto non ricorrente a Strasburgo, ma che vanta astrattamente una posizione analoga a quella di un ricorrente vittorioso. È secondario, infatti, discutere del mezzo processuale attraverso il quale questa pretesa potrà essere introdotta davanti ad un giudice (e, ovviamente, ancora di più il tema della sua fondatezza o meno), ed anche delle modalità

⁴¹ Cass. pen. sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in questa *Rivista*, 12 settembre 2012, con commento di F. VIGANÒ, [Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola](#).

⁴² Anche se, per arrivare a questo risultato, è stata necessaria una pronuncia di incostituzionalità. Peraltro, la soluzione obbligata non sempre è collegabile a violazioni della CEDU in materia sostanziale. Si pensi al caso Contrada: la vicenda del ricorrente vittorioso a Strasburgo ha trovato definitiva risoluzione nell'ambito di un incidente di esecuzione, attivato ai sensi dell'art. 673 c.p.p., ma riqualificato dalla Cassazione ai sensi dell'art. 670 c.p.p. (vedi Cass. pen. sez. I, 6 luglio 2017, n. 43112, in questa *Rivista*, 26 settembre 2017, con nota di F. VIGANÒ, [Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada](#), fasc. 9/2017, p. 173 ss.); per contro, con riguardo alla possibilità di estendere astrattamente al fratello minore Dell'Utri gli effetti della sentenza Corte EDU Contrada c. Italia, la Cassazione non riteneva pertinente il ricorso all'incidente di esecuzione, lasciando immaginare come maggiormente percorribile la strada della c.d. revisione europea (vedi la già citata Cass. n. 44193/16).

⁴³ Vedi, ad esempio, F. VIGANÒ, [Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo nei casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia](#), in questa *Rivista*, 10 aprile 2012, p. 21 ss., che riteneva sufficiente il ricorso all'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 7 d.l. 341/2000 nell'ambito di un incidente di esecuzione.

attraverso le quali potrà eventualmente ripararsi alla violazione del diritto di cui all'art. 6 CEDU.

La sentenza in commento ha risposto a questa domanda sostanzialmente dichiarando inammissibile la richiesta di quel ricorrente di vedere riesaminare il suo caso alla luce dell'art. 6 CEDU, ricorrente che, come i fratelli minori di Scoppola, non aveva avuto l'arguzia giuridica di rivolgersi, nei tempi prescritti dall'art. 35 CEDU, a Strasburgo, apprendendo, evidentemente, solo tempo dopo il passaggio in giudicato della sua sentenza, dei principi di diritto affermatasi nella giurisprudenza europea, in tema di ribaltamento in appello dell'assoluzione intervenuta in primo grado, con una certa notorietà, e poi consolidatisi, a partire dal noto caso *Dan c. Moldavia*⁴⁴.

Invece, come da tempo si sostiene⁴⁵, la risposta alla domanda non può che essere positiva⁴⁶: diritto fondamentale è l'uno (art. 7 CEDU), diritto fondamentale è l'altro (art. 6 CEDU), e se dunque si apre nel primo caso alla possibilità di riconoscere forme di tutela al soggetto non ricorrente a Strasburgo, che si trovi in situazione analoga al ricorrente vittorioso, occorre ammettere una simile apertura anche nel secondo caso.

E tutto questo non perché ce lo chiede in maniera perentoria e stringente l'Europa. Strasburgo ci chiede solo di applicare la Convenzione, così come resa viva nelle affermazioni di principio estrapolabili dalle sentenze della Corte dei diritti umani, e, quindi, di assicurare uniformi livelli di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dalla CEDU. Peraltro, nello svolgimento di questo compito, ci viene attribuito pure un notevole margine di apprezzamento, salvo il limite dell'arbitrarietà nell'interpretazione della Convenzione e delle sentenze della Corte EDU che di quella fanno applicazione. Non è l'Europa ad imporci di riaprire i processi; ce lo consiglia, in maniera più o meno stringente, in alcuni casi, lasciandoci ampi margini di manovra anche quando occorre eseguire la pronuncia della Corte europea in una determinata vicenda.

Pertanto, se nel nostro ordinamento si è, correttamente⁴⁷, riconosciuto l'effetto *erga omnes* delle sentenze della Corte EDU, l'autorità interpretativa delle stesse, al di là del caso concreto, limitare la portata di tale riconoscimento solo a determinati diritti fondamentali non appare rispettoso non solo della Convenzione, ma della stessa Carta costituzionale, ispirata pur sempre a principi di uguaglianza e di pari dignità di tutti i diritti fondamentali (artt. 2 e 3 Cost.).

⁴⁴ La già citata sentenza Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*. La sentenza di cui si chiedeva la revisione era stata emessa dalla Corte di Assise di Appello nel 2002.

⁴⁵ Sia consentito il richiamo a G. BIONDI, *La rilevanza della violazione dell'art. 6 CEDU nel corso del processo e nel giudizio di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3972 e ss., nonché ancora il già citato commento alla sentenza *Lorefice c. Italia* (vedi sopra nt. 5).

⁴⁶ In senso contrario, invece, in dottrina, ad esempio B. LAVARINI, *I rimedi post iudicatum alla violazione dei canoni europei*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike ed., 2016, p. 122 ss.

⁴⁷ Tanto da ricevere anche un plauso in Europa.

8. Il suggestivo, ma fallace, argomento dell'irragionevole squilibrio di sistema che deriverebbe dal riconoscimento di una maggiore incidenza delle sentenze della Corte EDU sul giudicato rispetto a quelle della Corte costituzionale.

Nella sentenza in commento si afferma che l'attribuzione alla revisione c.d. europea di una portata generale, con rimozione dei giudicati di condanna per violazione del diritto di cui all'art. 6 CEDU, in forza di meccanismi processuali ritenuti iniqui, determinerebbe uno squilibrio irragionevole nell'ordinamento interno, non giustificato dalle previsioni convenzionali, poiché dovrebbe concludersi che la portata demolitoria del giudicato è ben più forte nelle sentenze della Corte EDU che in quelle di illegittimità costituzionale di norme di pari tipo.

L'argomento è serio e non è possibile aggirarlo.

Bisogna affrontarlo, come si suole dire, "di petto", dicendo però con chiarezza che il paragone non regge.

Invero, non si possono confrontare le sentenze della Corte costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma con quelle della Corte europea dei diritti umani, che riscontrano la violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU.

Come acutamente osservato in dottrina⁴⁸, la Corte europea dei diritti dell'uomo è un tipo di giudice non assimilabile ad alcun tipo di giudice nazionale. Essa convoglia in sé funzioni sia del giudice di merito, sia della Cassazione, sia della Corte costituzionale.

Della Corte costituzionale la Corte europea evoca la competenza a sindacare la conformità della legge ai diritti fondamentali (nel caso di mancanze strutturali della legislazione nazionale), ma il sindacato non è lo stesso. La Corte costituzionale confronta la legge con i principi costituzionali. La Corte europea confronta il caso con i diritti fondamentali. La Corte costituzionale ignora il caso; per la Corte europea è fondamentale il caso e la legge nazionale non è che un aspetto del caso, sicché, nel caso di incompatibilità convenzionale di leggi nazionali, la Corte europea non annulla una legge nazionale, ma, al più, obbliga lo Stato ad abrogarla o modificarla. Per la Corte costituzionale i diritti fondamentali vengono in rilievo come principi, cioè come criteri di giudizio della legge ordinaria; per la Corte europea i diritti fondamentali vengono in rilievo proprio come diritti, cioè patrimonio dell'individuo. Nel primo caso la legge è illegittima perché non è conforme alla norma sovraordinata; nel secondo caso è illegittima perché viola nel caso specifico un diritto fondamentale.

A riprova di tali differenze va detto che dinanzi alla Corte costituzionale non è previsto il ricorso individuale, che è invece alla base del sistema convenzionale. Anche la struttura delle sentenze delle due Corti è diversa: in quelle della Corte costituzionale non c'è menzione del fatto, che invece abbonda in quelle della Corte europea; la tecnica

⁴⁸ F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 801 e ss.

decisoria del *tertium comparationis*, tipico del giudizio costituzionale, è ignota nel giudizio convenzionale.

Dunque, nell'ottica convenzionale, la violazione dell'art. 6 CEDU (che peraltro viene accertata esaminando l'intera vicenda processuale) non si configura come una semplice violazione di legge, bensì come la lesione di un diritto fondamentale. La Corte europea non elabora categorie processuali: essa si pone solo il problema se il diritto dell'individuo ad un processo equo sia stato in un determinato processo violato. La sua prospettiva è diritto al processo-violazione, non tipicità degli atti processuali-invalidità. Dalla tipicità processuale si passa alla lesività; dall'astrattezza del sistema processuale alla concretezza del singolo processo.

La violazione dell'art. 6 CEDU non può essere riduttivamente ricondotta ad una semplice vicenda processuale; non si configura come un *error in procedendo*, da fare rientrare nell'ambito delle invalidità processuali o inutilizzabilità probatorie. Il processo non equo è un processo che nel suo insieme contrasta con la *fairness*; il processo non equo per violazione dell'art. 6 CEDU è un processo abnorme, indipendentemente dal passaggio in giudicato della sentenza che lo definisce. Anzi, siccome la valutazione dell'equità processuale va fatta tenendo presente tutto il processo nel suo complesso, il giudicato per definizione non incide affatto su tale giudizio, se non nella misura in cui, ponendo fine alla possibilità di rimediare internamente alla violazione, legittima il ricorrente a chiedere tutela in altra sede.

Sotto questo profilo, pertanto, si giustifica pienamente la differente portata degli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto a quelle della Corte costituzionale e, quindi, il secondo argomento su cui si regge la motivazione della sentenza in commento è destituito di fondamento.

È del tutto coerente ritenere che la sentenza di incostituzionalità di una norma processuale, che la annulla con efficacia *erga omnes*, produce i suoi effetti anche retroattivamente, ma con salvezza delle situazioni esaurite, con il limite, pertanto, di norma, del giudicato; ma la sentenza della Corte EDU, che non annulla, ma che riconosce solo la violazione di un diritto fondamentale, per definizione interviene, di regola, a situazione processuale esaurita⁴⁹, e, dunque, la sua efficacia, nel senso più volte indicato, è necessariamente refrattaria al giudicato.

In conclusione non vi è alcuna valida ragione per escludere la possibilità di estendere gli effetti di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, riscontranti

⁴⁹ Peraltro, bisognerebbe anche intendersi sul concetto di "esaurimento" della situazione processuale. La sentenza che ha definito la vicenda Contrada (vedi la già citata sentenza Cass. n. 43112/2017), ad esempio, ha ammesso l'intervento del giudice dell'esecuzione nonostante l'esaurimento del rapporto giurisdizionale, avendo il Contrada già scontato tutta la sua pena, e ciò per l'ovvia considerazione che bisogna tenere conto anche degli ulteriori effetti penali che derivano dalla sentenza di condanna di cui va dichiarata l'improduttività; in senso contrario, in precedenza, Cass. pen. sez. un. 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in questa *Rivista*, 16 ottobre 2014, con commento di S. RUGGERI, [Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 31), che invece ha ammesso l'intervento del giudice dell'esecuzione di fronte ad ipotesi di c.d. illegalità della pena finché è pendente il rapporto giurisdizionale, e cioè finché è in corso l'esecuzione della pena.

violazione dell'art. 6 CEDU di portata generale, nei riguardi del soggetto che versi processualmente in una situazione analoga al ricorrente vittorioso a Strasburgo.

9. La revisione c.d. europea come mezzo processuale privilegiato per le istanze di giustizia dei fratelli minori di Lorefice.

A questo punto, riconosciuta l'astratta possibilità per il soggetto non ricorrente a Strasburgo di avvalersi degli effetti di sentenze della Corte europea dei diritti umani, che hanno riscontrato violazioni dell'art. 6 CEDU di portata generale, analoghe a quelle astrattamente verificatesi nel suo processo, concluso con sentenza irrevocabile, occorre chiedersi attraverso quale strumento processuale può essere rimesso in discussione il giudicato in questi casi.

Non si nega la preferenza accordata in passato all'incidente di esecuzione⁵⁰.

Tuttavia, bisogna riconoscere che il mezzo processuale che meglio si attaglia al caso è proprio la c.d. revisione europea.

Invero, il dubbio che poteva sorgere, circa il fatto che il rimedio "pretorio" introdotto dalla Corte costituzionale fosse destinato a consentire la riapertura dei processi solo nei casi in cui ciò fosse determinato dalla necessità di adeguarsi ad una sentenza della Corte di Strasburgo emessa nel caso concreto, è stato ancora una volta superato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 210/2013, dove, a proposito dello strumento più idoneo per consentire di incidere sul giudicato nei casi dei fratelli minori di Scoppola, la Corte affermava che *"il procedimento di revisione previsto dall'art. 630 c.p.p., quale risulta per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 113 del 2011 di questa Corte, non è adeguato al caso di specie, nel quale non è necessaria una riapertura del processo di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata nella misura dalla legge. Per una simile attività processuale è sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione (che infatti è stato attivato nel caso oggetto del giudizio principale)..."*. Dunque, è stato lo stesso giudice delle leggi ad ammettere la possibilità di estendere il rimedio in questione ai casi analoghi⁵¹.

⁵⁰ Si veda G. BIONDI, *Il giudice dell'esecuzione penale – competenze, procedimento e attribuzioni*, Aracne ed., 2015, p. 395 ss.

⁵¹ Del resto l'interpretazione estensiva nel diritto processuale penale è generalmente ammessa, nei limiti in cui non si traduce in menomazioni o riduzioni delle garanzie processuali: vedi D. SIRACUSANO – A. GALATI – G. TRANCHINA – V. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, ed. seconda, Giuffrè ed., 1996, p. 24 ss.

Mette conto rilevare che parte della dottrina (G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, cit., p. 6) riteneva perseguibile l'obiettivo di consentire la riapertura del processo, necessaria per ottenere la *restitutio in integrum* a chiunque avesse subito la lesione di un diritto fondamentale nell'esercizio della giustizia penale, o attraverso un intervento legislativo, ovvero tramite un nuovo intervento della Consulta, parametrato non solo all'art. 117, comma 1, Cost., bensì pure agli artt. 2 e 3 Cost., nonché ad altre disposizioni fondamentali interne di cui si lamenti l'inosservanza, come, ad esempio, l'art. 111, commi 2 e 3, Cost., così da ampliare il risultato conseguito con la sentenza costituzionale n. 113 del 2011, in modo da tutelare i diritti umani, senza la necessità di un previo ricorso alla Corte EDU, nei casi analoghi a quelli in cui la stessa sia già intervenuta con una pronuncia di condanna tanto nei confronti dell'Italia, quanto, subordinatamente all'applicazione

D'altra parte, al di là del fatto se risulti improprio, alla luce della disciplina vigente, ancora parlare del giudizio di revisione come caratterizzato da una fase rescindente e rescissoria⁵², l'istituto processuale in questione è caratterizzato sul piano logico-funzionale da una fase in cui si valuta l'ammissibilità della domanda e dall'altra in cui, ammessa la domanda, si celebra il nuovo giudizio.

