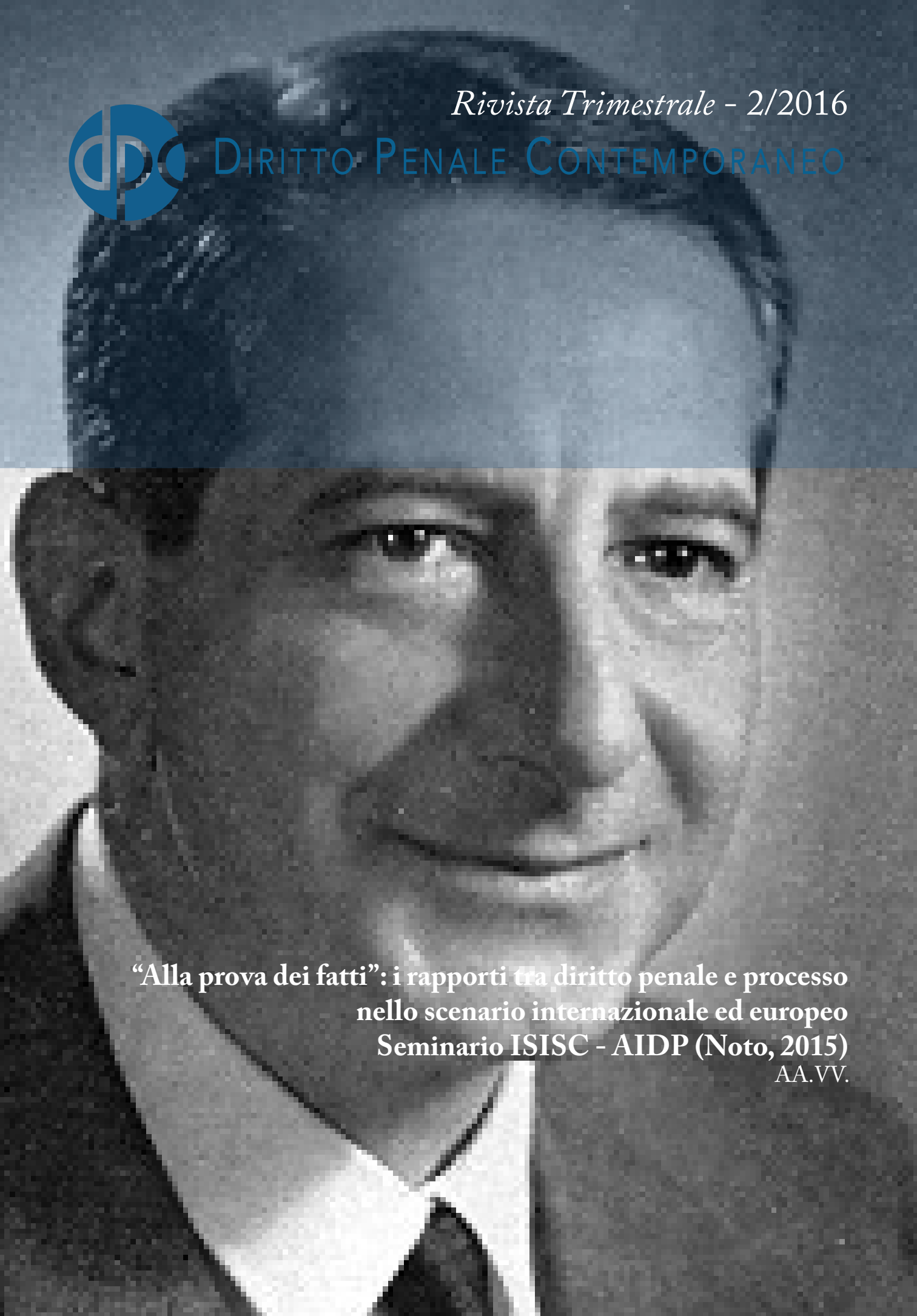
Rivista Trimestrale - 2/2016

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



"Alla prova dei fatti": i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo

Seminario ISISC - AIDP (Noto, 2015)

AA.VV.

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*
Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*
Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray,
Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*
Emilio Dolcini, Novella Galantini, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta,
Silvia Buzzelli, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Elena Maria Catalano,
Massimo Ceresa Gastaldo, Cristiano Cupelli, Fabrizio D'Arcangelo, Angela Della Bella,
Gian Paolo Demuro, Roberto Flor, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Antonio Gullo,
Roberto E. Kostoris, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera,
Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni,
Vincenzo Mongillo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Daniela Piana, Lorenzo Picotti,
Paolo Renon, Gioacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,
Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Giulio Ubertis,
Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi

ELENCO DEI REVISORI *REVIEWERS*
Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni,
Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi,
Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci,
Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini,
Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra,
Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti,
Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin,
Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano,
Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

Editore Associazione "Diritto penale contemporaneo", Via Gabrio Serbelloni 1, Milano - C.F. 97714210156
ANNO 2016 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale 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 – unitamente all'omonima rivista quotidiana – dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. 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 – Rivista trimestrale" 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 – Rivista trimestrale", 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.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro 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 di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata seguendo criteri di competenza tematica e di rotazione. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Con decisione motivata della direzione, i lavori di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica e i testi di relazione a convegni possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di *peer review*. Di tale circostanza è data menzione in nota al lavoro stesso.

Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale is a free, non-profit online law review, created by the joint initiative of Luca Santa Maria, who conceived and funded the initiative, and Francesco Viganò, who has been its director right from the start, in the context of a partnership involving professors, lecturers and researchers from the criminal science section of the "C. Beccaria" Department of the "Università degli Studi di Milano". The review is currently edited by the "Diritto penale contemporaneo" association, whose president is Mr. Santa Maria, criminal law attorney in Milan, and whose scientific director is Prof. Viganò, currently criminal professor at the Bocconi University in Milan. The management, the editorial staff and the scientific committee now engage lecturers and researchers from many other universities in Italy and abroad, as well as distinguished criminal law professionals – judges and attorneys.

The administrative and the editorial staff collaborate for free and authors are not charged with preparation and publication costs.

Works published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" are attributed to the authors under a *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT) license. Anything not expressly regulated by this license is without prejudice to the guarantees provided by the regulations concerning the protection of copyright and other connected rights (l. n. 633/1941).

Each work published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" can be shared, reproduced, distributed, printed, disclosed to the public, displayed to the public, searched, and linked to, by any means and in any format, for any lawful non-commercial purpose, in compliance with the *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT) license, paying attention to retain the indication of the source, the logo, and the original graphic format as well as of the author of the contribution.

Peer review

The scientific quality of the works published in this magazine is guaranteed by a *peer review* procedure, implemented through the transparency, autonomy and undisputed scientific prestige of the editors and of the Italian and foreign professors of law and criminal procedure, whom we take the opportunity to thank for accepting this task.

Each work subject to this procedure is examined anonymously by two *peer reviewers*, who give their likewise anonymous opinion on its compliance with the standards of quality set by the best law review. A work is published only if it is approved by both reviewers. The reviewers for each paper are appointed on a rotational basis according to their expertise. All the documentation pertaining the operations carried out during this peer review procedure is stored in our offices.

Following a reasoned decision of our editorial staff, works by renowned experts in the field and conference reports can be published without being subject to the *peer review* procedure. This will be referenced in a footnote to the work itself.

Sommario

Editoriale

In questo numero 1
Francesco Viganò

Diritto penale e processo oggi (Noto, 2015)

"Alla prova dei fatti": i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo 5
Francesco Mazzacuva e Donato Vozza

Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo 8
Sofia Milone

Una possibile dimensione europea del principio di offensività 19
Alessio Molinarolli

Giudicato penale e *lex mitior* nella tutela dei diritti fondamentali 28
Veronica Manca

Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale 41
Donato Vozza

La rilevanza penale dell'abuso del diritto 54
Marinella Bosi

L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi 66
Marco Colacurci

La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana 80
Federico Mazzacuva

Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza 89
Federica Urban

Diritto penale e processo oggi (Noto, 2015)

La motivazione del decreto che dispone il sequestro "impeditivo" 101
Luca Pressacco

I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale 114
Gaia Caneschi

La valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato nel passaggio (incerto) dalle attività ispettive alle funzioni di polizia giudiziaria 125
Pietro Sorbello

Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell'Unione Europea 136
Giulia Lasagni

La *confirmation of charges* e i diritti della difesa nell'applicazione dello statuto di Roma 148
Giulia Lanza

Summary

Editorial

In this issue 1
Francesco Viganò

Criminal Law and Criminal Procedure Nowadays (Noto, 2015)

Forms of Interaction between Criminal Law and Criminal Procedure in an International, European and Domestic Perspective 5
Francesco Mazzacuva e Donato Vozza

The Principle of Legality and the Role of the Courts under the Perspective of the Relationship between Criminal Law and Criminal Procedure 8
Sofia Milone

A Possible European Size of the Harm Principle 19
Alessio Molinarolli

***Res iudicata* and *lex mitior* in the Multilevel System of Protection of Human Rights** 28
Veronica Manca

Duty to Protect the Right to Life through Criminal Law and Proof of the Causal Link 41
Donato Vozza

The Criminal Significance of the Abuse of Rights 54
Marinella Bosi

Judging the Adequacy of the "*modello organizzativo*" as a Critical Point Within the Italian Corporate Liability System 66
Marco Colacurci

The Practice of Pre-trial Diversion for Corporate Offenders in the U.S.A. and U.K. 80
Federico Mazzacuva

Discretion of the Judge and Automatisms: Problems in the Italian System of "misure di sicurezza" 89
Federica Urban

Criminal Law and Criminal Procedure Nowadays (Noto, 2015)

The Duty to Give Reasons for a Preventive Seizure Decision 101
Luca Pressacco

Limits of Application of the Adversarial Principle in Non-criminal Proceedings 114
Gaia Caneschi

The Evaluation of Suspects, Clues and *notitiae criminis* in the (Uncertain) Transition from Administrative Inquiries to Police Investigations 125
Pietro Sorbello

Criminal Trial, Punitive Administrative Law and Cooperation in the European Union 136
Giulia Lasagni

The Confirmation of Charges and the Rights of the Defence in the Application of the Rome Statute 148
Giulia Lanza

Editoriale *Editorial*

1 **In questo numero**
Francesco Viganò

In questo numero

In This Issue

Francesco Viganò
Ordinario di diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano

Questo numero è interamente dedicato alla pubblicazione degli atti del seminario di formazione per dottorandi in diritto e procedura penale organizzato congiuntamente dall'Istituto Superiore di Scienze Criminali di Siracusa e dalla sezione italiana dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, svoltosi come ormai di tradizione nell'incantevole città di Noto nel settembre 2015 e dedicato alla memoria di Giuliano Vassalli, cui abbiamo deciso di dedicare – non senza una nota di commozione anche da parte di chi scrive – la nostra copertina.

Proseguiamo in tal modo una collaborazione, già avviata lo scorso anno, con queste due prestigiose istituzioni, e in particolare con un'iniziativa che ci pare strategica per il futuro delle discipline penalistiche, fornendo ai giovani studiosi – in esito a una *call for papers* pubblica – la possibilità di presentare un *paper* di fronte a dottorandi di tutta Italia e ai docenti che prendono parte al seminario nel ruolo di *discussants*. Sulla base degli stimoli emersi dal dibattito, a volte anche assai acceso, i relatori predispongono poi il testo definitivo delle rispettive relazioni, che vengono sottoposte al vaglio scientifico degli organizzatori del seminario e quindi inviate per la pubblicazione.

Siamo certi che i contributi dei giovani ma brillanti studiosi che compaiono in questo numero non deluderanno i nostri lettori, pure abituati ad incontrare – nella nostra *Rivista trimestrale* – i nomi più prestigiosi della scienza penalistica e processualpenalistica italiana. Si tratta infatti di lavori che toccano – come meglio illustrato dall'articolo introduttivo di Francesco Mazzacuva e Donato Vozza – una serie di temi al centro del dibattito odierno, avvinti dallo stimolante filo conduttore dei rapporti tra diritto e processo nello scenario internazionale ed europeo: uno scenario del quale il giurista nostrano è ormai sempre più consapevole, e che sta ormai modificando dall'interno la stessa logica dei principi e delle regole del diritto sostanziale e processuale penali, in un percorso che continua a sollevare sospetti e resistenze, ma che appare ormai come irreversibile.

Principi fondamentali come la legalità penale, l'offensività, la retroattività *in mitius*, lo stesso principio di *ultima ratio* del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici, devono oggi essere riconsiderati *ab imis* a partire dalle fonti europee, che si compenetrano ormai con le fonti costituzionali interne nel determinarne le loro basi legali; così come i principi del 'processo equo' dettati dall'art. 6 Cedu, nelle sue multiformi declinazioni fornitene dalla giurisprudenza di Strasburgo, entrano a poco a poco nel DNA anche di settori considerati tradizionalmente estranei allo *jus puniendi* come il procedimento sanzionatorio amministrativo.

Il sistema penale tende, d'altra parte, a conformarsi sempre più a spinte di armonizzazione di origine internazionale ed eurounitaria: sul versante dei precetti e delle sanzioni così come su quello delle stesse norme processuali, come dimostra l'irruzione – anch'essa verosimilmente irreversibile – della responsabilità degli enti da reato e del relativo processo, importati dalla logica degli ordinamenti di *common law* e diffusisi ormai a macchia d'olio – con pochissime eccezioni – un po' in tutto il mondo.

E infine, ormai stabile appare la presenza sulla scena penalistica del *diritto penale internazionale*, e correlativamente di un *processo penale internazionale*: quest'ultimo ancora in via di formazione e consolidazione ad opera della stessa giurisprudenza dei Tribunali e della Corte penale internazionale. Un processo pretorio, peraltro, al quale è opportuno guardare come a un grande esperimento di creazione di una *koiné* penalistica internazionale, in cui le categorie e i principi nazionali debbono per forza di cosa trovare una sintesi, sotto l'ombrello protettivo dell'*international human rights law*. Una *koiné* di principi e di regole minime alle quali occorrerà sempre più guardare in futuro, nella costruzione di risposte comuni – condivise a livello internazionale o, almeno, europeo – a una criminalità sempre più transnazionale in un contesto globalizzato.

A profili specifici di tutte queste grandi tematiche sono dedicati i contributi che abbiamo qui l'onore di pubblicare. Trattandosi di lavori già vagliati e approvati dagli enti organizzatori del seminario, essi non sono naturalmente stati sottoposti all'ordinaria procedura di *peer review* prevista per i contributi pubblicati sulla nostra *Rivista trimestrale*.