Peraltro, per le peculiari caratteristiche della c.d. revisione europea, strumento caratterizzato da estrema duttilità procedurale, come del resto affermato dalla stessa Corte costituzionale che lo ha introdotto, è inevitabile distinguere una prima fase latamente rescindente, nella quale si valuta la fondatezza della pretesa alla riapertura del processo (e cioè la portata generale del *dictum* della sentenza europea di cui si invoca l'efficacia anche nel caso simile o analogo; l'effettiva ricorrenza di un caso analogo; la riapertura del processo come misura necessitata dalla portata degli effetti della sentenza europea in relazione al caso analogo), dalla fase più propriamente rescissoria, caratterizzata dalla rimozione del giudicato e dalla nuova celebrazione del processo (con i limiti e le attività da rinnovare in base agli effetti della sentenza europea) con esiti non necessariamente assolutori, e ciò appare perfettamente in linea con le esigenze da soddisfare, in quanto nei casi analoghi dei fratelli minori dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo è proprio questo che il giudice investito dalla domanda di giustizia deve fare: valutare se ricorrono i presupposti per riaprire il processo; celebrare il nuovo giudizio in modo da rispettare il diritto all'equo processo⁵³.

della dottrina del margine di apprezzamento nazionale, di altri Stati parte della Convenzione di Roma e dei suoi protocolli. Nello stesso senso, P. TROISI, [Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali](#), in questa *Rivista*, 2 aprile 2015, p. 22.

⁵² Vedi Cass. pen. Sez. I, 17 giugno 2003, n. 29660, in *C.E.D. Cass.* n. 226140, secondo la quale "con riguardo all'attuale disciplina della revisione, è improprio distinguere una fase rescindente e una fase rescissoria, non essendo più previsto uno stadio della procedura che si concluda con la revoca o l'annullamento della precedente sentenza. Di talché, attesa la espressa previsione, nell'art. 634 c.p.p., come autonoma causa di inammissibilità della richiesta, della "manifesta infondatezza" della medesima, risulta attribuito alla corte d'appello, nella fase preliminare prevista dalla medesima disposizione, un limitato potere-dovere di valutazione, anche nel merito, della oggettiva potenzialità degli elementi adottati dal richiedente, ancorché costituiti da "prove" formalmente qualificabili come "nuove", a dar luogo ad una necessaria pronuncia di proscioglimento. Appare dunque necessaria e legittima la delibazione prognostica circa il grado di affidabilità e di conferenza dei "nova", che non si traduca tuttavia in un'approfondita e indebita anticipazione del giudizio di merito". Tuttavia, secondo Cass. pen. Sez. III; 20 gennaio 2016, n. 15402, in *C.E.D. Cass.* n. 266810, "in tema di revisione, sussiste distinzione logica-funzionale tra la fase rescindente – avente ad oggetto la preliminare delibazione sulla non manifesta infondatezza della richiesta, con riferimento alla astratta capacità demolitoria del giudicato, rilevabile "ictu oculi", da parte del "novum" dedotto – e quella successiva, c.d. rescissoria, che si instaura mediante la citazione del condannato e nella quale il giudice è tenuto a procedere alla celebrazione del giudizio con le forme e le modalità di assunzione della prova nel contraddittorio proprie del dibattimento, in attuazione dei principi costituzionali del giusto processo".

⁵³ Sotto quest'ultimo profilo, viene in rilievo il tema dell'impatto delle cause di non equità del processo rilevate dalla Corte di Strasburgo sulle regole del nostro diritto interno, e cioè se e in quali vizi processuali si possono tradurre le violazioni convenzionali. Il problema non si pone tanto nei casi in cui alla violazione convenzionale può corrispondere un vizio processuale secondo la legge interna, quanto nei casi in cui il giudice nazionale ha proceduto in modo formalmente rituale, ma, nondimeno, si è consumata una situazione concretamente lesiva delle garanzie difensive (si pensi proprio al caso sotteso alla vicenda Lorefice: all'epoca, non vi era alcuna norma processuale che prevedesse un obbligo per il giudice di appello, che riformava una sentenza assolutoria di primo grado, di riassumere le testimonianze determinanti per la

Del resto, la valutazione che il giudice è chiamato a compiere in questi casi è estremamente ampia, essendo soltanto vincolato a non fornire arbitrarie interpretazioni della sentenza della Corte europea, i cui effetti si ritengono estensibili al caso analogo, come emerge dalla decisione nel caso *Moreira Ferreira c. Portogallo*.

10. Conclusioni.

Insomma, conclusivamente, la sentenza in commento sembra l'estremo tentativo di una parte della nostra giurisprudenza di arroccarsi a difesa del mito del giudicato⁵⁴.

Non si vuole negare il valore del giudicato ai fini della certezza del diritto e dei rapporti giuridici. Non è pensabile che una vicenda processuale sia perennemente *sub iudice*.

Tuttavia, è ammissibile che si sacrifichi un diritto fondamentale riconosciuto e tutelato dalla CEDU sull'altare del "giudicato"? È davvero necessario che la tutela dei diritti umani passi previamente da Strasburgo? Oppure è il sistema stesso della CEDU che attribuisce primariamente ai giudici dei singoli Stati membri di tutelare i diritti fondamentali? È tollerabile che permanga una palese ingiustizia semplicemente perché non si è ricorso alla Corte EDU?

condanna; invero, a parte un obbligo di motivazione "rafforzata" della sentenza di condanna, il giudice di appello non era tenuto a rinnovare l'istruzione dibattimentale, così come attualmente previsto dall'art. 603 comma 3-bis, c.p.p., come introdotto dalla legge n. 103/2017). Premesso che, come si è detto, nell'ottica convenzionale, ciò che rileva è la lesione del diritto all'equo processo, in dottrina vi è chi suggerisce di coordinare lesività e tutela effettiva del diritto fondamentale con il principio di tipicità dei vizi processuali attribuendo alle norme convenzionali (come interpretate alla luce del *case law*), pur sempre facenti parti del nostro ordinamento in virtù della legge di ratifica, una funzione integrativa delle norme interne. In tale modo, si potrebbe affermare che l'art. 178 c.p.p., integrato dall'art. 6 CEDU, come interpretato nelle sue sentenze dalla Corte EDU, consentirebbe di ritenere nulli anche atti processuali tipici, ma in concreto lesivi (F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione...*, cit., p. 811 e ss.). In senso contrario, altra dottrina (R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista A.I.C.*, 2011, p. 9 ss.), che, pur rilevando la suggestività della tesi, ne evidenzia gli esiti difficilmente governabili: invero, l'idea di estendere l'ambito delle nullità a situazioni non tipiche, purché concretamente lesive, rischierebbe di colpire al cuore il principio di tassatività delle nullità, aprendo la porta alla più assoluta incertezza applicativa, e, quindi, in definitiva, all'arbitrio del giudice. Al contrario, si potrebbe più facilmente ipotizzare, per il vero, più per il tramite di un'interpretazione convenzionalmente conforme che di un'integrazione normativa, di dare rilievo solo alle nullità che presentino in concreto carattere lesivo, e ciò, da un lato, non lederebbe il principio di tassatività, dall'altro sfoltirebbe a tutto beneficio del principio di ragionevole durata del processo la fitta selva delle nostre garanzie formali; nell'ipotesi in cui ciò non fosse possibile, non resterebbe che sollevare di volta in volta questione di legittimità costituzionale della norma presa in considerazione (invocando l'art. 117 Cost., ma anche l'art. 111, comma 3, Cost., che contempla in larga parte le medesime previsioni dell'art. 6, § 3, CEDU), nella parte in cui impedisca – per la mancanza di una previsione di nullità – un pieno ripristino dell'equità violata.

⁵⁴ Non può escludersi che alla base vi sia un atteggiamento, per così dire, "difensivo", nel senso di evitare che le Corte di Appello e la Corte di cassazione possano essere "inondate" da ricorsi *ex art. 630 c.p.p.* del tutto pretestuosi, perché, fra l'altro, non legati strettamente ad una sentenza della Corte EDU sul singolo caso.



3/2019

È evidente che bisogna ricercare un punto di equilibrio: non è possibile che una vicenda processuale non abbia fine, ma ciò a meno che non debba essere rimessa in discussione a fronte della necessità di tutelare il diritto fondamentale dell'imputato ad essere condannato all'esito di un processo giusto ed equo, come anche il diritto del condannato a scontare una pena giusta ed equa. Se si è ritenuto obbligato l'intervento sul giudicato in questo secondo caso, per rimuovere lo "stigma dell'ingiustizia", non può non ammettersi il medesimo intervento nel primo caso.

Certo, bisognerà individuare lo strumento processuale più adatto per venire incontro a tale esigenza, in modo da porre un argine a ricorsi strumentali e ripetitivi⁵⁵. Allo stato, per le ragioni espresse, la revisione c.d. europea sembra essere il rimedio processuale più equilibrato.

E allora avanti nella tutela dei diritti fondamentali, senza ulteriori indugi!

⁵⁵ Sotto questo profilo, come abbiamo visto, la giurisprudenza che ammette la possibilità di esperire il rimedio della revisione c.d. europea da parte del soggetto che versi in situazione analoga al ricorrente a Strasburgo pone una serie di "paletti" finalizzati a verificare l'ammissibilità della pretesa, e cioè: 1) la verifica del carattere generale della violazione accertata, come desumibile dalla pronuncia della Corte EDU; 2) che si tratti effettivamente di una situazione corrispondente; 3) che la sentenza definitiva della Corte di Strasburgo sia stata emessa in controversia che vede come Stato convenuto l'Italia; 4) e si potrebbe aggiungere l'ulteriore requisito implicito che la questione della violazione della CEDU non sia stata affrontata nel giudizio di cognizione, conclusosi con sentenza definitiva, perché la revisione resta pur sempre un mezzo di impugnazione straordinario. In realtà, il terzo requisito potrebbe essere eccessivo, tenuto conto che, ad esempio, i principi affermati nel caso *Lorefice c. Italia* erano stati affermati dalla Corte EDU in altri casi non afferenti l'Italia ed erano stati già applicati dalla nostra giurisprudenza nei giudizi di cognizione, attraverso un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 603, comma 3, c.p.p. prima ancora che intervenissero le Sezioni Unite (sentenze *Dasgupta e Patalano*), ovvero il legislatore inserendo il comma 3-bis nella citata disposizione. Dunque, a fronte di stabili principi affermati dalla giurisprudenza europea, potrebbe non essere necessario, ai fini dell'ammissibilità della richiesta di revisione c.d. europea, attendere la conferma degli stessi in un caso italiano, sempre se trattasi di principi estensibili al nostro ordinamento.



3/2019

SULLA LICEITÀ DELLA “CANNABIS LIGHT”: OSSERVAZIONI IN ATTESA DI UNA PRONUNCIA A SEZIONI UNITE

Nota a [Cass., Sez. VI, 29 novembre 2018 \(dep. 31 gennaio 2019\), n. 4920,](#)
[Pres. Fidelbo, Rel. Costanzo, ric. Castignani](#)

di Benedetta Scarcella

Abstract. La Sesta sezione della Corte di cassazione ha affermato che dalla liceità della coltivazione della *cannabis sativa* L., alla stregua della legge 2 dicembre 2016, n. 242, discende, quale corollario logico-giuridico, la liceità della commercializzazione al dettaglio dei relativi prodotti contenenti un principio attivo THC inferiore allo 0,6 %, che pertanto non possono più essere considerati sostanza stupefacente soggetta alla disciplina del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, al pari di altre varietà vegetali che non rientrano tra quelle inserite nelle tabelle allegate al predetto d.P.R. (Fattispecie in tema di sequestro preventivo, in cui la Corte ha ritenuto insussistente il requisito del “fumus” del reato di cui all’art. 73, comma 4, d.P.R. 309 del 1990, in relazione alla commercializzazione di infiorescenze di *cannabis sativa* contenenti THC con un valore medio inferiore allo 0,6%).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge n. 242/2016 e la liceità delle coltivazioni di “cannabis light”. – 3. Le argomentazioni della Corte. *Agere licere* e tassatività delle norme. – 4. Rilievi critici. – 5. Normativa sugli stupefacenti e prospettive di coesistenza. – 6. Verso le Sezioni Unite: le alternative possibili. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Con la pronuncia in commento la Sezione VI della Corte di cassazione ha statuito la legittimità del commercio al dettaglio della c.d. *cannabis light*, sostanza composta da infiorescenze provenienti da coltivazioni lecite ai sensi della l. n. 242/2016 di piante di *cannabis* e contenenti un quantitativo di THC (tetraidrocannabinolo, principale sostanza attiva della *cannabis*) inferiore allo 0,6%.

Nel caso di specie, il Supremo collegio è stato chiamato a decidere circa la legittimità del sequestro preventivo disposto sulle infiorescenze di *cannabis* poste in



3/2019

commercio dal ricorrente all'interno di uno dei numerosissimi *cannabis shops* diffusi sul territorio nazionale a seguito dell'emanazione della l. n. 242/2016¹.

È proprio da un'attenta analisi della disciplina approntata dalla normativa appena richiamata che è necessario prendere le mosse al fine di meglio comprendere l'iter argomentativo che ha condotto i Giudici di legittimità ad affermare la liceità dell'attività di commercializzazione della sostanza in parola, pervenendo a statuire la sua sottrazione all'ambito di applicazione del T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al d.P.R. n. 309 del 1990. Invero, proprio tale ultima asserzione risulta connotare la pronuncia *de qua* di portata innovativa, potenzialmente dirompente, ma – si ritiene – passibile di ragionevoli obiezioni. La ricostruzione offerta dal Collegio si pone in diametrico contrasto con i precedenti arresti sul tema della medesima Sezione VI della Corte. Il contrasto ha sollevato la necessità di rimettere la questione circa la liceità della condotta di commercializzazione al dettaglio della *cannabis light* alle Sezioni Unite². In attesa di una pronuncia – ci si augura – finalmente dirimente, il presente contributo si propone di delineare le strade astrattamente percorribili in vista di una ricomposizione e corretta interpretazione del quadro normativo vigente.

2. La legge n. 242/2016 e la liceità delle coltivazioni di “*cannabis light*”.

Con legge 2 dicembre 2016, n. 242 il legislatore ha sancito la liceità della coltivazione di piante di *cannabis* delle varietà ammesse ed iscritte nel Catalogo europeo³ delle varietà delle specie di piante agricole (il cui raccolto è utilizzato nell'ambito dell'industria della canapa) purché esse contengano un tasso di THC inferiore allo 0,2%. All'art. 2 del testo normativo è previsto che la coltivazione delle predette varietà di canapa è consentita senza necessità di autorizzazione o comunicazioni di natura amministrativa, l'unico obbligo che resiste in capo ai coltivatori – sancito all'art. 3 – è quello di conservare i cartellini della semente acquistata per un periodo non inferiore a dodici mesi e le relative fatture d'acquisto per il periodo previsto dalla normativa vigente. La novità più interessante recata dalla legge in menzione, tuttavia, risiede nell'esclusione di responsabilità dell'agricoltore che abbia operato nel rispetto delle prescrizioni dettate dalla stessa legge qualora, all'esito dei controlli effettuati dalle autorità preposte, venga accertato che il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulta superiore allo 0,2% ma entro il limite dello 0,6% (art. 4, co. 5). La responsabilità del coltivatore è parimenti esclusa anche nei casi in cui l'autorità

¹ Per una prima analisi della pronuncia in questione v. anche M.C. UBIALI, [La Cassazione considera lecita la commercializzazione al dettaglio della “cannabis light”](#), in questa *Rivista*, 11 febbraio 2019.