Diritto penale e processo oggi (Noto, 2015)
Criminal Law and Criminal Procedure Nowadays (Noto, 2015)

5 **"Alla prova dei fatti": i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo**
Francesco Mazzacuva e Donato Vozza

8 **Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo**
Sofia Milone

19 **Una possibile dimensione europea del principio di offensività**
Alessio Molinarolli

28 **Giudicato penale e *lex mitior* nella tutela dei diritti fondamentali**
Veronica Manca

41 **Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale**
Donato Vozza

54 **La rilevanza penale dell'abuso del diritto**
Marinella Bosi

66 **L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi**
Marco Colacurci

80 **La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana**
Federico Mazzacuva

89 **Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza**
Federica Urban

101 **La motivazione del decreto che dispone il sequestro "impeditivo"**
Luca Pressacco

Diritto penale e processo oggi (Noto, 2015)
Criminal Law and Criminal Procedure Nowadays (Noto, 2015)

114 **I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale**
Gaia Caneschi

125 **La valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato nel passaggio (incerto) dalle attività ispettive alle funzioni di polizia giudiziaria**
Pietro Sorbello

136 **Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell'Unione Europea**
Giulia Lasagni

148 **La *confirmation of charges* e i diritti della difesa nell'applicazione dello statuto di Roma**
Giulia Lanza

"Alla prova dei fatti": i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo

Introduzione agli atti del VI seminario di formazione interdottorale di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e dottori di ricerca organizzato dall'Istituto superiore internazionale di scienze criminali (ISISC) a Noto nei giorni 18-20 settembre 2015

Forms of Interaction between Criminal Law and Criminal Procedure in an International, European and Domestic Perspective

Introduction of the 6th "Giuliano Vassalli" Training Course on Criminal Law and Procedure for PhD Candidates Organized by the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC) in Noto, 18-20 September 2015

Francesco Mazzacuva* e Donato Vozza**
**Dottore di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Parma*
***Borsista post-dottorato in diritto penale presso la Seconda Università degli Studi di Napoli*

Diritto penale e processo, Diritto europeo, Diritto internazionale, Principi generali, Categorie dogmatiche, Standard della prova, Sanzioni, Responsabilità delle persone giuridiche

Criminal Law and Procedure, European Law, International Law, General Principles, Dogmatic Categories, Standard of Proof, Sanctions, Liability of Legal Persons

Abstract

L'introduzione presenta alcune forme di intersezione tra diritto penale e processo in prospettiva internazionale, europea e interna che sono approfondite negli articoli pubblicati a seguire in questo numero, i quali costituiscono gli atti del VI corso di formazione interdottorale di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e dottori di ricerca organizzato dall'Istituto superiore internazionale di scienze criminali (ISISC) a Noto nei giorni 18-20 settembre 2015.

This introduction presents some forms of interaction between criminal law and procedure from the international, European and domestic perspective analysed in the following essays published in this issue, which constitute the conference proceedings of the 6th Training Course on Criminal Law and Procedure "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates organized by the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC) in Noto, 18-20 September 2015.

Tra gli effetti dell'apertura dell'ordinamento penale interno al diritto sovranazionale si può certamente annoverare la moltiplicazione dei piani di intersezione tra dimensione sostanziale e processuale. Questa nuova dinamica originata dal diritto liquido e plurale della post-modernità impone una nuova riflessione sull'evoluzione dei rapporti tra tali "volti" del sistema penale, già indirizzatasi da tempo verso un ruolo dominante del processo – rievocante la figura del "socio tiranno" – ed una perdita di centralità del diritto sostanziale.

Una prima manifestazione del contemporaneo processo di interazione tra tali componenti sostanziali e processuali si riscontra nella palingenesi delle garanzie fondamentali risultante dal dialogo – o meglio, dalla dialettica – tra Corti europee e giudici interni. Nel nuovo orizzonte emergono dinamiche apparentemente contrapposte, ma difatti collegate, consistenti in una valorizzazione della dimensione effettuale di principi sostanziali ed in una "sostanzializzazione" dei principi processuali. Nella prima prospettiva assume precipuo rilievo la riflessione sul significato da attribuire alla garanzia della legalità penale, la cui metamorfosi trae origine proprio dall'avanzamento del diritto dei giudici. La centralità assunta dal formante giurisprudenziale nelle scelte politico-criminali, che si manifesta nell'elaborazione delle regole di condotta vietate *ex post* nelle aule di giustizia, anziché *ex ante* nelle aule del Parlamento, evidenziano – d'un canto – l'attuale crisi della riserva di legge, su cui è incardinata la legalità formale-democratica del nostro ordinamento giuridico, e – d'altro canto – un progressivo avanzamento dello scrutinio di prevedibilità, cifra essenziale della legalità sostanziale di matrice convenzionale, non sempre tuttavia intellegibile in ragione del carattere imprevedibile del diritto stesso. Nella stessa direzione, ma in termini diversi, a fronte della progressiva espansione del diritto penale per effetto degli obblighi di incriminazione di fonte internazionale, avanzano istanze di proporzione ed offensività che, trovando difficoltà ad emergere nelle valutazioni politico-criminali *ex ante*, tendono a manifestarsi nel giudizio sul caso concreto, piuttosto che nel sindacato di legittimità della norma incriminatrice. L'altra dinamica – di sostanzializzazione delle garanzie processuali – rinviene invece un embrionale riscontro nel dibattito europeo sul principio di colpevolezza che è alla "ricerca di una identità" in altri principi tra cui, peraltro, la presunzione di innocenza.

In altre ipotesi, invece, si assiste ad un rapporto di tensione tra categorie processuali ed esigenze di giustizia sostanziale, le quali sono particolarmente valorizzate in ambito sovranazionale, e tendono talune volte ad indirizzarsi verso la protezione del reo, mentre altre volte – invece – si spingono ad assegnare maggior rilievo alla vittima, la cui tutela prende corpo nello scenario processuale. Particolare attenzione merita la dinamica che segna un avanzamento della tutela delle garanzie sostanziali del reo, anche a scapito di esigenze processuali e di tutela della vittima, come si evince dall'arretramento del mito del giudicato al cospetto dell'affermazione del principio di retroattività della *lex mitior* o dal processo di implementazione dei diritti della difesa nella procedura che si svolge dinanzi alla Corte penale internazionale, con particolare riferimento alla *confirmation of charges*.

Un altro fronte di discussione è schiuso dal processo di integrazione penale "indiretta" nell'ambito dell'Unione europea – soprattutto nel campo della tutela degli interessi finanziari e del contrasto alla circolazione dei *dirty assets* – che fa trasparire una sorta di rapporto a parti invertite tra armonizzazione sostanziale e cooperazione investigativa e giudiziaria nel contesto europeo che, tuttavia, deve oramai tener conto dell'ampliamento del concetto di *matière pénale* dettato dalla giurisprudenza di Strasburgo, il quale incide profondamente sulle garanzie dell'indagato nei procedimenti sanzionatori. Tali aspetti, in particolare, sono stati evidenziati con riferimento ai diritti dell'indagato nei procedimenti amministrativi OLAF ed a tutela della concorrenza e alla possibile estensione del principio del contraddittorio ai procedimenti di fronte alla Consob per abusi di mercato. Ancora, esaminando i limiti entro i quali deve essere circoscritta la discrezionalità giudiziale in materia di misure di sicurezza, particolare attenzione è stata riservata alle conseguenze sul tema della riconsiderazione della confisca come misura punitiva sollecitata dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Un ulteriore aspetto degno di nota attiene ai rapporti tra categorie dogmatiche e standard probatori alla luce del diritto interno, anche per come influenzato dal diritto sovranazionale, in relazione ai quali vengono in rilievo problematiche attinenti alle relazione tra accertamento probatorio del nesso di causalità nel diritto giurisprudenziale interno ed obblighi di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, al problema della tutela dell'indagato nel passaggio dall'attività ispettiva a quella di polizia giudiziaria e allo *standard* motivazionale che deve caratterizzare il provvedimento di sequestro preventivo

finalizzato alla confisca. Vi sono poi istituti e categorie giuridiche interne, germinate nel diritto europeo o oggetto di un *legal transplant* da ordinamenti di *common law*, che presentano una dimensione "trasversale" tra diritto sostanziale e processuale. La figura dell'abuso di diritto, venuta fortemente in rilievo in materia penal-tributaria per estendere l'area della penalità (o, all'opposto, in relazione all'abuso del processo in funzione di tutela dell'individuo) ne è un emblematico esempio. Ancora, le forti intersezioni tra diritto penale e processo trovano riscontro nella valutazione in concreto di idoneità e adeguatezza del modello organizzativo – punto cardine della disciplina della responsabilità da reato degli enti. A fronte delle difficoltà emerse nel diritto interno, vengono sempre più in discussioni soluzioni accolte in altri ordinamenti – in particolare angloamericani – in cui si è scelto di assegnare rilievo, per escludere la punibilità dell'ente, ad accordi *ex post facto* conclusi tra lo stesso e la pubblica accusa in sede processuale.

Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo

Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è…imprevedibile?

The Principle of Legality and the Role of the Courts under the Perspective of the Relationship between Criminal Law and Criminal Procedure

Which Guarantee for the Predictability of Criminal Law if Criminal Law is…Unpredictable?

Sofia Milone
Allieva perfezionanda presso la Scuola superiore Sant'Anna di Pisa

Principio di legalità, Diritto giurisprudenziale, Contrada c. Italia

Nullum crimen, Judge-made Law, Contrada vs. Italy

Abstract

Il tema dei rapporti tra diritto penale e processo riporta l'attenzione, sul piano della "genesi" del diritto penale, alla questione del rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale, e del ruolo del "diritto dei giudici" nel sistema delle fonti. L'Autore si interroga sulla compatibilità tra la garanzia della legalità penale, intesa tanto nel suo significato costituzionale, quanto in quello elaborato nell'ordinamento Cedu, e il c.d. diritto "a matrice giurisprudenziale". A fronte della scelta della Corte europea di fondare il concetto di legalità penale su quello di prevedibilità e accessibilità del precetto, quale che ne sia la fonte (legislativa o giurisprudenziale), e alla luce della necessità di valorizzare l'aspetto funzionalistico-strutturale della garanzia – in base al quale la norma penale deve costituire una regola di condotta elaborata in un momento anteriore a quello di applicazione processuale – non pare che, nel nostro ordinamento, il diritto giurisprudenziale possa assicurare la realizzazione della garanzia della legalità penale. Semmai, la riscontrata assenza di meccanismi interni idonei ad arginare la fisiologica imprevedibilità del diritto giurisprudenziale, evidente nell'*exemplum* del caso Contrada, dovrebbe indurre, da un lato, a propugnare tuttora il rigoroso rispetto dell'art. 25 Cost., quindi anche dell'accezione della legalità come riserva di legge, tassativa e determinata; dall'altro, a sollecitare il legislatore ad intervenire, per ripristinare la legalità violata, in tutti quei casi in cui, come in quello relativo al concorso esterno in associazione di tipo mafioso, la fattispecie risulti il frutto di una vera e propria attività "costitutiva" della giurisprudenza.

The subject of the relationship between criminal law and criminal procedure, if examined under the perspective of the law-making process, calls for a reflection on the possibility to conciliate the "judge-made law" with the principle of legality, as it is enshrined in the Italian Constitution and as it is intended by the European Court of Human Rights. The author is skeptical about the possibility for the judge-made law, in the Italian system, to comply with the substantive meaning of the principle of legality as a guarantee for the individual. Indeed, for legality to act as a guarantee, not only the law must be clear and precise in order to constitute a reason for action and allow the individual to foresee the consequences of his action. But also, the individual must be judged according to the same rule that is supposed to lead his action. In other words, the "rule of judgment" ought not to be "created" in the proceeding where the responsibility of the individual is established. Otherwise, the requirement of foreseeability (and non-retroactivity) of the law would be infringed. As well as the cognitive nature of the criminal proceeding. In response to the intrinsic unpredictability of a judge-made law in the Italian system, and to the difficulty to find remedies for it, it still seems necessary to require the respect of the principle of legality as it is enshrined in Article 25 of the Italian Constitution. This means that it is for the legislator to intervene when the law does not define clearly and precisely the elements of the offence and leaves too much discretion to the judge in the definition of the "rule of judgment". As it has been revealed by the ECtHR case Contrada v. Italy with regard to the offence of *concorso esterno in associazione mafiosa.*

Sommario

1. Il significato attuale della legalità penale "sotto la lente" del rapporto tra diritto penale e processo. – 2. Principio di legalità e attività "costitutiva" della giurisprudenza. – 3. Prevedibilità e diritto giurisprudenziale nello specchio del nostro sistema: binomio conciliabile o antitesi? – 3.1 Un'incompatibilità irrisolvibile *de iure condito*? – 3.2 *De iure condendo*…è davvero auspicabile superare tale incompatibilità? – 4. Nessuno spazio per fattispecie ad "origine giurisprudenziale"? Cosa può dirci in proposito il caso Contrada…

1. Il significato attuale della legalità penale "sotto la lente" del rapporto tra diritto penale e processo.

Il tema prescelto come trama unificante del corso ha indirizzato la mia attenzione verso la dibattuta questione del rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale rispetto alla genesi del diritto penale e delle sue ricadute sul principio di legalità. Diversi sono i fenomeni in atto nel nostro ordinamento che inducono a rinnovare la riflessione sul significato della legalità penale e ad interrogarsi sulla sua idoneità a realizzare la sua autentica funzione di garanzia[1]: da un lato, la complessità del sistema multilivello di fonti e la parallela crisi della riserva di legge, intesa come centralità del confronto dialettico tra le forze politiche rappresentative nelle scelte di incriminazione; dall'altro, il mutamento del ruolo del giudice, da interprete fedele della volontà legislativa a vero e proprio coprotagonista nell'opera di produzione del diritto. Tale fenomeno si manifesta soprattutto qualora, in assenza di una chiara scelta incriminatrice del legislatore nei confronti di offese a "nuovi" beni collettivi, particolarmente avvertite a livello sociale, o di comportamenti indubbiamente confliggenti con la morale collettiva, ma difficilmente suscettibili di una precisa tipizzazione, l'autorità giudiziaria avverta la necessità di soddisfare una domanda di giustizia largamente condivisa anche a costo di forzare il dettato della legge[2].

È evidente che in questi casi non è in gioco "soltanto" la possibilità di rinvenire nella legge un diritto immutabile rispetto al momento applicativo e l'accoglimento di una concezione formalista dell'interpretazione, fedele al paradigma del sillogismo giudiziario[3]; bensì la radicale ammissibilità del ruolo creativo della giurisprudenza a fronte della "tradizionale" concezione di legalità scolpita negli articoli 25 e 101 Cost. Indubbiamente il confine tra fisiologia e patologia del c.d. *law enforcement* non sempre può essere individuato in modo netto; ciò nondimeno, tale incertezza non può indurre a rinunciare ad adottare una logica prescrittiva del rapporto tra il giudice e la legalità penale, nel momento in cui questi è chiamato a svolgere la sua funzione di ricondurre il caso concreto entro la sfera delle previsioni normative. Il giudice, cioè, se non può certo ritenersi bocca della legge, deve comunque scegliere un'interpretazione conforme ai canoni ermeneutici condivisi, in modo che la legge possa risultare, grazie alla controllabilità degli stessi, riconoscibile dai consociati.

L'interesse per una riflessione sulla compatibilità del significato di garanzia della legalità con il ruolo creativo dei giudici scaturisce, oltre che dai fattori "endogeni" appena illustrati, dal

[1] Si soffermano su tale riflessione G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. Fior.* 2007, 1251 ss., Id., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011, 79 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un "principio fondamentale*, in *Quad. Fior.* 2007, 1279 ss.; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010; G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, in *Criminalia* 2012, 285 ss.; D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, n. 1, 29 ss.; O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1, 2013, 159 ss. Per una riflessione di sistema, che coglie le trasformazioni della legalità in uno con i mutamenti che interessano anche altri principi fondamentali del diritto penale, v. V. Manes, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, n. 3, 839 ss.

[2] V. le riflessioni di G. P. Accinni, *Disastro "ambientale" ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, n. 2, 755 ss.

[3] V. in proposito le critiche delle teorie ermeneutiche al tradizionale paradigma del sillogismo giudiziario; sul punto O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006 e Id., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia* 2012, 267 ss. Per un'ampia ricostruzione del dibattito sin dalle origini nel primo Novecento, si rimanda a C. Nitsch, *Il giudice e la legge*, Milano 2012, *passim*. Per una recente riflessione sul generale rapporto tra ermeneutica e diritto penale si rinvia allo studio di M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. Fior.* 2015, n. 1, 131 ss.

necessario confronto tra il sistema di garanzie contemplato nel nostro ordinamento e quello previsto dall'ordinamento CEDU, rispetto al quale la Corte europea svolge un sindacato di conformità del diritto degli stati membri alla Convenzione[4].

È noto il contributo della suddetta Corte nell'esplicitazione dei corollari della legalità penale, a partire dall'interpretazione del *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all'art. 7 CEDU, e nell'innalzamento ed ampliamento degli standard delle garanzie fondamentali attraverso il volano dell'autonoma qualificazione della materia penale[5]. D'altra parte, è altrettanto noto come il rispetto del principio di legalità convenzionale, rivolgendosi anche ad ordinamenti di *common law*, venga ritenuto compatibile con un diritto a matrice giurisprudenziale[6], e non sottenda, invece, come condizione essenziale, il principio di riserva di legge secondo il modello recepito dall'art. 25 Cost. Non solo: la Corte europea sottolinea in modo ricorrente la necessità della funzione interpretativa e chiarificatrice della giurisprudenza e la sua piena compatibilità con l'art. 7 CEDU; a patto che il risultato del processo interpretativo sia coerente con la scelta incriminatrice di fondo e costituisca il frutto di una ragionevole possibilità di previsione[7].

Secondo quest'ottica, l'essenza del principio di legalità è costituita dall'accessibilità e dalla prevedibilità del diritto, quale che ne sia la fonte. Per quanto tale accezione di legalità possa sembrare confliggente con quella interna, è opportuno evidenziare la necessità di un completamento delle garanzie che i diversi ordinamenti prevedono, al fine di assicurare il soddisfacimento dello standard più elevato di legalità penale. Il rispetto della legalità nella Costituzione, quale garanzia dell'individuo contro il rischio di punizioni arbitrarie, implica certamente che l'individuo possa prevedere le conseguenze penali delle sue azioni; ma anche che l'attributo di prevedibilità sia riferito alla concretizzazione di una disposizione di legge, la quale dovrà essere pertanto sufficientemente chiara e determinata.

La ricostruzione del significato della legalità penale si fa più complessa se si adotta una prospettiva *in action*[8], sensibile cioè agli effettivi "rapporti di forza" tra legislatore e giudice, così come al dialogo tra corti nazionali e corte europea. Due paiono le principali problematiche sottese, "facce della stessa medaglia": la possibilità di configurare tuttora la legge penale, frutto della volontà politica dell'organo rappresentativo per eccellenza, quale fonte esclusiva di diritto; d'altra parte, la possibilità di legittimare, pur a fronte di un dettato costituzionale di senso contrario, l'attività "costitutiva", della giurisprudenza.

Se non è possibile fornire in questa sede una risposta risolutiva alle tensioni della legalità penale appena individuate, pare comunque opportuno tentare un chiarimento, rispetto all'ammissibilità del ruolo creativo della giurisprudenza, proprio a partire da un'attenta considerazione del rapporto di "complementarietà garantistica"[9] che intercorre tra diritto e processo penale. Come si cercherà di dimostrare, infatti, proprio la struttura fisiologica di tale rapporto prescrive un preciso significato della garanzia di legalità – a prescindere dalle particolari declinazioni che la caratterizzano a livello interno e convenzionale – la cui realizzazione pare difficilmente conciliabile con l'accoglimento da parte del nostro ordinamento di un diritto a matrice giurisprudenziale.

È indubbio come l'accertamento di una responsabilità individuale, personale e colpevole, secondo il c.d. paradigma cognitivo del giusto processo, possa avvenire soltanto previa individuazione di una *regula iuris* preesistente al processo; o meglio, sulla base di un parametro di giudizio certo coincidente con la regola di condotta che ha orientato, o avrebbe dovuto orien-

[4] V. O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2197 ss. e Id., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, cit.

[5] V. A. Bernardi, *Art. 7*, in S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam 2001, 256 ss. e V. Manes, *Art. 7*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* Cedam, 2012, 288 ss. Tra le sentenze più significative che segnano un innalzamento dello standard interno di garanzie si ricordano sul principio di irretroattività e, in particolare, sulla retroattività della *lex mitior* anche in presenza della formazione di un giudicato, Corte EDU, G. C., Scoppola c. Italia, 17.9.2009, n° 10249/03; sui canoni di prevedibilità e accessibilità della legge, la cui osservanza è funzionale alla garanzia di una responsabilità personale colpevole (Corte EDU Sud Fondi c. Italia, 20.1.2009, n° 75909/01). Le sentenze della Corte europea sono tutte consultabili nella banca dati *http://hudoc.echr.coe.int*.

[6] Corte EDU Cantoni c. Francia, 15.11.1996. Recentemente Corte EDU, G.C., Del Rio Prada c. Spagna, 10.7.2012, n°42750/09.

[7] Corte EDU, S.W. c. Regno Unito, 22.11.1995, n° 20166/92; recentemente Corte EDU, G.C., Vasiliauskas c. Lituania, 20.10.2015, n°35343/05.

[8] Sul tema si segnala il recente contributo di F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, che si sofferma sulle attuali istanze di valorizzazione della c.d. legalità effettuale e sulla necessità di conciliarle anche con il significato "più tradizionale" della riserva di legge.

[9] Così definisce il rapporto tra diritto penale sostanziale e processo, oltre che come rapporto di interazione funzionale volto al funzionamento dell'apparato repressivo, F. Giunta, *Dal governo della legge al governo degli uomini: a proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Cr. Dir.* 2013, 85.

tare, il comportamento del soggetto cui era rivolta. In questa prospettiva, il nodo da sciogliere per verificare il rispetto della legalità penale è il seguente: può una regola forgiata dal giudice soddisfare i *desiderata* della regola di giudizio?

2. Principio di legalità e attività "costitutiva" della giurisprudenza.

Prima di affrontare l'interrogativo centrale di questa breve riflessione, pare opportuno compiere un "passo indietro" precisando le ragioni che inducono a soffermarsi sul ruolo costitutivo dei giudici nel nostro ordinamento e a porlo in relazione con la garanzia di prevedibilità.

Perché porsi un simile problema in un sistema che riconosce a livello costituzionale la *ratio* democratica della riserva di legge e inquadra l'indipendenza del giudice nel solco di quanto la legge prevede? In realtà, dal dibattito attuale emerge una diffusa consapevolezza del progressivo imporsi del momento della *iuris dictio* rispetto a quello di produzione legislativa e delle inevitabili conseguenze di tale capovolgimento sul piano della separazione dei poteri e della democraticità delle scelte di incriminazione, almeno per come tradizionalmente intesa[10]. Simile approdo è favorito, innanzitutto, dalle teorie ermeneutiche dell'interpretazione, nella misura in cui le stesse, rinnegato l'approccio conservatore della natura dichiarativa dell'attività giudiziale, predicano il costruttivismo interpretativo come ineludibile processo di formazione della norma all'esito dell'incontro con il fatto[11].

Anche prescindendo dalle opzioni filosofiche che inquadrano il ruolo creativo del giudice nella fisiologia del "farsi diritto" – anche quello penale – l'interesse per la questione è sollecitato dalle non rare patologie della "tecnica" giudiziaria – rinvenibili qualora la stessa sconfini in una vera e propria "politica" giudiziaria che invoca lo strumento della lotta e proclama l'obiettivo del garantismo[12] –; così come da quelle della tecnica legislativa, in punto di formulazione di norme penali tassative e determinate. Tanto più che la strada interna per smascherare tali patologie è poco battuta: da tempo si sottolinea la renitenza del Giudice delle leggi a censurare il difetto di determinatezza delle fattispecie[13], ritenendosi sufficiente, perché l'art. 25 Cost. sia rispettato, che "la descrizione del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca –" di stabilire il significato degli elementi elastici della fattispecie "mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato": esprimendo, cioè, "un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile"[14]. Criteri certamente condivisibili; ma, fintantoché non si fissino con certezza i limiti dell'ermeneutica giudiziale, essi non sempre paiono dirimenti per accertare l'effettivo rispetto del principio di legalità da parte delle fattispecie di volta in volta esaminate.