² Cass., Sez. IV, ord. 8 febbraio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 8654, imp. Castignani; sul punto v. M.C. UBIALI, [Alle Sezioni Unite la questione della liceità della commercializzazione al dettaglio della “cannabis light”](#), in questa *Rivista*, 7 marzo 2019.

³ Di cui all'art. 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002.



3/2019

giudiziaria disponga la distruzione – obbligatoria – della coltivazione poiché la percentuale del principio attivo menzionato sia superiore allo 0,6% (art. 4, co. 7).

Nel corpo del testo normativo in parola non è contenuto alcun riferimento agli eventuali profili di rilevanza penale della successiva attività di commercializzazione dei beni così prodotti e derivanti da coltivazioni lecite.

Secondo la pronuncia in commento, tuttavia, risponde a logica che i prodotti ricavati dalla lecita coltivazione della canapa possano essere altrettanto lecitamente commercializzati senza restrizioni. La ragione per cui la legge in menzione non contiene una disciplina delle attività successive alla coltivazione-produzione risiederebbe, dunque, nella mera e semplicistica ragione che esso non è chiamato a regolarle; tale circostanza non potrebbe costituire di per sé sola motivo ostativo alla vendita al dettaglio della sostanza derivata.

3. Le argomentazioni della Corte. Agere licere e tassatività delle norme.

La questione di reale interesse postasi e icasticamente individuata dal Supremo collegio riguarda invece, più precisamente, la liceità della vendita al dettaglio delle infiorescenze contenenti THC nei limiti fissati dalla legge «per fini connessi all'uso che l'acquirente riterrà di farne e che potrebbero riguardare l'alimentazione (infusi, the, birre), la realizzazione di prodotti cosmetici – entrambi usi espressamente considerati dalla legge n. 242/2016 – e anche il fumo.».

Nell'approcciare alla tematica il Collegio ripercorre le argomentazioni dei contrapposti orientamenti sino ad oggi formati sul punto.

Secondo un primo orientamento, affermatosi in seno alla stessa Sez. VI della Corte di Cassazione e oggetto di una pronuncia di poco precedente a quella in commento⁴, gli spazi di liceità individuati dalla l. n. 242/2016 sarebbero circoscritti alla sola coltivazione e destinazione dei prodotti derivati ai fini espressamente individuati dalla legge. Le disposizioni del testo normativo in menzione sarebbero da ritenersi eccezionali e, quindi, non estensibili analogicamente alle altre condotte aventi ad oggetto cannabis, tra le quali la vendita e la detenzione finalizzata al commercio; condotte disciplinate, invece, dal d.P.R. 309 del 1990. L'esenzione di responsabilità prevista all'art. 4, comma 5 della legge del 2016 nel caso in cui il contenuto complessivo di THC della sostanza coltivata risulti inferiore al limite dello 0,6% varrebbe per i soli coltivatori e non anche per chi faccia commercio dei prodotti derivati⁵.

Il principio di diritto enunciato da tali pronunce, così sintetizzato, viene additato dalla Cassazione nella sentenza in commento quale mera «petizione di principio» basata su una non appropriata ricostruzione in termini di regola-eccezione dei rapporti tra la normativa penale in materia di stupefacenti di cui al T.U. e quella, settoriale, di cui alla legge del 2016. Tale ultimo prodotto legislativo contribuirebbe, invero, a configurare un

⁴ Cass., Sez. VI, 27 novembre 2018, n. 56737, imp. Ricci.

⁵ Cfr. Cass., Sez. VI, 27 novembre 2018, n. 56737; Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2018, n. 52003, imp. Moramarco; Cass., Sez. IV, 13 giugno 2018, n. 34332, imp. Durante.

«microsettore normativo in radice autonomo per la cannabis proveniente dalle coltivazioni consentite»; microcosmo che non risentirebbe, dunque, di alcuna interferenza con la normativa sulle sostanze stupefacenti.

Nel rifuggire da tale miope lettura, il Collegio aderisce alla diversa interpretazione già prospettata nella giurisprudenza di merito⁶, secondo la quale la liceità della commercializzazione dei prodotti derivanti dalle coltivazioni ammesse (e quindi anche delle infiorescenze) costituirebbe un «corollario logico-giuridico della l. n. 242/2016». Dalla liceità della coltivazione della cannabis deriverebbe la liceità dei suoi prodotti contenenti principio attivo THC in misura inferiore allo 0,6%, «nel senso che non potrebbero più considerarsi (ai fini giuridici), sostanza stupefacente soggetta alla disciplina del d.P.R. 309 del 1990, al pari di altre varietà vegetali che non rientrano tra quelle inserite nelle tabelle allegate al predetto d.P.R.».

L'esposta tesi troverebbe saldo fondamento nel «principio generale secondo il quale la commercializzazione di un bene che non presenti intrinseche caratteristiche di illiceità deve, in assenza di specifici divieti o controlli preventivi previsti dalla legge, ritenersi consentita nell'ambito del generale potere (*agere licere*) delle persone di agire per il soddisfacimento dei loro interessi (*facultas agendi*).». Nel rievocare i principi di frammentarietà e di tassatività, la loro *ratio* storica ed il loro fondamento politico-garantista in funzione del *favor libertatis*, il Collegio ricorda come le norme incriminatrici pongano eccezioni – non estensibili analogicamente – rispetto alla libertà individuale la quale, invece, costituisce la regola nel nostro sistema normativo. In ossequio a tale assunto il “ridimensionamento della portata normativa” delle norme incriminatrici – così come determinatosi a seguito della l. n. 242/2016 – deve essere letto quale fisiologica riepansione delle libertà del singolo, solo eccezionalmente comprimibili.

Pertanto, posta l'assenza di specifici divieti normativi alla commercializzazione dei prodotti provenienti da coltivazioni lecite, con la fissazione del più volte citato limite dello 0,6% di THC il legislatore – sostiene la Corte – ha voluto attuare un ragionevole equilibrio fra le esigenze precauzionali relative alla tutela della salute e dell'ordine pubblico e le conseguenze derivanti dalla commercializzazione dei prodotti delle coltivazioni, riconosciute come in pratica inevitabili.

Da tale ricostruzione non possono che derivare una serie di conseguenze di particolare rilievo pratico in relazione alla possibilità di disporre sequestri probatori e amministrativi⁷, ma, soprattutto in ordine alla inapplicabilità della sanzione amministrativa di cui all'art. 75 d.P.R. 309 del 1990 in capo a chiunque sia trovato in

⁶ Cfr. Trib. Ancona, Sez. riesame, 27 luglio 2018, Rel. Sbanò; Trib. Rieti, Sez. riesame, 26 luglio 2018; Trib. Macerata, Sez. riesame, 11 luglio 2018; Trib. Asti, Sez. riesame, 4 luglio 2018.

⁷ Se il rivenditore di infiorescenze di cannabis provenienti dalle coltivazioni considerate dalla legge n. 242 del 2016 è in grado di documentare la provenienza lecita della sostanza, il sequestro probatorio delle infiorescenze, al fine di effettuare successive analisi, può giustificarsi solo se emergono specifici elementi di valutazione che rendano ragionevole dubitare della veridicità dei dati offerti e lascino ipotizzare la sussistenza di un reato *ex art. 73, comma 4, d.P.R. 309/1990*. È sempre possibile, sul piano del diritto amministrativo, che gli organi di polizia prelevino soltanto campioni delle infiorescenze per verificare il superamento del tasso soglia del 0,6% di THC, dal quale possono derivare sia la non ammissibilità della coltivazione sia il sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.* dell'intera sostanza detenuta dal commerciante.

possesso di prodotto proveniente dalle coltivazioni lecite di cui alla l. n. 242/2016. Infatti, condotto sino alle estreme conseguenze logiche, il ragionamento seguito dalla Corte induce ad escludere la configurabilità dell'illecito amministrativo in ragione dal fatto che il soggetto fruirebbe di un bene lecito. La percentuale dello 0,6% di THC viene ad integrare, dunque, il «limite minimo al di sotto del quale i possibili effetti della cannabis non devono considerarsi psicotropi o stupefacenti secondo un significato che sia giuridicamente rilevante per il d.P.R. n. 309/1990». La piena liceità del consumo di cannabis *light* è, tuttavia, ammessa sempre che non emerga l'avvenuta alterazione della sostanza stessa volta ad incrementarne il contenuto di THC successivamente all'acquisto dal coltivatore, e la consapevolezza di tale alterazione ad opera del commerciante che la ponga in vendita. Tuttavia – precisa la Corte – la riferita circostanza non conduce all'automatismo opposto in base al quale il superamento dello 0,6% di THC determina la necessaria rilevanza penale della condotta. Essa dovrà, invece, essere sempre valutata a mente dei parametri di applicazione del d.P.R. n. 309 del 1990, dovendosi dimostrare ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 73 del predetto d.P.R. tutti i presupposti, compreso quello della idoneità della sostanza a concretamente produrre un effetto drogante⁸.

4. Rilievi critici.

Le argomentazioni sostenute dal Supremo collegio e sopra esaminate destano alcune perplessità che vengono di seguito illustrate, seppure – è bene premetterlo – non si contesti l'esito processuale a cui tale decisione è pervenuta (ossia, la dichiarazione di inesistenza del *fumus* in relazione al sequestro disposto).

A sollevare obiezioni, invero, è la asseverazione della “intrinseca” liceità della sostanza proveniente da coltivazioni ammesse ai sensi della l. n. 242/2016 e con contenuto di THC inferiore allo 0,6%, qualunque ne sia la destinazione d'uso (compreso il fumo). Tale considerazione è dimentica delle finalità perseguite dall'intervento normativo in parola – che pur vengono richiamate in apertura dalla Corte – e della attenta individuazione operata dal legislatore delle categorie di prodotto ottenibili dalla canapa lecitamente coltivata.

Afferma – infatti – la Corte che il più volte menzionato limite dello 0,6% di THC introdotto dalla legge del 2016 costituisce «il limite minimo al di sotto del quale i possibili effetti della cannabis non devono considerarsi psicotropi o stupefacenti secondo un significato che sia giuridicamente rilevante per il d.P.R. n. 309/1990»; tale considerazione, tuttavia, è frutto di una valutazione che il legislatore non ha mai effettuato. Anche a voler tralasciare l'esistenza di una chiara volontà politica contraria in tal senso, ci si potrebbe limitare a rilevare che il legislatore del 2016 non ha affrontato la questione della efficacia stupefacente della c.d. cannabis *light* essenzialmente perché

⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 8393, imp. Cecconi; Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2011 (dep. 2012), n. 6928, imp. Choukrallah; Cass., Sez. IV, 19 novembre 2008 (dep. 2009), n. 6207, imp. Stefanelli).



3/2019

non ne esisteva il bisogno: la canapa contenente livelli minimi di THC lecitamente coltivata e utilizzata per le finalità ammesse dalla legge non può materialmente produrre effetti psicotropi perché essa non è destinata (nelle sue parti come presenti in natura, in particolare, foglie e infiorescenze) alla diretta assunzione umana. Tale assunto non è smentito – e ne è, anzi, supportato – dalla circostanza che l’art. 2 della citata l. n. 242/2016, al comma 2 lettera a) individua, tra le sette categorie di prodotti ottenibili dalla canapa coltivata⁹ quella degli alimenti e cosmetici; alla qualificazione del prodotto in parola come alimento – specifica la norma – conseguirebbe il necessario obbligo per i produttori di osservare ed applicare la rigorosa normativa vigente nel settore della produzione alimentare¹⁰. Il successivo art. 5 rubricato «Limiti di THC negli alimenti», dispone che con separato decreto del Ministro della salute vengano definiti i livelli massimi di residui di THC ammessi negli alimenti. Tale decreto, alla cui adozione il Ministero avrebbe dovuto provvedere entro sei mesi dall’entrata in vigore della legge, non è ancora stato emanato.

Due dati di estrema rilevanza emergono dalla lettura delle disposizioni in menzione: la necessità di un distinto e specifico atto amministrativo del Ministero della salute e il riferimento al *residuo*¹¹, dati sufficienti ad escludere che il valore di THC ammissibile negli alimenti sia quello dello 0,6% e che la sostanza proveniente dalle coltivazioni ammesse possa essere direttamente destinata all’assunzione umana per via alimentare¹². Il tutto a voler concedere che un prodotto finalizzato alla combustione e inalazione possa essere considerato un prodotto “alimentare” pur risultando un perfetto

⁹ Art. 2, co. 2, L. 242/16: «Dalla canapa coltivata ai sensi del comma 1 è possibile ottenere:

- a) produzione di alimenti e di cosmetici esclusivamente nel rispetto delle discipline dei rispettivi settori;
- b) fornitura di semilavorati, quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti alle industrie e alle attività artigianali di diversi settori, compreso quello energetico;
- c) coltivazioni destinate alla pratica del sovescio;
- d) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o diversi prodotti utili per la bioedilizia;
- e) coltivazioni finalizzate alla fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati;
- f) coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati;
- g) coltivazioni destinate al florovivaismo».

¹⁰ È utile ricordare che la sostanza posta in vendita nei c.d. canapai, moltiplicatisi velocemente nelle città a seguito dell’inizio di tale *business*, è stata fino ad oggi presentata e venduta quale “prodotto ad uso tecnico e per ricerca” senza che ne venissero specificate le modalità d’utilizzo.

¹¹ Tale termine, nel suo significato ed uso scientifico, suole far riferimento alle tracce che di una sostanza rimangono nel prodotto finale a seguito di trattamenti, processi di lavorazione o manipolazione. Neanche nel caso in menzione si ritiene che il termine *residuo* sia stato adottato con riferimento al livello di THC contenuto nella marijuana – seppure *light* – al suo stato naturale e originario, ritenendosi che con tale termine si intenda riferirsi alle tracce di THC riscontrabili nei prodotti alimentari a seguito dei processi di lavorazione finalizzati alla loro produzione.

¹² Deve rilevarsi, infatti, che nel mese di agosto 2017 il Ministero della Salute aveva divulgato una bozza di decreto sui limiti di THC ammessi in relazione ai prodotti alimentari. Il documento prevedeva valori ben inferiori alla soglia dello 0,2%; v. sul punto GRIFEO, *Limiti THC negli alimenti. Assocanapa risponde con fermezza al Ministero della Salute*, 22 settembre 2017, disponibile al seguente [link](#). Non si ritiene un dato da sottovalutare neanche il parere reso dal Consiglio Superiore di Sanità al Ministero della Salute in data 10 aprile 2018, nell’ambito del quale il Consiglio evidenziava come la vendita di cannabis light costituisca “certamente motivo di preoccupazione”.

sucedaneo del tabacco che, come noto, non rientra tra gli alimenti e che è soggetto a differente quadro regolamentare in relazione alla sua produzione e commercio.