Non potendo che astenersi, in questa sede, data la complessità dell'argomento, dal pren-

[10] V. le riflessioni di G. Fiandaca, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.* 2011, V, c. 1 ss., D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit. e N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia* 2012, 315 ss.

[11] V. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, cit. Si richiama, inoltre, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino 2014, che, prendendo atto, all'esito di uno studio di diritto comparato, del dato empirico di una giurisprudenza fonte del diritto, indaga sul rispetto del principio di legalità da parte della c.d. *law in action* e sui possibili correttivi per assicurarlo.

[12] V. sui rischi del "giudice di scopo", cioè che il giudice sia guidato da un interventismo di lotta contro fenomeni criminali aggressivi e pervasivi, M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011 nonché G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit. Sottolinea il rischio di accentuazione del finalismo repressivo attraverso l'uso del "linguaggio del garantismo", inteso come "tutela di interessi importanti, anche di nuova individuazione", da parte dei giudici, D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 41 s.

[13] V. già lo studio di F. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. M. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 51 ss.

[14] Corte Cost. 13.1.2004, n. 5, con riferimento all'art. 14, co. 5-*ter*, T.U.imm. (nel caso di specie, il giudizio verteva sulla formula elastica "senza giustificato motivo", riferita allo straniero che si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore). Simili osservazioni sono ribadite da Corte Cost. 30.7.2008, n. 327, rispetto al disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. Da ultimo v. Corte Cost. 11.6.2014, n. 26 rispetto alla fattispecie di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* c.p. L'unica sentenza che ha accolto la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza è Corte Cost. 9.4.1981, n. 96, con riferimento alla fattispecie di plagio di cui all'art. 603 c.p. per "l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione".

dere posizione sulla prospettiva da adottare[15] – fisiologia o patologia della produzione del diritto – rispetto al ruolo "costitutivo" della giurisprudenza, è comunque necessario confrontarsi con esso, in quanto sembra costituire un ineludibile dato di fatto. Lo conferma la rilevanza attribuita dal discorso dottrinale e giurisprudenziale al c.d. diritto vivente, cioè al diritto che risulta dalla costante interpretazione giurisprudenziale, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di legittimità. Il diritto vivente svolgerebbe, addirittura, una fondamentale funzione di chiarificazione della legge: un'interpretazione "tassativizzante" condivisa potrebbe così rimediare al *deficit* di determinatezza della fattispecie, e sottrarla al giudizio di illegittimità costituzionale[16]; almeno nella misura in cui si ritenga che i corollari del principio di legalità, tassatività e determinatezza, al pari della loro traduzione strasburghese nell'attributo di prevedibilità della norma, debbano essere riferiti alla norma "vivente", frutto dell'interpretazione e applicazione dei giudici[17].

La Corte di Cassazione ha manifestato tale credo nella nota sentenza a Sezioni Unite del 2010 in cui, sulla base della ritenuta "relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario nella determinazione del significato di una data disposizione, ha riconosciuto il mutamento giurisprudenziale ad opera del Supremo Consesso, quindi "qualitativamente qualificato", alla stregua di uno *ius novum*, tale da consentire la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto ai sensi dell'art. 666 c.p.p.[18].

D'altra parte, la scelta di saggiare il diritto giurisprudenziale sul banco di prova del rispetto del canone di prevedibilità – e, parallelamente, del nucleo di legalità necessario ad assicurare la dimensione di garanzia del processo – discende dalla necessità di confrontarsi con un'accezione di legalità che, sia pur non familiare alla dommatica nostrana, è oggi ritenuto universale minimo comune denominatore della legalità penale nello stato di diritto[19]. Del resto, dietro il termine "prevedibilità" tanto in voga, si cela l'esigenza di garantire, attraverso la determinatezza e tassatività della norma penale, il rispetto del ben più familiare principio di irretroattività: l'individuo deve poter conoscere con esattezza il contenuto del divieto penalmente sanzionato per poter orientare il proprio comportamento sulla base di esso. Ove tale condizione non fosse soddisfatta per l'indeterminatezza del precetto, un'eventuale condanna fondata sul significato ricostruito *ex post* nel corso del processo, equivarrebbe sostanzialmente ad un'applicazione retroattiva della norma penale incriminatrice.

Se dunque l'attività concretizzatrice della giurisprudenza implica una componente necessariamente "creativa" rispetto al dato positivo e, d'altra parte, in taluni casi, la stessa risulta addirittura imprescindibile per determinarne l'esatta portata applicativa – così che esso possa orientare il comportamento dei consociati – perché tante remore alla legittimazione nel nostro ordinamento di un diritto "a matrice giurisprudenziale"? Non sarebbe questo idoneo, forse ancor più della legge, ad assicurare il soddisfacimento della legalità materiale, invocata come ultima frontiera garantistica del principio di legalità?

3. Prevedibilità e diritto giurisprudenziale nello specchio del nostro sistema: binomio conciliabile o antitesi?

A ben vedere, l'idea per cui l'unico ostacolo all'accoglimento di un diritto di fonte giurisprudenziale sarebbe costituito da una cultura giuridica, irrimediabilmente obsoleta, fautrice del mito della legalità formale, sia pur – dato non trascurabile – cristallizzato nella nostra Car-

[15] Esula dall'intento e dalle possibilità di questo intervento prendere posizione sull'individuazione di una netta linea di confine tra interpretazione e creazione del diritto. Si è ovviamente consapevoli del limite costituito dal mancato approfondimento di tale tema, in un certo senso preliminare, rispetto ad una riflessione sull'ammissibilità del diritto giurisprudenziale con riguardo alla garanzia di prevedibilità; ci si limita a segnalare come per integrare la riflessione sarebbe necessario innanzitutto uno studio di teoria generale del diritto.

[16] V. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano 1994. Tra le sentenze v. recentemente Corte Cost. 11.6.2014 n. 172, cit., la quale, nel valutare la determinatezza della fattispecie di atti persecutori, tiene conto degli elementi della fattispecie per come consolidati nel diritto vivente. Per una ricostruzione del significato del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale v. L. Salvato, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, febbraio 2015, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf.

[17] V. Cass. SU 12.9.2012 n. 34952, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2012, con nota di G.L. Gatta, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, che ritiene configurabile, nel pieno rispetto del principio di legalità, il tentativo di rapina impropria in quanto ritenuto un "risultato interpretativo 'normalmente' prevedibile" alla stregua di un diritto vivente consolidato.

[18] Cass. SU 21.1.2010 n. 18288, Beschi, *CEDCass.* n. 246651, in *Cass. pen.* 2011, 17 ss. con nota di R. Russo, *Il ruolo della* 'law in action' *e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*.

[19] V. O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, cit., 163 ss.

ta fondamentale, non pare condivisibile. Essa risulta attraente, in primo luogo, nella misura in cui consente di ascrivere alla "normalità" del farsi diritto tutti quei casi in cui la disposizione di legge acquista nell'applicazione giurisprudenziale un significato solo in parte riconducibile al dato positivo; inoltre, perché, assicurando un linguaggio comune nel dialogo tra i due ordinamenti, favorisce un allineamento dello standard di legalità interno a quello convenzionale.

D'altra parte, tale idea si scontra con un assetto ordinamentale fisiologicamente inadeguato ad assicurare proprio la prevedibilità della regola giurisprudenziale. O, utilizzando un linguaggio coerente con la prospettiva del rapporto strutturale tra diritto penale e processo, con il difetto di meccanismi idonei a far sì che la regola formata dai giudici costituisca un parametro di giudizio preesistente al processo, in quanto coincidente con la regola di condotta individuabile *ex ante* dagli interessati.