In definitiva, individuati così i settori di utilizzo della sostanza coltivata non si sussisteva in capo al legislatore l'esigenza di prendere posizione sulla effettiva capacità drogante della c.d. cannabis *light* perché l'assunzione per inalazione o ingestione diretta da parte dell'uomo non rientra tra le finalità previste dalla l. n. 242/2016. Nell'iter argomentativo percorso dalla Corte può rinvenirsi, invero, una commistione fra piani ben distinti: quello della disciplina penale sulle sostanze stupefacenti, volta alla tutela di interessi preminenti quali la salute pubblica e l'ordine pubblico, e quello di una normativa di settore mirata al sostegno e allo sviluppo del settore industriale della canapa, attenta a perimetrare il suo ambito di applicazione e le ammissibili destinazioni d'uso della sostanza coltivata proprio perché chiamata a confrontarsi con la pervasiva disciplina penale. Se il legislatore avesse voluto sottrarre *tout court* la cannabis con THC inferiore allo 0,6% dall'applicazione della normativa sugli stupefacenti non avrebbe avuto senso avventurarsi in una accurata elencazione delle categorie di prodotti ottenibili dalla sua lavorazione.

Tanto meno pare che un'esplicita scelta in tal senso possa essere rinvenuta nel richiamo contenuto all'art. 1 della l. n. 242/2016 al Catalogo comune europeo delle varietà delle specie di piante agricole le quali non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di stupefacenti¹³. Nel disporre tanto, il legislatore richiama espressamente la direttiva 2002/53/CE del Consiglio la quale, a norma del suo art. 1¹⁴, riguarda l'ammissione delle varietà di piante da fibra in un catalogo comune

¹³ «1. La presente legge reca norme per il sostegno e la promozione della coltivazione e della filiera della canapa (*Cannabis sativa* L.), quale coltura in grado di contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura, alla riduzione del consumo dei suoli e della desertificazione e alla perdita di biodiversità, nonché come coltura da impiegare quale possibile sostituto di colture eccedentarie e come coltura da rotazione.

2. La presente legge si applica alle coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, le quali non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

3. Il sostegno e la promozione riguardano la coltura della canapa finalizzata:

- a) alla coltivazione e alla trasformazione;
- b) all'incentivazione dell'impiego e del consumo finale di semilavorati di canapa provenienti da filiere prioritariamente locali;
- c) allo sviluppo di filiere territoriali integrate che valorizzino i risultati della ricerca e perseguano l'integrazione locale e la reale sostenibilità economica e ambientale;
- d) alla produzione di alimenti, cosmetici, materie prime biodegradabili e semilavorati innovativi per le industrie di diversi settori;
- e) alla realizzazione di opere di bioingegneria, bonifica dei terreni, attività didattiche e di ricerca.».

¹⁴ «La presente direttiva riguarda l'ammissione delle varietà di barbabietole, di piante foraggere, di cereali, di patate, di piante oleaginose e da fibra in un catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole le cui sementi o i cui materiali di moltiplicazione possono essere commercializzati secondo le disposizioni delle direttive relative rispettivamente alla commercializzazione delle sementi di barbabietole (2002/54/CE), delle sementi di piante foraggere (66/401/CEE), delle sementi di cereali (66/402/CEE), dei tuberi-seme di patate (2002/56/CE) e delle sementi di piante oleaginose e da fibra (2002/57/CE).».



3/2019

delle varietà delle specie di piante agricole *le cui sementi o i cui materiali di moltiplicazione possono essere commercializzati* secondo le disposizioni delle direttive relative alla commercializzazione delle rispettive sementi. Potrebbe dirsi che il legislatore italiano intendesse escludere dall'applicazione della normativa sugli stupefacenti le varietà iscritte nel catalogo solo relativamente alle loro sementi (ed i semi, infatti, non rientrano tra le parti della pianta di cannabis incluse nella Tabella II allegata al d.P.R. 309/90). Tale è la soluzione più in linea con le finalità di una legge volta al «sostegno e la promozione della coltivazione e della filiera della canapa (*Cannabis sativa* L.), quale coltura in grado di contribuire alla riduzione dell'impatto ambientale in agricoltura, alla riduzione del consumo dei suoli e della desertificazione e alla perdita di biodiversità, nonché come coltura da impiegare quale possibile sostituto di colture eccedentarie e come coltura da rotazione», e il cui obiettivo principale è quello di offrire soluzioni all'ambiguità in cui le coltivazioni *industriali* di canapa erano costrette ad operare e che finivano per sottoporre gli agricoltori a procedimenti penali, alla distruzione delle piantagioni e all'impossibilità di accedere ai contributi europei a sostegno della coltivazione¹⁵.

Alla luce di quanto richiamato ben si comprende come la legge del 2016 abbia voluto introdurre l'esenzione da responsabilità dei coltivatori e la sottrazione di alcune varietà di canapa dall'applicazione della legge sugli stupefacenti *limitatamente* alla condotta di coltivazione di piante destinate alle finalità produttive puntualmente elencate all'art. 2, co. 2. Ciò che la legge in menzione *non* contiene – lo si ribadisce – è l'espressa statuizione dell'assenza di capacità drogante di cannabis delle varietà comprese nel Catalogo europeo che abbia un livello di THC inferiore allo 0,6%¹⁶.

L'interpretazione appena proposta è, inoltre, l'unica che consente una ordinata giustapposizione del quadro normativo complessivo.

Non può ignorarsi, infatti, che la Tabella II di cui al D.P.R. 309/90 contiene – a tutt'oggi – l'indicazione della cannabis (foglie e infiorescenze, olio, resina ma *non* semi) senza recare ulteriori specificazioni. Nell'area di punibilità delineata dall'art. 73, D.P.R. 309/90, dovrebbe astrattamente rientrare la condotta di chiunque ceda sostanza del tipo marijuana a prescindere dalla quantità di THC in essa contenuta e dalla varietà delle piante di provenienza. Che la cannabis in sé e per sé continui ad essere considerata sostanza pericolosa dal legislatore italiano è, d'altronde, reso palese dalla circostanza che superato il livello dell'1% di THC si disponga – a norma della stessa l. n. 242/2016 – sempre e comunque la distruzione delle piantagioni e ciò nonostante le piante coltivate rientrino tra le varietà ammesse dalla normativa europea e sottratte alla disciplina del T.U. 309/90 nei limiti dal legislatore specificati.

¹⁵ V. L. MIAZZI, [La coltivazione della cannabis è reato? Una storia infinita tra canapa e marijuana](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2018, pp. 117-120.

¹⁶ Per una più approfondita analisi della questione sia consentito rinviare a B. SCARCELLA, [La rivoluzione di fumo. Propositi nazionali di legalizzazione delle droghe leggere alla prova delle Convenzioni internazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2018, pp. 225-230.

5. Normativa sugli stupefacenti e prospettive di coesistenza.

La normativa sugli stupefacenti, infatti, prevede fattispecie incriminatrici particolarmente ampie sotto il profilo dell'ambito di applicazione, quasi onnicomprensive di ciascuna condotta che abbia ad oggetto una qualsiasi delle sostanze definite come stupefacenti. Ciò avviene in ragione della tutela che si ritiene necessario apprestare a beni fondamentali quali la salute pubblica e l'ordine pubblico. Dinnanzi ad una formulazione talmente semplice – sebbene tutt'altro che perfetta – della norma incriminatrice e della chiara indicazione della cannabis in ogni sua parte o formato (ad eccezione dei semi) quale sostanza stupefacente a prescindere dai limiti di concentrazione di THC, non si comprende come la sottrazione alla rigida disciplina sugli stupefacenti di cannabis (*light*) destinata all'assunzione umana diretta possa essere giustificata sulla base di una normativa settoriale, estremamente specifica, che persegue i summenzionati fini di sostegno ad un settore produttivo dell'economia e riferita, pertanto, alla sola attività di coltivazione.

Sebbene si concordi sulla illogicità di una normativa che qualifichi come lecita l'attività di coltivazione – entro i menzionati limiti – senza poter essere estesa anche alla attività di commercializzazione al dettaglio dei prodotti derivanti da tali coltivazioni (normativa che frustrerebbe i fini di sostegno ad un settore produttivo che essa stessa si propone di perseguire), si ritiene ultroneo e non propriamente aderente al contesto normativo la statuizione dell'esistenza di un *automatismo in forza del quale i possibili effetti della cannabis non devono considerarsi psicotropi o stupefacenti secondo un significato che sia giuridicamente rilevante per il d.P.R. 309/1990*.

L'esenzione da qualsiasi tipo di responsabilità, espressamente prevista per il coltivatore, dovrebbe dirsi estesa anche a chi tale sostanza la ponga in vendita al dettaglio ma solo se la commercializzazione avvenga in linea con le finalità d'uso individuate all'art. 2, comma 2, l. n. 242/2016 ossia riguardi un prodotto rientrante nelle categorie da tale norma contemplate¹⁷.

Per quanto riguarda più specificamente la c.d. cannabis *light*, la cui destinazione – è noto anche a più ingenui – è proprio quella del fumo, in assenza di un intervento chiarificatore da parte del legislatore sul punto, dovrebbe dirsi che la sua commercializzazione è lecita nella stessa misura in cui la sua effettiva destinazione

¹⁷ Tale assunto appare confermato dalla circolare del Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo n. 5059 del 23.05.2018 (consultabile al seguente [link](#)) che si limita a specificare che la vendita a scopo ornamentale delle piante di cannabis delle varietà ammesse è consentita senza autorizzazione e precisa che anche le infiorescenze della canapa rientrano nell'ambito dell'articolo 2, comma 2, lettera g), ossia nell'ambito delle coltivazioni destinate al florovivaismo, purché tali prodotti derivino da una delle varietà ammesse, iscritte nel Catalogo comune, il cui contenuto complessivo di THC della coltivazione non superi i livelli stabiliti dalla normativa, e sempre che il prodotto non contenga sostanze dichiarate dannose per la salute dalle Istituzioni competenti. La circolare non contiene, dunque, alcun riferimento alla liceità o illiceità della vendita al dettaglio di marijuana destinata all'assunzione umana per inalazione o ingestione e, anzi, contraddice la sbrigativa statuizione della Corte (che pur espressamente menziona la Circolare in parola) per cui, trattandosi di una legge di sostegno e promozione, la n. 242/2016 pur contenendo il riferimento alle tipologie d'uso ammesse non comporta che siano di per sé vietati altri usi non menzionati.

rimanga ambigua, non potendo essere chiamato il rivenditore a rispondere dell'uso che il compratore poi effettivamente faccia di una sostanza (lecitamente prodotta) posta in commercio.

L'ottica della normativa introdotta appare essere quella di una perimetrazione di strettissimi ambiti di liceità finalizzati al sostegno di un settore economico, più che quella di un bilanciamento tra esigenze di precauzione – giustificate dalla asserita pericolosità delle sostanze stupefacenti – e libertà concesse ai privati in ragione del modesto contenuto di THC della sostanza venduta.

Alla luce del quadro normativo così come appena ricostruito e delle considerazioni svolte le infiorescenze di cannabis, seppur *light*, utilizzate per finalità diverse da quelle espressamente ammesse dalla legge del 2016, dovrebbero risultare formalmente ancora soggette alla disciplina del d.P.R., ferma la necessità di escludere la rilevanza penale della condotta di chi cede tale sostanza in ragione della assenza di una sua concreta capacità drogante e della inidoneità della condotta a ledere il bene giuridico tutelato dalle incriminazioni previste in materia di sostanze stupefacenti.

Il risultato perseguito dalla Cassazione in tale pronuncia appare, in effetti, raggiungibile a mezzo di una più attenta valorizzazione del principio di offensività in concreto (come era stato d'altronde suggerito dalla stessa sezione VI nel precedente pronuncia sul tema) senza la necessità di particolari contorsioni speculative sul campo della tassatività delle norme penali.

Deve darsi atto che sin dalla nota sentenza Kreml del 1998 le Sezioni Unite e la giurisprudenza successiva hanno a più riprese statuito la rilevanza penale della condotta di cessione pur se avente ad oggetto un quantitativo di sostanza contenente un principio attivo tanto modesto da portare ad escluderne l'efficacia drogante. Tali decisioni traggono abbrivo dal presupposto logico-giuridico per cui la nozione di stupefacente nel nostro ordinamento ha natura *legale* – nel senso che sono soggette alla relativa disciplina tutte e sole le sostanze specificamente indicate nelle Tabelle allegate al T.U. – e che in assenza di una specifica indicazione parametrica ad opera del legislatore il tasso di efficacia drogante della sostanza deve ritenersi irrilevante ai fini della punibilità del fatto. Le condotte oggetto di incriminazione, inoltre, sarebbero comunque idonee ad alimentare il mercato illecito della droga e risulterebbero, dunque, comunque lesive dei beni giuridici tutelati (salute pubblica, sicurezza e ordine pubblico, salvaguardia delle nuove generazioni) a prescindere dalla effettiva capacità drogante della sostanza ceduta¹⁸.

Altra giurisprudenza – maggioritaria sino al riferito approdo delle Sezioni Unite – negava la rilevanza penale della condotta in tutti quei casi in cui la sostanza oggetto di cessione contenesse un principio attivo inidoneo a produrre gli effetti che è comune attendersi dall'assunzione di droga. Tale orientamento riposava – a seconda delle ricostruzioni – sulla figura del reato impossibile (art. 49, comma 2, c.p.) e sulla concezione realistica dell'illecito penale¹⁹, oppure sul piano dell'assenza di tipicità stessa

¹⁸ Cass., S.U., 24 giugno 1998, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3332 ss., con nota di AMATO.

¹⁹ Tale lettura dell'art. 49 c.p. appare sollecitata dalla preoccupazione di ancorare la punibilità alla tutela effettiva dei beni giuridici e volta a ridurre lo scarto talvolta esistente tra conformità al tipo e offensività

del fatto contestato. La dottrina più attenta, avallando tale secondo basamento, rilevava come in assenza delle proprietà chimiche atte a produrre gli effetti tipici, la sostanza non possa nemmeno definirsi *stupefacente*. Trattandosi di sostanza non psicotropa nel senso definito dalla norma incriminatrice il fatto non potrebbe dirsi penalmente tipico e la sua cessione non potrebbe, quindi, costituire reato²⁰.

Proprio ad un'attenta valorizzazione di tali spunti critici e agli esiti a cui, a seguito della pronuncia della Consulta n. 360 del 1995²¹, parte della giurisprudenza è pervenuta in relazione alla condotta di coltivazione di piante di cannabis, si dovrebbe guardare al fine di escludere la rilevanza penale delle condotte di cessione di cannabis *light*. Da un accertamento in concreto della incapacità delle infiorescenze in questione di provocare effetti psicotropi dovrebbe derivare la non punibilità delle condotte di commercio perché in concreto inoffensive o – più correttamente – perché non tipiche.

Sebbene essa renda certamente meno agevole e conveniente sul piano processuale la risoluzione dei casi concreti (non consentendo di evitare l'avvio di procedimenti penali e godendo – nonostante le sue solide basi – di alterne fortune, come dimostra l'analoga tematica relativa alla liceità della condotta di coltivazione di piante di cannabis qualora si dimostri che la sostanza estraibile detiene una minima capacità drogante²²), tale ricostruzione appare l'unica possibile al fine di spiegare la coesistenza di due corpi normativi, votati a finalità distinte che, altrimenti, cadrebbero in contraddizione; ma – soprattutto – quella riferita è l'unica lettura capace di donare coerenza al sistema nell'ottica della salvaguardia dei fondamentali argini (r)esistenti tra attività legislativa e attività d'interpretazione.

della condotta; sul punto si richiamano le sempre attuali considerazioni espresse da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2014, pp. 504-506.

²⁰ Cfr. R. BARTOLI, *Sostanze stupefacenti prive di efficacia drogante e "concezione realistica" del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 324-328; F. MUCCIARELLI, *Il nome delle cose: la determinazione della qualità stupefacente di una sostanza fra requisito di fattispecie, estremo di necessaria offensività e irrilevanza*, in *Foro amb.*, 2000, p. 241 sS. C. RUGA RIVA, *Stupefacenti e doping*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, Vol. I, Tutela penale della persona*, Torino, 2011, pp. 185-186; per una rassegna esauriente delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in materia v. G. DE AMICIS, *La "soglia drogante" al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1755 ss.

²¹ C. Cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2820 sS., con nota di AMATO. Statuiva il Giudice delle leggi: «Diversa dal principio della offensività, come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore penale ordinario, è la offensività specifica della singola condotta in concreto accertata. Ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 cod. pen.). La mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica però alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario.» V. sul punto C. BRAY, [Coltivazione di marijuana e \(in\)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza](#), in questa *Rivista*, 23 maggio 2016.

²² L. MIAZZI, *La coltivazione della cannabis è reato?*, cit., pp. 114-117; V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di "cannabis"*, in *Giur. cost.* 2016, 3, p. 941; L. ROMANO, [Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale \(rectius: la disposizione del t.u.stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa\)](#), in questa *Rivista*, 30 maggio 2016.



3/2019

5. Verso le Sezioni Unite: le alternative possibili.

Alla luce dei rilievi appena tracciati e del registrarsi di un pieno contrasto giurisprudenziale in seno alla medesima sezione della Corte di cassazione²³ – come anticipato – la questione circa la liceità della commercializzazione al dettaglio di cannabis *light* è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza n. 8654 dell'8 febbraio 2019.

Dinnanzi al supremo Collegio appaiono profilarsi due possibili alternative, entrambe ugualmente radicali: sposare l'orientamento accolto dalla Sezione VI nella pronuncia in commento e sancire la piena liceità della condotta in ragione della *intrinseca liceità* della sostanza dunque sottratta alla disciplina del T.U.; oppure, in aderenza alla lettera della legge e interpretando restrittivamente l'*intentio* del legislatore, ricondurre la commercializzazione di infiorescenze e foglie di cannabis *light* nell'alveo delle condotte previste e punite dal d.P.R. 309/1990.

Le conseguenze dell'una o dell'altra scelta ipotizzabile si preannunciano parimenti estreme. Seguire sulla via della punibilità di tali condotte significherebbe, innanzitutto, costringere alla chiusura numerose centinaia di esercizi commerciali in tutto il Paese, soffocare un *business* rivelatosi florido e limitare l'iniziativa economica dei soggetti sacrificandola sull'altare di una normativa ambigua, lacunosa e di difficile comprensione da parte della stessa giurisprudenza. Tale prospettiva farebbe registrare un inevitabile arretramento anche sul piano delle libertà personali di quegli individui che, rivolgendosi a rivenditori autorizzati, pagando il prezzo dovuto e ottenendo un regolare scontrino²⁴, acquistano e consumano una sostanza la cui capacità drogante è assolutamente minima se non addirittura inesistente.

La soluzione opposta, tuttavia, si risolverebbe in un travisamento della *intentio legis*, in uno scavalcamiento dell'attività di interpretazione del diritto positivo nell'ottica del perseguimento del risultato più conveniente, non solo processualmente. Essa consentirebbe di evitare un proliferare incontrollabile di procedimenti penali e di irrogazione di sanzioni amministrative. Il conseguente risparmio di risorse ed energie conseguibile è agevolmente apprezzabile da chiunque; il guadagno sul piano della libertà personale degli individui inopinabile.

Le argomentazioni che potrebbero essere poste alla base dell'una o dell'altra scelta sono state ampiamente illustrate nella richiamata ordinanza la quale ha il pregio,

²³ Ci si riferisce alla differente ricostruzione offerta sul punto da Cass., sez. VI, 27 novembre 2018, n. 56732 sopra più volte citata.

²⁴ Proprio a causa dell'attuale situazione di incertezza gli acquirenti rischiano di vedersi sequestrare la sostanza e applicare le sanzioni amministrative di cui all'art. 75 del d.P.R. (tra le quali la sospensione della patente di guida, il divieto del porto d'armi e il divieto d'espatrio). Al fine di evitare tali rischi diversi siti specializzati consigliano di conservare la ricevuta di acquisto, di non consumare la sostanza in luoghi pubblici e di trasportarla sempre nella confezione integra in cui viene venduta: a fini collezionistici o di florovivaismo la cannabis *light* può essere, infatti, legalmente detenuta. Cfr. V. LIGRESTI, [Un po' di ordine sull'erba legale e cosa può succederti se la fumi o porti in giro](#), pubblicato sul sito *vice.com*, 7 giugno 2018.

senza prendere le parti di alcuno degli orientamenti contrapposti, di evidenziare i pregi e le falle delle argomentazioni fino ad ora proposte dalla giurisprudenza sul punto²⁵.

7. Conclusioni.

In conclusione, le Sezioni Unite ancora una volta paiono essere chiamate ad *integrare* più che *interpretare* la volontà espressa di un legislatore dimentico, indifferente, poco attento e restio ad effettuare una scelta chiara e sincera in un settore che al suo solo governo e apprezzamento dovrebbe essere rimesso.

Dal descritto *impasse* l'unica via d'uscita che si ritiene davvero auspicabile è quella di un celere intervento legislativo che incida direttamente sulle Tabelle del d.P.R. 309 del 1990 e che sia tale da introdurre l'indicazione della soglia di capacità drogante a partire dalla quale la cannabis e i suoi derivati debbano essere considerati sostanze stupefacenti ai fini di legge. Nel medesimo contesto sarebbe doveroso ulteriormente disciplinare (con l'intervento di tutte le Autorità competenti e tra di esse del Ministero della Salute e dell'AIFA) l'attività di produzione, confezionamento e vendita al dettaglio di un bene destinato a divenire di sempre più largo consumo²⁶. L'attuale situazione di a-

²⁵A favore della interpretazione maggiormente restrittiva il giudice rimettente rileva come dai lavori preparatori della l. n. 242 del 2016 non emerga in alcun modo la volontà del legislatore di consentire la commercializzazione della marijuana e dell'hashish provenienti dalle coltivazioni lecite; parimenti appare corretto ritenere tassativa l'elencazione delle finalità per cui la commercializzazione della canapa deve ritenersi consentita. Non sembra condivisibile l'argomento – sostenuto dall'opposto orientamento – secondo cui la commercializzazione di un bene che non presenti intrinseche caratteristiche di illiceità deve, in assenza di specifici divieti di legge, ritenersi consentita, nell'ambito del generale potere di ogni individuo di agire per il soddisfacimento dei propri interessi. Il principio per cui l'ordinamento considera le norme incriminatrici come tassative eccezioni rispetto alla generale libertà di azione di ogni soggetto non appare, infatti, valido per la specifica materia delle sostanze stupefacenti, nella quale il combinato disposto degli artt. 17, 73 e 75 d.P.R. n. 309 del 1990 pone, in via generale, il principio di illiceità delle condotte di detenzione per la vendita, cessione e commercializzazione delle sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle di cui all'art. 14 dello stesso d.P.R. In questo ambito esiste quindi un divieto che ha carattere generale, tanto che i rapporti fra il d.P.R. n. 309 del 1990 e la legge n. 242 del 2016 appaiono ricostruibili in termini di regola-eccezione. Secondo questo primo orientamento interpretativo, nello stabilire quale sia l'ambito applicativo della l. 242/2016, la si dovrà considerare derogatoria di un principio generale e dunque insuscettibile di applicazioni analogiche. Non essendo espressamente menzionata tra le attività lecite, la commercializzazione al dettaglio della cannabis *light* dovrà ritenersi allora penalmente rilevante.

A sostegno del secondo indirizzo, in base al quale dalla liceità della coltivazione della canapa, alla stregua della legge n. 242 del 2016, discenderebbe la liceità della commercializzazione dei prodotti che ne derivano, si afferma che tra le finalità della legge n. 242/2016 rientrano, a norma dell'art. 1, comma 3, lett. d), il sostegno e la promozione della coltura della canapa finalizzata alla produzione di alimenti. Inoltre l'art. 2, comma 2, stabilisce espressamente che dalla canapa coltivata è possibile ottenere alimenti, prodotti nel rispetto delle discipline di settore; ammettendo l'utilizzo di alimenti contenenti residui di THC, potrebbe ritenersi che il legislatore abbia voluto sancire la liceità del consumo umano, e quindi della commercializzazione di prodotti contenenti tale principio attivo. Alla luce di questo, risulta allora contraddittorio ritenere vietata la detenzione, cessione e vendita di derivati della "cannabis light" provenienti dalle coltivazioni contemplate dalla legge n. 242 del 2016. V., sul punto, M.C. UBIALI, *Alle Sezioni Unite la questione della liceità*, cit.

²⁶ Quella appena prospettata è stata la strada seguita dal legislatore svizzero che con Ordinanza del Dipartimento Federale dell'Interno è intervenuto sugli elenchi degli stupefacenti, delle sostanze psicotrope,



3/2019

regolamentazione, infatti, pone questioni relative, non solo alla intelligibilità e coerenza dell'ordinamento interno, ma anche e soprattutto alla tutela della salute dei consumatori di una sostanza che viene posta in commercio per essere fumata, al di fuori di ogni controllo mirato, pur nella consapevolezza che la combustione – anche se di cannabis a basso tenore di THC – presenta numerosi rischi per la salute, proprio come il fumo di sigarette²⁷.

dei precursori e dei coadiuvanti chimici, specificando come la canapa con concentrazione totale di THC inferiore all'1% non possa essere considerata sostanza psicotropa e sia per questo sottratta all'applicazione della normativa sugli stupefacenti. La riforma della materia ha previsto una serie di stringenti regole e normative di settore da osservare per i rivenditori che vogliono accedere al mercato – contemplate, in particolare, dalla legge sulle derrate alimentari (RS 817.0), e dall'ordinanza sul tabacco (RS 817.06). Per approfondimenti sul punto si rinvia a B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, cit., pp. 229-230.

²⁷ Si pensi agli importanti riflessi che il consumo di cannabis – seppur *light* – potrebbe avere sulle attività di conduzione di veicoli, sullo svolgimento di alcune attività lavorative, oppure sull'effetto che l'assunzione di più “dosi” di tale sostanza possa provocare in ragione del sommarsi della quantità di principio attivo contenuto in ognuna di esse. Cfr. B. SCARCELLA, *La rivoluzione di fumo*, cit., pp. 237-239.



3/2019

TEMPESTE SUL PENALE. SPAZZACORROTTI E ALTRO

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Il penale-spazza. – 2. La necessità del penale. – 3. L'esclusione del non collaborante da misure alternative alla detenzione. – 4. Retroattività *in malam partem*? – 5. Tempeste emotive nella comunicazione mediatica. – 6. La risposta populista. – 7. La discutibilità del penale.

1. Il penale-spazza.

Per quanto concerne il penale, “sotto il profilo sostanziale e processuale, le principali direttrici di marcia sono state individuate nella necessità di dover garantire il rispetto dei principi costituzionali della certezza della pena e della ragionevole durata del processo”: così il Ministro della giustizia, nella sintesi della relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019¹, ha presentato il suo approccio ai principi costituzionali.

Certezza della pena è un messaggio politicamente efficace, che appare ovvio: il principio di legalità implica la *certezza del precetto*, e la *certezza delle conseguenze legali del reato*, la predeterminazione legale dei modelli di risposta al reato. L'uso retorico del *topos* della certezza suggerisce qualcosa di più: la pena certa, fissata una volta per tutte, è la giusta per definizione, per il solo fatto di essere la pena legalmente prevista; legge e giustizia esigono che i reati non restino impuniti, che la pena prevista dalla legge sia effettivamente irrogata, che la pena irrogata sia effettivamente espiata. La metamorfosi linguistica del principio penalistico di legalità in *canone costituzionale* di certezza della pena rende bene quest'insieme di significati, unificati e confusi fra loro.

Punire. Una passione contemporanea: è il titolo di un recente libro di un antropologo francese, di fresca traduzione in italiano, che descrive l'attuale (in tutto il mondo) momento punitivo, caratterizzato da sempre maggiore severità: “un'accresciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Il primo fenomeno è culturale, il secondo è politico”. Il problema dovrebbe essere il crimine, “con il momento punitivo è il castigo a diventare il problema”².

Passione del punire, è il messaggio trasmesso dalla maggioranza di governo in questa XVIII legislatura. È leggibile in leggi e proposte di legge che hanno come tratto comune l'inasprimento di pene edittali o di circostanze aggravanti. Leggibile nella non

¹ V. p. 7. Il medesimo concetto è ripetuto con variazioni lessicali a p. 9.

² D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano 2018. Citazioni da p. 9, 13, 12.



3/2019

attuazione dei punti più innovativi della delega in materia penitenziaria, contenuta nella legge n. 103 del 2017. Leggibile in comportamenti come *l'happening* ministeriale in occasione della consegna in Italia di un latitante, condannato per delitti degli anni di piombo. Leggibile nel linguaggio usato (anche in atti ufficiali): '*legge spazzacorrotti*', n. 3/2019. La legge che spazza è la traduzione mediatica del supposto canone della certezza della pena.

2. La necessità del penale.

Il confronto con le risposte populiste (il penale-spazza) deve partire dalla consapevolezza che il diritto *criminale/penale* è elemento costitutivo necessario (non sufficiente) del monopolio della forza in mano allo Stato Leviatano. Non è solo questione di capacità deterrente, o di risposta a un delitto commesso. È questione di potere e di capacità operativa dello Stato Leviatano; qui ed oggi, un Leviatano che vorremmo (come vuole la nostra Costituzione) in versione liberaldemocratica.

Sarebbe perdente un approccio pensato puramente in negativo (*verneinendes*), di nobile resistenza contro un diritto penale della sicurezza e del carcere che rischia di erodere le garanzie liberali³. I principi di garanzia liberale presuppongono che ciò che si tratta di delimitare (l'ordinamento *penale*) possa avere un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile. Anche la cultura penalistica liberale non può non partire dal problema della sicurezza – il problema hobbesiano, connesso alla costruzione dello Stato moderno – e farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia esigenze d'intervento con norme penali e strumenti di coercizione, sia esigenze di contrappesi e di limiti. La sicurezza che interessa le democrazie liberali è non solo sicurezza da offese criminali, ma *sicurezza dei diritti*, a tutto campo, anche nei confronti dell'autorità.