3.1. *Un'incompatibilità irrisolvibile* de iure condito*?*

Innanzitutto, su un piano descrittivo-fattuale, è evidente la difficoltà di individuare il momento genetico di un vero e proprio diritto giurisprudenziale e di impedire che quest'ultimo sia applicato, retroattivamente, al caso con riferimento al quale è stato forgiato. In altre parole, quando è possibile rinvenire un orientamento giurisprudenziale tale da costituire diritto vivente? Inoltre, quand'anche si riesca a risolvere questo interrogativo, come assicurare che dall'applicazione di un diritto di tale fatta non discenda una condanna imprevedibile, in quanto pronunciata proprio nel processo nel quale lo stesso assurge "per la prima volta" a diritto?

Mancano in effetti dei parametri, qualitativi e quantitativi, il cui raggiungimento sancisca in modo certo e indiscutibile la "soglia" del diritto vivente[20]. Inoltre, in assenza di una regola che affermi la vincolatività del precedente, nemmeno di quello dell'autorità deputata a svolgere la funzione nomofilattica[21], il diritto giurisprudenziale è fisiologicamente sottoposto a contrasti, mutamenti, che ne inficiano irrimediabilmente la stabilità e, quindi, tradiscono la realizzazione della pretesa di prevedibilità. Per di più, gli stessi fautori del ruolo creativo della giurisprudenza si mostrano scettici in ordine alla possibilità di cristallizzare un diritto che prende forma a contatto con il fatto[22].

D'altra parte, anche tralasciando la difficoltà di come e quando configurare un diritto vivente tale da incarnare un'uniformità di vedute della giurisprudenza, resta il problema di come garantire all'individuo che il mutamento giurisprudenziale che consolida il diritto vivente non gli sia applicato retroattivamente. In altri termini, manca un meccanismo in grado di assicurare il c.d. *prospective overruling* degli ordinamenti di *common law*[23].

Lo dimostra la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 230/2012[24], che ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale, sollevata con riferimento all'art. 673 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione non include tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna il mutamento giurisprudenziale, determinato da una decisione delle Sezioni Unite, che comporti una sostanziale *abolitio criminis*. Per affermare che la successione di orientamenti interpretativi non può essere equiparata ad un atto di produzione legislativa, e quindi escludere una possibile estensione dell'art. 2 c.p., la Corte riconosce la stabilità solo "tendenziale" degli orientamenti espressi dalle Sezioni Unite, dal momento che, in un ordinamento che attribuisce autorità solo persuasiva al precedente, la decisione dell'organo nomofilattico rimane pur sempre suscettibile di smentita. Se è vero che la questione sottoposta alla Corte riguardava la retroattività dell'orientamento giurisprudenziale più favorevole – e non l'irretroattività di quello sfavorevole – la decisione, oltre che manifestare una certa propensione per una concezione formalista del rapporto tra giudice e legge, al fine di difendere il paradigma moderno della riserva di legge dalla temperie postmoderna della legalità europea, sembrerebbe escludere in

[20] Lo sottolinea richiamando il paradosso del sorite O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e convenzionale*, cit., 2233.
[21] Il codice di procedura penale non prevede nemmeno, infatti, l'obbligo del giudice di merito di uniformarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, a differenza di quanto risulta dagli artt. 374 e 384 c.p.c. Sul punto v. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale,* cit., 213 ss.
[22] O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e convenzionale*, cit., 2233 ss. e, più di recente, Id., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale,* in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2015, 8 ss.
[23] V. U. Mattei, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. civ.*, VI ed., XIV, Torino 1996, 148 ss.
[24] Corte Cost. 8.10.2012, n. 230, in *Giur. Cost.* 2012, 3481, con commento di V. Manes, *Prometeo alla consulta una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*.

futuro l'eventualità di una pronuncia additiva della Corte che estenda la disciplina dell'*abolitio criminis* di cui all'art. 2, co. 2, c.p. al mutamento giurisprudenziale *in malam partem*[25]. È del resto comprensibile il disagio a squarciare il velo del paradigma costituzionale di legalità elaborato sulla base degli artt. 25 e 101 Cost.[26]

Altro rimedio all'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole è individuato nella valorizzazione dell'errore sulla legge penale di cui all'art. 5 c.p.[27]. È noto, infatti, come nella celebre sentenza n. 364/1988 la Corte Costituzionale[28] abbia mitigato il rigore del principio dell'*ignorantia legis* proprio con riferimento alle ipotesi non solo di "assoluta oscurità del testo legislativo", ma anche di "gravemente caotici atteggiamenti giurisprudenziali". L'errore inevitabile potrebbe fungere, quindi, da *escamotage* rispetto ai casi c.d. di retroattività occulta, rilevando come difetto di rimproverabilità personale.

La vocazione dello stesso a trovare applicazione ai casi di mutamento improvviso della giurisprudenza[29], rivelando la sua affinità con la garanzia di prevedibilità – sia pur intesa più come garanzia dell'individuo sul piano del rispetto del principio di colpevolezza, che come garanzia dell'ordinamento sul piano della qualità della legge – sembrerebbe assicurare una soluzione compatibile tanto con la dimensione di legalità convenzionale – peraltro "apparentata" con il requisito soggettivo di colpevolezza[30] – quanto con quella di legalità interna[31], che resterebbe immune dallo sconvolgimento totale del principio di riserva di legge. D'altra parte, è lecito dubitare non solo che la scelta del rimedio dell'art. 5 c.p. si imponga a breve nella prassi, data la ancora scarsa considerazione accordatale della giurisprudenza, ma anche che la stessa sia davvero opportuna nell'ottica della ricerca di una soluzione di sistema al mutamento giurisprudenziale *in malam partem*; che sia, cioè, effettivamente in grado di realizzare l'obiettivo della parità di trattamento sotteso ad ogni pretesa di stabilizzazione giurisprudenziale.

In effetti, l'applicazione dell'art. 5 c.p., fornendo una "via di fuga" all'individuo sul piano della colpevolezza e capovolgendo il lato problematico della questione dal piano oggettivo a quello soggettivo, parrebbe mascherare, anziché risolvere, il probabile difetto oggettivo di tassatività e determinatezza della norma incriminatrice o l'irragionevolezza dell'interpretazione giurisprudenziale su di essa formatasi[32]. Inoltre, l'applicazione dell'art. 5 c.p., legata com'è al particolare processo di motivazione dell'individuo, è destinata a trovare ostacoli non trascurabili laddove la svolta giurisprudenziale sia ritenuta, per determinate ragioni, comunque prevedibile dal soggetto. Ad esempio, nel caso in cui l'oscillazione giurisprudenziale lasciasse intravedere il raggiungimento di una certa linea di approdo della riflessione interpretativa, anche alla luce del contesto etico-sociale di riferimento.

Tale ipotesi pare di probabile realizzazione allorquando il comportamento di incerta qualificazione sia percepito nell'evoluzione della coscienza sociale come moralmente ingiusto e dannoso, o addirittura come ascrivibile ai c.d. *mala in se*, per cui la sua perentoria qualificazione di illiceità penale da parte della giurisprudenza difficilmente potrebbe apparire imprevedibile. Lo dimostra, sia pur nell'ordinamento convenzionale, un caso come S.W. contro Regno Unito, in cui la Corte europea ha ritenuto conforme all'art. 7 CEDU – in quanto costituiva esito interpretativo "ragionevolmente prevedibile" – il superamento giurisprudenziale della c.d. *marital immunity* con riferimento alla rilevanza penale degli atti sessuali compiuti tra coniugi senza il consenso della moglie; e ha fondato la propria valutazione proprio sulla base dei cambiamenti socio-culturali, che di certo evidenziavano l'illiceità di un comportamento di

[25] V. sul punto la riflessione di F. Palazzo, recentemente stimolata dalla decisione della Corte europea sul caso Contrada, su *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.* 2015, n. 9, 1066.