Il diritto criminale *non* è finalizzato prioritariamente all'inflizione di pene. Fine prioritario è l'osservanza dei precetti, ritenuti particolarmente importanti per la convivenza in una società bene ordinata. I bisogni di tutela esigono l'osservanza delle regole di convivenza, di un'etica dei rapporti interpersonali. Il diritto criminale/penale, anche in versione liberale, risponde a problemi di responsabilità, il *linguaggio della responsabilità* ne è la forma idonea.

Le questioni relative alla pena vengono dopo. Dentro il paradigma hobbesiano, in qualsiasi versione, il *vietare sotto minaccia* ha una solida legittimazione di principio. Quali pene *minacciare* – e poi applicare – per i delitti del diritto criminale *hard*? Alla natura e gravità dell'illecito corrisponde un tipo di responsabilità non riducibile a questione privata di compensazione di un danno, ma caratterizzato da un forte stigma e sanzioni fortemente espressive, gestite dall'autorità pubblica; legato perciò a presupposti particolarmente stringenti, previamente definiti dalla legge.

³ È la posizione di W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna 2011, p. 79 ss.

Per i crimini più gravi, la *minaccia di pena detentiva* non ha alternative plausibili nel nostro orizzonte di civiltà. Si è affermata nel diritto penale moderno in alternativa al dominio della pena di morte (tuttora esistente negli Stati più potenti del nostro mondo) e di pratiche punitive crudeli. Ha caratteristiche che ne spiegano il successo: frazionabile, misurabile, democraticamente egualitaria. È un uso della forza che rientra in via di principio nel monopolio statale della forza: in un diritto criminale/penale che può legittimarsi come strumento dello Stato protettore dei diritti di tutti.

Sono pensati per un sistema assestato sulla pena detentiva i principi costituzionali dell'art. 27: l'idea rieducativa, il divieto di trattamenti contrari al senso d'umanità.

Problemi etico-politici cruciali riguardano il raccordo fra i due lati del diritto criminale/penale: che cosa vietare sotto minaccia, con quali minacce. Problema successivo, come dar seguito alle minacce legali.

Ambito e confini del diritto criminale *hard* (precetti e criteri di attribuzione di responsabilità soggettiva) sono oggi segnati da principi costituzionali e da valutazioni largamente condivise nella nostra società. La teoria del reato, prodotto di una cultura giuridica matura, oltre a fornire l'apparato concettuale che utilizziamo, addita principi sostanziali sul cui significato 'di giustizia' c'è (almeno a parole) un consenso di fondo: il principio di offensività quale criterio di selezione di interessi da tutelare e delle soglie di tutela; il principio di colpevolezza quale criterio e limite dell'attribuzione di responsabilità personale. Sulla giustizia dei precetti, le discussioni si concentrano su punti specifici, eticamente sensibili.

Sono invece *instabili* e *oscillanti* le scelte sanzionatorie, sia sulla struttura del sistema sia nelle scelte di parte speciale: segno ed effetto dell'intrinseca ambiguità delle pretese di giustizia collegate a contenuti che, naturalisticamente, sono un *malum*.

3. L'esclusione del non collaborante da misure alternative alla detenzione.

I primi effetti del penale-spazza sono stati prodotti dall'inserzione dei delitti di corruzione, concussione e peculato fra quelli cui si applica l'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, *Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*. È una fra le novità della legge c.d. *spazzacorrotti*, "apparentemente confinata nei sobborghi dell'esecuzione penale", ma "carica di significati simbolici e di ricadute pratiche"⁴.

Com'è noto, il sistema 4-bis è nato nella legislazione antimafia degli anni '90 (d.l. 13 maggio 1991, n. 152), pensato per condannati appartenenti al mondo della criminalità organizzata; è stato modificato e allargato da leggi successive. Prevede un regime speciale, più rigoroso, per i condannati appartenenti ad aree di criminalità ritenute più pericolose, per i quali il trattamento è differenziato secondo che siano 'collaboratori di

⁴ V. MANES, [L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2019, p. 107.

giustizia o *'non collaboranti'*: esclusione, in via generale, dell'applicabilità di dati istituti (c.d. *'benefici'*) ai condannati per certi delitti, e ritorno al regime di normale applicabilità (o a un regime ancora più favorevole) per i condannati che abbiano prestato una collaborazione utile, anche dopo la condanna (art. 58 *ter* dell'ordinamento penitenziario).

La forbice introdotta nel regime penitenziario ha valenza di sollecitazione *'premia'* alla collaborazione con l'autorità, anche da parte di persone già condannate. Di questa disciplina il legislatore degli anni '90 ha dato una giustificazione coerente con la logica degli istituti penitenziari: solo la scelta collaborativa esprimerebbe con certezza il distacco del condannato dal circuito della criminalità organizzata, e la sua disponibilità (peraltro da verificare caso per caso) per una prospettiva di risocializzazione⁵. Per chi non collabora, l'effetto è di irrigidimento: esclusione dalle principali aperture che l'ordinamento penitenziario ha introdotto.

Le condizioni di accesso a misure alternative e a benefici sono state ridisegnate, in punti qualificanti, da interventi della Corte costituzionale, recepiti da modifiche apportate all'art. 4-*bis* dalla legge n. 279 del 2002. Nei casi in cui sia impossibile un'utile collaborazione, o la collaborazione possibile sia oggettivamente irrilevante, non c'è restrizione all'accesso⁶.

L'inserzione nel *sistema 4-bis* ha anche un risvolto processuale: la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dall'art. 656, n. 5, c.p.p. (inserito dalla legge 27 maggio 1998, n. 165) è esclusa dall'art. 656, n. 9. Anche nei casi in cui la misura della pena inflitta consentirebbe di porre fin da subito il problema dell'affidamento in prova o della detenzione domiciliare, i condannati per delitti di cui all'art. 4-*bis* entrano comunque in carcere.

L'inserzione di delitti contro la P.A. in discipline speciali pensate per il contrasto alle forme più pericolose di criminalità organizzata va nella linea prefigurata dalla recente inserzione dei delitti di corruzione nel c.d. codice antimafia: *"allineamento normativo della criminalità white collar alla criminalità nera"*⁷.

Comunque la si valuti nel merito, una disciplina che differenzia fra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali sono sotto processo o già condannati. Sulla struttura del *sistema 4-bis* può porsi l'interrogativo se sia legittima la drastica restrizione dell'accesso a benefici e misure alternative, collegata alla pretesa di una collaborazione post condanna. La questione va ragionevolmente articolata con riguardo alle singole figure di delitto inserite nel sistema. Ha senso, e può ritenersi conforme ai principi costituzionali, richiedere al condannato per corruzione o concussione o peculato la collaborazione post condanna come premessa per misure alternative e benefici penitenziari?

⁵ Così la relazione ministeriale alla legge di conversione del d.l. n. 306 del 1992.

⁶ In tali casi, la preclusione dei benefici penitenziari è stata dichiarata illegittima da Corte cost., n. 357/1994, per contrasto con gli artt. 3 e 27:

⁷ V. MANES, *op. cit.*, p. 107.

È prevedibile che nella grande maggioranza dei casi la richiesta di collaborazione sia destinata a ritrarsi, di fronte alla mancanza di elementi idonei a mostrare la possibilità di una collaborazione utile. In tutti i casi di questo genere, la preclusione dei benefici verrebbe a cadere, e il passaggio per le forche caudine del 4-bis (*incarcerazione comunque*) si rivelerebbe ex post una complicazione (possiamo dire *vessazione* del condannato?) priva di qualsiasi utilità. Ciò potrebbe essere evidente fin da subito, alla luce degli accertamenti compiuti nel giudizio di merito. Giusto il contrario di un'evidenza empirica capace di giustificare una prognosi di pericolosità in assenza di collaborazione⁸.

L'inserzione di corruzione, concussione e peculato nel sistema 4-bis appare dunque irragionevole, per l'assenza di evidenze empiriche sulla possibilità stessa di una collaborazione utile *post* condanna, tale da prevalere, in caso di mancata collaborazione, sulle ragioni su cui normalmente poggia l'accesso a benefici e misure alternative⁹. In particolare nel caso di condanna per peculato o concussione, non è dato capire quale collaborazione ci si possa attendere: forse un'autodenuncia per altri ipotetici delitti dei quali nulla si sa?

Da ciò il serio dubbio di legittimità costituzionale, con riferimento al principio d'uguaglianza/ragionevolezza, collegato ai principi (art. 27) relativi alla pena.

L'effetto di *incarcerazione comunque* non mette in discussione *funditus* il sistema 4-bis, ma la disciplina processuale (art. 656 n. 9) derogatoria rispetto alla regola generale in materia di sospensione dell'esecuzione (art. 656 n. 5). Questa deroga ha un effetto non meramente processuale: l'incarcerazione in ogni caso, *prima che* vengano verificati i presupposti di applicabilità di una misura alternativa astrattamente possibile, avendo riguardo alla misura della pena inflitta (o ad altri presupposti d'applicabilità). È giustificata l'*incarcerazione comunque*, là dove la misura alternativa sia astrattamente possibile? Il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 656 n. 9 riguarda non soltanto la *new entry* (il pacchetto di delitti contro la P.A.) ma qualsiasi ipotesi di condanna a pena non superiore alla soglia della possibile misura alternativa. Parametri costituzionali rilevanti, non solo i principi relativi alla pena (artt. 3 e 27), ma anche il diritto di difesa (art. 24).

4. Retroattività *in malam partem*?

Un più elevato livello di carcerazione (non una maggiore collaborazione tardiva) è l'effetto prevedibile dell'inclusione dei delitti contro la P.A. nel *sistema 4-bis*. L'immediata produzione di effetti concreti, che ha già alimentato la discussione sulla modifica normativa appena entrata in vigore, è l'ingresso in carcere – frutto dell'applicazione retroattiva *in malam partem* – di condannati per fatti anteriori (tra i quali un ex presidente della Regione Lombardia, poi parlamentare). Un effetto forse desiderato dai sedicenti spazzatori: di fatto è stato difeso in sede politica¹⁰.

⁸ V. MANES, *op. cit.*, p. 109.

⁹ V. Manes, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰ È stato respinto dal rappresentante del Governo e dalla maggioranza di governo, in sede di Commissione

Indipendentemente dal dubbio più radicale sulla legittimità della nuova disciplina, la questione 'retroattività o irretroattività' pone nell'immediato problemi autonomi *de libertate*.

4.1. La giurisprudenza ordinaria ha finora escluso l'applicabilità dell'art. 2 c.p. alle norme che disciplinano l'esecuzione della pena¹¹. La Corte costituzionale, più volte chiamata a giudicare su disposizioni che restringono l'accesso a benefici penitenziari, è pervenuta a dichiarazioni d'illegittimità costituzionale in relazione all'art. 27. Disposizioni che limitino o escludano l'applicabilità di istituti di favore ('benefici' penitenziari) sono state dichiarate illegittime nella parte in cui non prevedono che il beneficio possa essere concesso sulla base della normativa previgente ai condannati per i quali, prima dell'entrata in vigore della legge meno favorevole, fossero già maturate le condizioni (fra cui il raggiungimento di *un grado di rieducazione adeguato*) per la concessione del beneficio. Questo filone comincia con la sentenza n. 306/1993, e prosegue con altre: n. 445/1997, n. 137/1999, e, più di recente, n. 257/2006 e n. 79/2007, su restrizioni introdotte dalla legge n. 251 del 2005.

La Cassazione a Sezioni Unite (nel 2006) ha ritenuto che l'interpretazione giurisprudenziale (pertinenza del principio d'irretroattività *solo per le pene inflitte dal giudice della cognizione*) sia stata *autorevolmente confermata* dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 306/1993. In realtà, il problema se le norme d'ordinamento penitenziario rientrano, in tutto o in parte, fra le norme per cui vale il principio d'irretroattività *ex art. 25 Cost.* (con le articolazioni dell'art. 2 c.p.), il giudice delle leggi ha evitato di tematizzarlo, adducendo la mancanza di idonei riferimenti di fatto nell'ordinanza di rimessione.

Anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge, ricorda la sentenza n. 306/1993, "*la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza*". Facendo leva sugli art. 3 e 27 Cost., la giurisprudenza costituzionale ha invalidato le applicazioni retroattive più vistose e più gravide di effetti: l'azzeramento retroattivo della rilevanza di percorsi 'rieducativi' già avviati.

Vengono in rilievo, le ragioni valorizzate in questo filone di giurisprudenza costituzionale, con riguardo all'applicazione retroattiva *in malam partem* dell'inserzione della corruzione (e concussione, e peculato) nel sistema dell'art. 4-bis? Se è illegittimo bloccare, con applicazione retroattiva, la prosecuzione di un percorso rieducativo già avviato fuori del carcere, c'è da domandarsi se non sia illegittimo impedire la partenza di un percorso 'rieducativo' non ancora iniziato, che la misura della pena da espriare

giustizia della Camera dei deputati il 7 marzo 2019, un o.d.g. presentato dall'on. Costa, volto a impegnare il Governo ad adottare ogni opportuna iniziativa finalizzata a escludere l'applicazione della nuova disciplina a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

¹¹ Cass., S.U., 30 maggio 2006, n. 24561. In precedenza, *ex multis*, Cass. 8 ottobre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2151; Cass. 11 aprile 1994, *ivi*, 1995, p. 1367; Cass. 5 luglio 1994, *ivi*, 1995, p. 3066; Cass. 23 settembre 1994, *ivi*, 1996, p. 1288; Cass. 14 gennaio 1997, *ivi*, 1997, p. 3591.

consentirebbe di iniziare senza passare per il carcere. Per porre la questione di legittimità costituzionale, alla luce della giurisprudenza costituzionale, gli artt. 3 e 27 paiono un parametro plausibile, di per sé sufficiente, non dipendente dalla questione d'applicabilità dell'art. 25 Cost.

Ha senso riproporre a tutto campo il problema dell'irretroattività *in malam partem*, in relazione all'art. 25? Può ritenersi pertinente all'ordinamento penitenziario la *ratio* garantista del divieto d'irretroattività in materia penale? Certo non per tutte le variegate tipologie di norme dell'ordinamento penitenziario: non per le norme di natura processuale, sulle competenze e le procedure della magistratura 'di sorveglianza'; non per le norme relative all'organizzazione penitenziaria, qualificabili come diritto amministrativo. La questione riguarda specificamente le c.d. misure alternative alla detenzione: istituti relativi a modalità del punire, non del procedere. Istituti nuovi rispetto al codice Rocco, costruiti nella prospettiva dell'art. 27 Cost.: innestati nel sistema come nuovi possibili percorsi dell'espiazione della pena, aperti a modalità extracarcerarie e a riduzioni di durata. Sono oggetto di trattazione, più o meno ampia, nei manuali di diritto penale¹², nella parte dedicata al sistema sanzionatorio. Istituti di *diritto sostanziale*, non processuale.

La giurisprudenza della Corte EDU ammette la distinzione (“una distinzione che può non essere sempre chiara”) fra “una misura che costituisce in sostanza una pena, e una misura che riguarda l'esecuzione o l'applicazione della pena”. Ha ricondotto all'art. 7 della CEDU anche misure successive all'inflizione della pena definitiva, o in corso dell'espiazione della pena, che comportino *la ridefinizione o la modifica della portata della pena*; ne ha ravvisato la violazione in un caso in cui un mutamento giurisprudenziale sfavorevole alla ricorrente (per inciso: una condannata per fatti di terrorismo) era stato applicato nella rideterminazione della durata della pena¹³.

Le garanzie della legalità penalistica rispondono a esigenze di protezione di diritti e di libertà delle persone, da pericoli scaturenti da contenuti normativi d'un certo tipo. Accanto alle norme che stabiliscono i presupposti della responsabilità e il *quantum* delle sanzioni edittali, vengono in rilievo anche altri istituti. Un esempio su cui si è recentemente discusso, in modo approfondito, è la prescrizione del reato: un istituto che l'ordinamento italiano ha collocato nel codice penale. Concorre a modellare il sistema delle risposte punitive al reato, ponendo limiti d'applicazione; è soggetto ai principi della legalità penalistica, hanno riconosciuto le importanti pronunce della Corte costituzionale nella vicenda Taricco¹⁴.

L'ambito delle garanzie della legalità penalistica dipende dal contenuto degli istituti. “Non può essere il legislatore ordinario a decidere sull'estensione delle garanzie

¹² Basti un esempio: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed. Milano 2018, § XIII.10.

¹³ Corte EDU (Grande Camera), 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*. Il tema in esame è toccato nei §. 83-90.

¹⁴ Ord. n. 24/2017 e sentenza n. 115/2018.

costituzionali dalle quali è vincolato”¹⁵. La collocazione e il lessico legislativo non sono decisivi: non hanno alcun significato assiologico.

Anche gli istituti sostanziali dell’ordinamento penitenziario (le misure alternative alla detenzione) concorrono a modellare il sistema delle risposte al reato. Ne limitano i contenuti afflittivi: la durata e/o la modalità carceraria. Le limitazioni sono collegate a valutazioni di gravità del fatto (espresse dalla misura della pena) e/o a valutazioni relative alla persona del condannato. Sono valutazioni dello stesso tipo di quelle relative a tipologie e durata della pena.

Insomma: le risposte al reato, così come modulate nella legislazione dei decenni della Repubblica, hanno ridisegnato la pena detentiva come un possibile percorso, modellato da istituti sia del diritto penale classico sia del nuovo (rispetto al codice Rocco) diritto penitenziario. L’ermeneutica del sistema delle risposte ‘penali’ ricompone i pezzi e ricerca i principi dell’insieme.

4.2. I primi applicatori della legge spazzacorrotti si sono sentiti condizionati dal *ferreo principio giurisprudenziale*¹⁶ che ammette l’applicazione retroattiva. Nei provvedimenti pubblicati traspare disagio, e tentativi di delimitare gli effetti retroattivi avendo riguardo ai tempi della sentenza di condanna e dei successivi provvedimenti¹⁷. La Corte di Cassazione¹⁸ ha valutato come non manifestamente infondata (ma non rilevante per la sua decisione) la prospettazione difensiva di dubbia conformità con l’art. 7 CEDU, per avere il legislatore ‘cambiato le carte in tavola senza prevede alcuna norma transitoria, con conseguente “passaggio a sorpresa e dunque non prevedibile, da una sanzione patteggiata senza assaggio di pena ad una sanzione con necessaria incarcerazione”.

Per bloccare ordini di esecuzione per fatti anteriori alla nuova legge, è necessario sollevare questione di legittimità costituzionale? O è possibile un’interpretazione costituzionalmente orientata, che escluda la retroattività *in malam partem*? Non vi è alcun testo di legge che affermi la retroattività *in malam partem*. La ha affermata il diritto giurisprudenziale, che non ha valore di legge, come ammonisce la Corte costituzionale nella sentenza n. 230/2012: indirizzi giurisprudenziali (anche delle Sezioni Unite) possono essere riesaminati e disattesi “in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l’onere di adeguata motivazione”. Le stesse Sezioni Unite possono “trovarsi a dover rivedere le loro posizioni”; nel dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

¹⁵ F. VIGANÒ, [Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale?](#), in questa *Rivista*, 5 aprile 2017.

¹⁶ Questa espressione è usata in una Direttiva orientativa della Procura generale di Reggio Calabria, pubblicata in [questa Rivista](#), 19 marzo 2109.

¹⁷ GUP di Como in funzione di giudice dell’esecuzione, 8 marzo 2019; Trib. Napoli, 28 febbraio 2019. Su questi provvedimenti cfr. L. MASERA, [Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena nella cd. legge spazzacorrotti](#), in questa *Rivista*, 14 marzo 2019.

¹⁸ Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, su cui G.L. GATTA, [Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell’orientamento consolidato, favorevole all’applicazione retroattiva](#), in questa *Rivista*, 26 marzo 2019.

Il principio di legalità/irretroattività penalistica concorre a definire la portata stessa della legge penale ordinaria, come norma che non produce effetti *in malam partem*. È rilevante per l'interpretazione della legge ordinaria, ha riconosciuto la Cassazione a Sezioni Unite¹⁹ a proposito dell'individuazione del *tempo del commesso reato* ai fini dell'art. 2 c.p., nel caso di delitti con evento naturalistico: il tempo dell'evento (momento consumativo del reato) o il *tempo della condotta*? Un conflitto di giurisprudenza interno alla Cassazione²⁰ è stato risolto dalle Sezioni Unite affermando l'interpretazione coerente con la *ratio* di garanzia del principio d'irretroattività della norma sfavorevole: la garanzia dell'irretroattività fa riferimento al tempo della condotta. È stata disattesa l'impostazione della Procura generale, che riteneva necessario passare attraverso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 4°, c.p.: non è rinvenibile nel codice, argomentano la Sezioni Unite, una definizione legislativa onnicomprensiva del *tempus commissi delicti*, che sia necessario rimuovere. Nessun ostacolo, dunque, a un'interpretazione sistematica che valorizzi le indicazioni "offerte dai principi – innanzi tutto costituzionali – che governano la successione di leggi penali": per il principio di irretroattività della norma più sfavorevole "viene in rilievo un'istanza di preventiva valutabilità, da parte dell'interessato, delle conseguenze penali della propria condotta, funzionale a preservare la libera autodeterminazione della persona".

Le novità *in malam partem* della legge Spazzacorrotti (non solo gli aumenti di pena) offrono occasione per riproporre il medesimo approccio ermeneutico: il principio d'irretroattività *in malam partem* può (deve) funzionare come elemento d'interpretazione sistematica dell'ambito temporale di applicabilità delle disposizioni del diritto penale sostanziale. È una questione che rientra nella competenza dell'autorità giudiziaria, custode del *nomos*, allo stesso modo della questione relativa al *tempus commissi delicti* ai sensi dell'art. 2 c.p.

4.3. Le considerazioni svolte in questo paragrafo danno atto di un ritardo (di una disattenzione) anche della riflessione dottrinale, rispetto ai problemi di ricomposizione del sistema sanzionatorio: delle due parti (penale in senso stretto e istituti dell'ordinamento penitenziario) nati in tempi diversi e sotto etichette diverse (due *species* di un unico *genus*, può dire il linguaggio della dogmatica). Della ricomposizione a sistema i principi costituzionali avrebbero potuto essere un punto di partenza, non di faticoso arrivo. Forse ha pesato il clima emergenziale degli anni '90, sul fronte mafia, che ha segnato la nascita del sistema 4-bis. Hanno alleggerito il problema norme transitorie inserite nel decreto legge che ha introdotto l'art. 4-bis, e nella legge n. 279 del 2002 che ne ha ridisegnato l'ambito di applicazione.

¹⁹ Cass., S.U., sentenza n. 20 del 2018.

²⁰ Alcune sentenze hanno ritenuto applicabili all'autore o concorrente nel reato disposizioni sanzionatorie più severe, successive alla sua condotta ma anteriori all'evento o al momento consumativo del reato: Cass. 17.4.215, n. 22379, in materia di omicidio colposo; Cass. 13.3.2014, n.19008, in Cass. Pen. 2015, p. 1872s. (ha ritenuto applicabile al concorrente una aggravante introdotta successivamente alla sua condotta, prima della consumazione del reato a seguito di condotte di altri).

Un esercizio che può essere utile anche oggi, è una riflessione sul piano etico-politico: con riferimento agli istituti sostanziali dell'ordinamento penitenziario, riteniamo preferibile ammettere o escludere la retroattività *in malam partem*? La risposta, quale che sia, fa trasparire concezioni sottostanti sui rapporti fra Stato e consociati, libertà e autorità. Preferiamo un ordinamento ispirato a *fairness* dello Stato, all'esigenza di prevedibilità legalmente assicurata delle risposte punitive, o un ordinamento che lasci mano libera all'autorità nel ridefinire retroattivamente le regole del rapporto autorità/libertà?

5. Tempeste emotive nella comunicazione mediatica.

Le passioni del punire stanno sullo sfondo di discussioni di questo marzo 2019 a proposito di sentenze che hanno condannato alla pena di 16 anni autori di femminicidio²¹ doloso. L'attenzione critica si è appuntata su alcuni passaggi delle motivazioni (*tempesta emotiva* quale ragione delle attenuanti generiche)²². I media hanno parlato di pene dimezzate (rispetto alla pena di 30 anni inflitta in primo grado, o chiesta dall'accusa) e di ritorno del delitto d'onore.

La pena di 16 anni di reclusione è esito normale di giudizi per omicidio aggravato celebrati con rito abbreviato: deriva dalla diminuzione secca di un terzo, legata alla scelta del rito, combinata con la disciplina del bilanciamento fra aggravanti e attenuanti²³. Nel caso di giudizio abbreviato, per l'omicidio 'da ergastolo' la pena sarà di 30 anni se prevale l'aggravante. Se non prevale l'aggravante, la pena non può essere superiore a 16 anni: la pena applicabile in esito a un giudizio di equivalenza, partendo dal massimo edittale (24 anni). Impossibile una commisurazione fra i 16 e i 30 anni.

Il buco nero dentro la scala delle possibili commisurazioni della pena (possiamo definirlo *discrezionalità discontinua*) spezza la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità e la scala delle possibili sanzioni. È di dubbia compatibilità con il principio d'uguaglianza/ragionevolezza²⁴, tendenzialmente produce effetti favorevoli per l'imputato²⁵: l'esito che può ragionevolmente essere considerato il *meno ingiusto* nell'alternativa fra una pena ritenuta troppo alta e una troppo bassa; coerente con la scelta legislativa di premiare chi abbia chiesto il rito abbreviato, con una forte riduzione

²¹ Uso questo termine tecnico per la sua efficacia descrittiva.

²² Fra i commenti di giuristi: M. DOVA, [Eccessi emotivi e responsabilità penale: la controversa sentenza della Corte d'assise d'appello di Bologna](#), in questa *Rivista*, 11 marzo 2019. Una riflessione che difende la sentenza bolognese: D. IANELLI, in *Questione giustizia*, 19 marzo 2019.

²³ Molti anni fa venne alla ribalta mediatica un omicidio volontario aggravato ex art. 577, n. 4 (crudeltà verso la vittima), commesso da soggetto seminfermo di mente, che chiese il giudizio abbreviato. In primo grado fu pronunciata condanna alla pena di 30, per la ritenuta prevalenza dell'aggravante (la sentenza del GUP di Milano è pubblicata in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 467, con nota di M. Bertolino, *ivi*, p. 508 ss.); a sedici anni in appello. È uno scenario che continua a ripetersi.

²⁴ Ho segnalato da tempo questo problema: D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano 2006.

²⁵ Forse per questo, la questione di legittimità costituzionale non è stata sollevata.

rispetto alla pena 'giusta in via di principio' secondo i normali criteri di commisurazione. Ipotizzo sia questa la chiave di lettura delle recenti sentenze: non una valutazione inadeguata della gravità del femminicidio, ma una valutazione comparativa dei possibili risultati di una disciplina legislativa tecnicamente irrazionale, la discontinuità degli spazi aperti alla discrezionalità giudiziale.

È stata approvata in prima lettura dalla Camera il 6 novembre 2018 la proposta di escludere il rito abbreviato per le accuse di delitti da ergastolo (in concreto: omicidi aggravati). Potrebbe sembrare una soluzione plausibile, l'eliminazione (in caso di condanna) del taglio di pena legato al rito. Sarebbe una riforma di *dubbia legittimità costituzionale*, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., perché comporta una restrizione del diritto di difesa dell'imputato, in ragione dell'accusa contestata. L'imputato, che si presume non colpevole – cioè da trattare come non colpevole fino alla condanna definitiva – verrebbe sottoposto a un trattamento discriminatorio in ragione dell'ipotesi d'accusa. Potrebbe essere innocente, o colpevole di un delitto non da ergastolo. È discriminatorio privarlo della possibilità di far valere le sue ragioni – anche sul merito dell'accusa, prima che sulle conseguenze sanzionatorie – allo stesso modo degli imputati ad altro titolo.

Resta aperto il problema, quali modelli sanzionatori costruire, per delitti gravi e meno gravi. La tempesta mediatica sulle tempeste emotive riflette emozioni e ragioni meritevoli di considerazione, oltre che esibizioni retoriche e strumentalizzazioni di vario segno. Sulle recenti vicende giudiziarie hanno preso la parola intellettuali seri, non appartenenti al mondo del diritto. Nelle critiche verso gli esiti dei giudizi abbreviati per omicidio hanno trovato espressione preoccupazioni per la tenuta delle tutele apprestate dal diritto (penale) a soggetti deboli, del rispetto (uguale rispetto) dovuto alle donne. Sono rimaste ai margini delle discussioni (o del tutto al di fuori) le irragionevoli tecnicità della disciplina vigente. La riflessione sulla pena ne è risultata deformata. Da ciò la retorica della pena dimezzata e del ritorno al delitto d'onore. È mancata una riflessione mirata sulle *misure di pena* in discussione.

Una riflessione più approfondita potrebbe (senza bisogno di entrare nel merito di casi concreti) allargare il suo oggetto, dalle ipotetiche tempeste emotive nella testa di qualche autore di delitto, alle emozioni più o meno tempestose dell'opinione pubblica e alla loro traduzione (più o meno enfaticata) in politiche del diritto penale.

I giornali hanno riportato fra virgolette una frase attribuita al Presidente del consiglio, che *bacchetta le toghe schierate a difesa dalla casta*²⁶: *"nessuna reazione emotiva, nessun sentimento, pur intenso, può giustificare o attenuare la gravità di un femminicidio"*. Ribadire l'ovvia *ingiustificabilità* del femminicidio (come se fosse stata messa in discussione da sentenze di condanna a 16 anni!) è una mossa fin troppo facile, banale retorica politica. Altro e ben diverso problema è quello delle possibili *graduazioni di responsabilità* (e di pena) in relazione a coefficienti soggettivi, alla misura della colpevolezza del soggetto agente. È un problema che legittimamente si pone per qualsiasi delitto, anche il più grave quanto a contenuto offensivo.

²⁶ Così intitola *Il Giornale*, 15 marzo 2019.

Le critiche alla sentenza sembrano ignorare cose ovvie. A parità di evento lesivo, coefficienti soggettivi (di colpevolezza) sono il fondamento di forti differenziazioni: la colpevolezza può essere affermata o esclusa; la responsabilità per delitto è in via generale limitata al dolo, talora (è il caso dell'omicidio) estesa alla realizzazione colposa. Nell'ambito della responsabilità per dolo, possono distinguersi tipologie più e meno gravi: per es., premeditazione, dolo di proposito e dolo d'impeto; motivi aggravanti e attenuanti: l'intensità del dolo è criterio di commisurazione, così come il grado della colpa. La gravità obiettiva dell'evento non si traduce *sic et simpliciter* in uguale gravità dei fatti che hanno cagionato eventi di quel tipo.

Il linguaggio dell'aggravare o attenuare, usato nelle critiche, rispecchia l'aritmetica delle circostanze, come tecnicamente costruita nel codice Rocco, ma deforma la sostanza del problema: arrivare a una commisurazione ragionevole, per quanto consentito dal diritto vigente.

6. La risposta populista.

In un'intervista pubblicata su la Repubblica il 18 marzo 2019, il Ministro della giustizia, sulla ragionevole premessa che "*per stare dalla parte delle donne non servono le parole ma i fatti*", ha preannunciato pene più alte. Basta qui un esempio: per la violenza sessuale, anziché 5-10 anni passiamo a 6-12. L'inasprimento delle pene edittali è il tipo di risposta ricorrente lungo la storia delle riforme 'di parte speciale', dagli anni '70 ad oggi. Un trend che si è intrecciato con riforme di parte generale volte a consentire mitigazioni del trattamento, affidate alla discrezionalità giudiziaria e a istituti nuovi, *in primis* l'ordinamento penitenziario; e nella parte speciale, ampie rimodulazioni di importanti settori.

In questa fase, la politica legislativa penale consiste essenzialmente in aumenti di pene edittali. Esempi freschi, oltre la legge spazzacorrotti, alcune proposte *in itinere* (voto di scambio²⁷, violazione di domicilio, furto domiciliare, rapina²⁸).

Parole o fatti? O meglio: anche fatti, oltre il fatto dello scrivere parole e numeri in nuovi testi di legge?

Chi 'dà i numeri' degli aumenti di pena li presenta come rafforzamento della tutela. Spesso questo *topos* viene usato anche in scritti di giuristi; riflette ideologie implicite. Dice qualcosa sul mondo dei fatti? Propaganda populista e anche sentimenti popolari diffusi danno per scontato: pena più severa significa maggiore tutela. Il messaggio populista funziona: inteso a coagulare consensi, è a ciò idoneo, ha una sua razionalità rispetto ai suoi scopi di *politique politicienne*.

Rispetto ai proclamati scopi di politica *criminale* (di *prevenzione* della criminalità) che cosa ci si attende, che cosa si può ragionevolmente attendere, che cosa viene prodotto dai nuovi numeri che rimodulano al rialzo le pene minacciate? Una *scienza della*

²⁷ Reclusione da 10 a 15 anni, nel testo approvato dalla Camera il 7 marzo, ora all'esame del Senato.

²⁸ Aumenti di pena previsti del disegno di legge sulla legittima difesa, approvato dalla Camera il 6 marzo, ora all'esame del Senato.

legislazione che aspiri ad essere razionale dovrebbe formulare prognosi e verificare effetti. Al legislatore che fa leva sulle minacce di pena, giocando al rialzo, va chiesto che cosa prevede di ottenere.

Non è usuale, in materia di legislazione e di *law enforcement* penalistico, porre il problema di un'analisi costi/benefici. I costi del penale sono certi: anche economici, ma non solo economici. Costi degli apparati e del funzionamento (utile o inutile) di apparati di polizia in senso lato, di giustizia, penitenziari. Costi per persone coinvolte a vario titolo: anche sofferenze e ingiustizie.

Più penale comporta comunque più costi. E i benefici? Maggiore efficacia deterrente? Per la tutela degli interessi in gioco, sarebbe questo il beneficio che conta. La risposta è teoricamente aperta a verifiche dell'esperienza, peraltro difficili ed incerte.

Maggiore quantità e/o maggiore durata di punizioni inflitte? Le pene inflitte e da eseguire seguono all'inosservanza della legge, a un non funzionamento della tutela. Segnalano problemi non risolti. Una politica criminale ridotta a politica penale è una fuga dalle responsabilità di governo politico di fenomeni sociali. *“Il rischio che sembra corrersi è quello di una preoccupante trasformazione della fisionomia della nostra stessa forma di Stato in una paternalistica e populistica democrazia penal-giudiziaria, con contestuale abdicazione di ogni altra forma di controllo sociale nonché di responsabilità²⁹”*.

7. La discutibilità del penale.

7.1. Il diritto penale è un *farmakon*, *medicina o veleno secondo le dosi*³⁰. Arma a doppio taglio³¹, strumento necessario dell'ordine giuridico ma anche fattore di ingiustizie (la storia, anche del nostro tempo, offre esempi terribili). La politica del diritto penale ha il *problema di dosare farmaci*: dosi terapeutiche vanno ricercate fra un *troppo poco* e un *tossico troppo*.

Ideologie autoritarie o populiste pensano il penale come arma. Puntano sulla potenza di fuoco, sul più penale; sempre di più, di fronte ai fallimenti cui questa strada va incontro. Danno risposta ed alimento alla passione del punire.

Nelle scelte relative alla pena l'aspetto politico appare dominante³², e meno razionalizzabile. Le teorie sulla pena sono state definite³³ un *esempio di dogmatica priva di conseguenze*. Di fatto vengono invocate a fondamento di scelte normative e di pratiche punitive le più diverse, tramite il riferimento a diverse concezioni di giustizia, a valutazioni diverse sulla gravità dei reati (sia in astratto, per tipi di reato, sia in concreto,

²⁹ Parole di Francesco PALAZZO, in dialogo con Francesco VIGANÒ: *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna 2018, p. 56.

³⁰ U. CURI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, p.1073s: è la relazione di un noto filosofo nel primo convegno della AIDP, Associazione italiana professori di diritto penale (Firenze 2012).

³¹ Secondo la nota definizione di F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962, p. 46.

³² *“La spiegazione della pena è fondamentalmente politica, a differenza della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente”*: M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1166.

³³ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2009, p. 68.

relativamente a fatti specifici) e a valutazioni diverse sulla congruità delle pene, vuoi quanto a giustizia, vuoi (nell'ottica della prevenzione) quanto a prognosi sugli effetti, per loro natura opinabili e incerte.

Ben intenzionate ideologie cercano di conciliare efficienza e giustizia, prevenzione efficace e 'giusta' retribuzione. Non sono problemi che possano essere risolti con formule consolatorie: la *necessità politica* del minacciare pene non dà alcuna garanzia sulla *giustizia* delle pene minacciate e inflitte. L'*idea dello scopo* non è sufficiente a giustificare i mezzi, sui quali restano aperti i problemi di giustificazione etico-politica.

Nelle emozioni relative al penale entrano in gioco esigenze di riconoscimento e pretese di ritenuta giustizia retributiva. Il dolore delle vittime invocato come criterio di commisurazione severa; il grido di chi vede *ucciso di nuovo* un proprio congiunto nella derubricazione da delitto doloso a delitto colposo, o in una misura di pena ritenuta troppo mite. Sono sentimenti che mostrano l'incommensurabilità di principio fra il male dell'offesa, nella sua oggettività e irrimediabilità (tutte le morti sono uguali), e la misura di una risposta che tiene conto anche di altri fattori (e che potrebbe non esserci, per mancanza o per mancata prova della colpevolezza di qualcuno).

Nelle radici mitiche della nostra civiltà il sentimento delle vittime è impersonato dalle Erinni, che nella giustizia della *polis* possono entrare (ed è bene che entrino) trasformate in Eumenidi. La voce del giudizio non è la voce di una parte. La *polis* ha bisogno di una *giustizia della misura*³⁴. *Est modus in rebus, sunt certi denique fines / quo ultra citraque nequit consistere rectum*³⁵.

La dismisura e l'appiattimento verso l'alto sono discutibili non solo sul piano della giustizia³⁶, ma anche controproducenti rispetto al fine dichiarato della deterrenza. Ciò era ben chiaro a Beccaria: "*Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio*"³⁷.

Nell'attuale situazione spirituale, il confronto sul penale rispecchia concezioni diverse e contrapposte. Ad uno sguardo d'insieme, il discrimine di fondo oggi in Italia è fra un approccio razionale (il penale *farmakon*, salvo poi a discutere sulla qualità e sulla dose preferibile) e l'approccio populista a politiche di espansione indefinita (nel loro linguaggio, il penale-spazza). In concreto, si fronteggiano politiche che puntano al meno

³⁴ F OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, Bologna 2007, p. 145.

³⁵ ORAZIO, *Satire*, I, 1, v. 106-107.

³⁶ Si pongono i problemi di *proporzione*, su cui da tempo si è sviluppata, una significativa giurisprudenza costituzionale, a partire da Corte cost. n. 26/1979: Nella fase recente, basti ricordare le sentenze n. 236/2018, n. 222/2018, n. 40/2019.

³⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, par. VI. Questo punto era già ben chiaro, nel secolo XVI, a TOMMASO MORO (*Utopia*, Bari, 2006, p. 30): "*Quando un malandrino vedesse che, condannato per furto, non corre minor pericolo che se fosse convinto anche di omicidio, da questa sola riflessione si sentirà spinto ad ammazzare colui, che altrimenti avrebbe soltanto svaligiato, e ciò pel fatto che non solo, se è sorpreso, non corre maggior pericolo, ma anche che, a uccidere, c'è maggior sicurezza, maggior speranza di non esser scoperto, una volta levato di mezzo chi poteva denunciarlo. A questo modo, quando cerchiamo di atterrire con troppa crudeltà i ladri, li lanciamo allo sterminio di galantuomini*".

penale possibile (in particolare al meno carcere) e politiche che chiedono più carcerazione, non solo minacciata, ma effettiva.

Fra i punti del confronto: principio di legalità penalistica come *magna charta* dei diritti, garanzia di certezza d'azione, *versus* riduzione a *certezza della pena*. Risposte al reato che, facendo valere il principio responsabilità, puntino alla riparazione delle offese e alla ricostituzione di legami sociali, *versus* pene che puntino sull'esclusione. Eguale rispetto *versus* contrapposizione fra noi e loro, i sommersi e i salvati. Diritto penale liberale, sulla strada aperta dal nostro Beccaria, *versus* diritto penale del risentimento (o del nemico). Società aperta *versus* società chiusa. Il linguaggio del penale-spazza è quello del criminale governatore della prigione nel *Fidelio* di Beethoven: *dem Staate liegt daran, den bösen Untertan schnell aus dem Weg zu räumen*³⁸, il cattivo va spazzato via facendolo marcire in prigione.

7.2. Un comunicato della AIPDP, Associazione Italiana Professori di diritto penale, su *input* del congresso di Torino del 9-10 novembre 2018, ha evidenziato la tendenza verso un "*penale perpetuo. Più ergastolo, è il senso della proposta di escludere il giudizio abbreviato per i delitti puniti con tale pena. Ma anche sanzioni interdittive perpetue, Daspo perpetuo, blocco della prescrizione. Giustizia infinita. E ad impatto carcerario massimo*"³⁹.

Per la giustizia penale il *fattore tempo* è un dato di realtà: pene detentive incidono sui tempi di vita delle persone. Le risposte a un reato commesso e giudizialmente accertato seguono a distanza di un tempo più o meno lungo; cadono dentro scenari di vita, dei quali l'ingresso in carcere è una rottura. La considerazione dei tempi di vita delle persone è un elemento importante per la determinazione ragionevole delle pene edittali e delle risposte in concreto.

La giurisprudenza costituzionale recente (in sentenze che meriterebbero maggiore attenzione e valorizzazione) ha dato rilievo a condotte susseguenti al reato, quali possibili segnali di *discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali*⁴⁰. La *freccia del tempo* è determinante per le risposte al commesso reato: i fatti più recenti hanno maggiore rilievo di fatti remoti.

La *freccia del tempo* è importante per la strutturazione di pene la cui esecuzione si svolge nel tempo (*in primis*, ma non solo, la pena detentiva). È possibile (anzi doveroso, dice l'idea 'rieducativa' iscritta nella nostra Costituzione) costruire la pena come un percorso, che comincia con la commisurazione giudiziale e può poi snodarsi attraverso possibili varianti, costruite da istituti del diritto penale sostanziale e dell'ordinamento penitenziario.

³⁸ *Allo Stato interessa spazzare via velocemente dalla strada il cattivo suddito*".

³⁹ Pubblicato in [questa Rivista](#) il 23 novembre 2018.

⁴⁰ Discontinuità anche *radicale*: potrebbero essere *comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato*, ai quali non può essere negata, alla luce del finalismo 'rieducativo', la possibile rilevanza attenuante, anche sotto forma di attenuanti generiche, con possibile prevalenza sulla recidiva (un'aggravante agganciata al passato, a tempi che precedono la svolta ideale e/o comportamentale positiva): Corte cost. n. 183 del 2011; n. 74 del 2016:



3/2019

La freccia del tempo è importante per la previsione di cause di non punibilità: il problema prescrizione, che spesso è visto dalla parte dell'autorità, è anche un problema di ragionevolezza e moralità⁴¹ delle risposte al reato nel fluire del tempo e delle cose umane.

Il confronto su questi temi è ad alto tasso di politicità, sia perché si tratta di temi su cui si gioca la ricerca di consensi, sia perché è in gioco la qualità della giustizia – di più: l'ethos della convivenza nella *polis*. Per interloquire non c'è bisogno di farsi eleggere dal popolo. In una democrazia liberale, agli eletti dal popolo compete la *responsabilità* decisionale; la discussione è aperta a tutti gli appartenenti al *demos*. La cultura giuridica si colloca nell'orizzonte della libertà di pensiero e di manifestazione del pensiero, garantita dai principi costituzionali⁴². Nella sfera pubblica noi studiosi e operatori del diritto siamo legittimati a parlare *al pari* di tutti gli altri, con *maggiori responsabilità*.

7.3. La variabilità dei sistemi punitivi – nei tempi e nei luoghi – rispecchia differenze di valutazione fortissime. Per l'identificazione di una *giusta misura* non vi sono criteri universalmente condivisi. La giustizia di una pena – legalmente prevista e/o giudizialmente applicata, o semplicemente proposta – è *sempre discutibile sul piano etico-politico*.

Prendere sul serio l'ethos liberale implica il prendere le distanze dalla pretesa che la contingente valutazione di un ordinamento giuridico, o la nostra valutazione personale, siano *la giustizia punitiva tout court*, *la giusta misura* o la migliore di tutte.

Lungi dall'esonerare da riflessioni e argomentazioni sulla giustizia dei modi del minacciare e punire, *l'irriducibile discutibilità dei modelli punitivi* dovrebbe essere tematizzata dalle teorie sulla pena, come premessa uno stile di riflessione e discussione che tenga conto delle differenze fra le concezioni di giustizia penale presenti nella società, e della differenza concettuale (e del possibile scarto concreto) fra diritto e giustizia.

⁴¹ Sia consentito di rinviare a D. PULITANÒ, *La moralità della prescrizione*, in *Criminalia*, 2017, p. 411 ss.

⁴² Ce lo ricorda un autorevole penalista: W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 68.