[26] Per una critica alle argomentazioni utilizzate dalla Corte per dichiarare infondata la questione v. M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 168 ss.

[27] V. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 319 ss. che sottolinea, però, come l'applicazione dell'art. 2 c.p. assicurerebbe comunque maggiori garanzie all'imputato. V. anche F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1064 s.

[28] Corte Cost. 23.3.1988, n. 364, in *Foro it.* 1990, I, c. 415 ss., con nota di E. Grande, *La sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale e l'esperienza di "common law": alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*.

[29] V. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 322 s., che evidenzia come l'applicazione dell'*error iuris* sia più appropriata rispetto ai casi di contrasti diacronici della giurisprudenza, tali da dar luogo a vere e proprie svolte imprevedibili, più che alle ipotesi di contrasti sincronici, dal momento che essi lascerebbero residuare il dubbio dell'individuo sull'illiceità della sua condotta.

[30] V. Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, cit., che sottolinea come "*Il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme « coupable » et de la « punir » alors qu'elle n'était pas en mesure de connaitre la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime*".

[31] V. F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1064 s.

[32] V. già le osservazioni di L. Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1988, 1313 ss.

violenza sessuale quale che fosse il rapporto tra l'autore e la vittima[33].

La precarietà del ricorso all'art. 5 c.p. risulterebbe peraltro ancor più evidente proprio con riguardo alle ipotesi più frequenti di "creazione" giurisprudenziale del diritto; quelle, cioè, rispondenti alla necessità di accogliere una domanda sociale di giustizia rispetto alla condanna di fenomeni che il legislatore non ha saputo, o voluto, inquadrare entro fattispecie incriminatrici dotate di un sufficiente grado di determinatezza. Le medesime in cui la "coloritura politica" del processo mette a rischio la neutralità dell'accertamento individuale di responsabilità[34]. In tali casi, infatti, la presenza di un orizzonte comune di disvalore con riferimento al comportamento da giudicare rischierebbe di favorire una contaminazione tra il piano di valutazione della conoscibilità dell'incriminazione e quello della conoscibilità dell'illiceità *tout court* dello stesso.

3.2. De iure condendo…*è davvero auspicabile superare tale incompatibilità?*

Non solo non pare che *de iure condito* il diritto giurisprudenziale possa soddisfare il canone di prevedibilità, ma, anche ponendosi in una prospettiva prescrittiva, sembra più opportuno riferire primariamente, e insieme esigere, l'attributo di prevedibilità alla legge. L'imposizione di una stabilizzazione giurisprudenziale, infatti, rischierebbe di confliggere con esigenze di garanzia dell'individuo nel processo[35].

In particolare, ci si potrebbe chiedere se un ipotetico vincolo al precedente comporti nei fatti un *vulnus* alla pienezza del diritto di difesa, inteso come diritto dell'imputato ad ottenere una risposta del suo giudice su tutti gli elementi di fatto e di diritto risultanti dal processo, ivi compresi gli argomenti introdotti per superare un certo orientamento giurisprudenziale rilevante per il caso di specie. È la stessa dimensione storico-culturale del processo come momento di confronto dialettico alla ricerca della soluzione più adeguata a mediare tra legge generale e caso concreto, consustanziale alla garanzia del giusto processo *ex* art. 111 Cost., a sollecitare una certa prudenza nel predicare la necessità di riconoscere autorità formale al precedente. Ad altrettanta prudenza dovrebbe indurre la consapevolezza che il processo interpretativo di una fattispecie è auspicabilmente suscettibile di un continuo arricchimento, tanto grazie al dialogo processuale, quanto grazie al confronto con la riflessione dottrinale e l'evoluzione etico-sociale, che alimenta un "circolo virtuoso" delle argomentazioni giudiziali.

Allo stato attuale, dunque, il "dramma" del diritto giurisprudenziale imprevedibile può essere ridimensionato solo se si richiede che la prevedibilità sia attributo di una determinata disposizione di legge prima ancora che dell'interpretazione che di essa dà il giudice. E infatti, alla luce di quanto sinora osservato, in mancanza della prima condizione, la realizzazione della seconda, anche solo in modo tendenziale, non pare neppure pensabile.

In altre parole, pare che la difesa della riserva di legge, insieme agli attributi di tassatività e determinatezza, rimanga una precondizione per assicurare la garanzia di prevedibilità del diritto penale. Con tale affermazione non si vuole certo resuscitare il mito della legge perfetta e del giudice meccanico esecutore della stessa, né tantomeno trincerarsi dietro la difesa del monopolio legislativo statale[36]. Bensì, semplicemente, ricordare che solo la preventiva posizione di una legge con le caratteristiche prima accennate, da parte dell'organo politico a ciò deputato, garantisce la neutralità della regola da applicare nel processo; e, d'altra parte, consente al giudice, con la sua opera di interpretazione, di applicare un diritto prevedibile.

Per assicurare un diritto prevedibile, allora, più che uno stravolgimento del nostro para-

[33] Corte EDU S.W. c. Regno Unito, 22.11.1995, n°20166/92; in particolare la Corte evidenzia come il venir meno della «*marital immunity*» fosse coerente con un «*civilised concept of marriage*», nonché con i valori posti a fondamento della convenzione, della libertà e dignità umana.

[34] È il caso, ad esempio, del c.d. diritto penale di lotta alla criminalità organizzata, rispetto al quale è possibile rinvenire una tendenza dei giudici ad espandere le maglie di certe fattispecie – come l'associazione di tipo mafioso e il concorso esterno *ex* art. 416-*bis* c.p., o lo scambio elettorale politico-mafioso ex art. 416-ter c.p. nella versione pre-riforma l. n. 62/2014 – le cui conseguenze anche sul piano processuale paiono notevoli, per potervi ricomprendere anche condotte di ambigua qualificazione. Sul punto v. le riflessioni di M. Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.* 2008, n. 2, 274 *passim*; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2013, 105 ss..

[35] V. D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 56 ss. e Id., *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, n. 2, 2015, 49 s.

[36] La questione del rispetto della riserva di legge da parte del diritto penale di competenza, alla luce del trattato di Lisbona, dell'UE v. C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit.

digma di legalità sull'onda del dibattito europeo – consapevoli comunque dell'incolmabile distanza tra il modello attuale di legalità e l'ideale di certezza predicato nel diritto penale illuministico[37] – occorre sottoporre ad un vaglio critico il dato positivo e richiederne una modifica, a livello legislativo o anche per intervento della Corte Costituzionale, qualora la sua formulazione sia talmente indeterminata da spianare la strada ad interpretazioni della giurisprudenza effettivamente "costitutive", oltreché, almeno per i "malcapitati di turno" che nemmeno possono fare affidamento su una precedente giurisprudenza consolidata, imprevedibili.

Un'ultima precisazione: è evidente che quanto finora detto non equivale affatto ad una difesa dello *status quo* della riserva di legge, essendo ben noti i fattori di crisi da cui è essa afflitta[38] e la necessità di recuperarne il vero significato di garanzia attraverso una rivitalizzazione del confronto politico parlamentare e un ridimensionamento dell'autoreferenzialità politica grazie all'apertura al dialogo con la dottrina e la giurisprudenza[39]. Da tale dialogo dovrebbe trarsi, d'altronde, anche un monito nel senso del recupero del principio di offensività nel momento della tipizzazione legislativa: ad esempio, tramite la selezione di beni giuridici dotati di un "sostrato tangibile" e l'individuazione delle condotte penalmente rilevanti sulla base della loro idoneità ad arrecare un'offesa, o un pericolo di offesa, che siano verificabili su un piano empirico-criminologico. Difatti, solo la caratterizzazione del tipo criminoso sulla base di un disvalore d'offesa ben delineato, e quindi riconoscibile, può guidare l'attività interpretativa dei giudici in senso teleologico e orientare il comportamento dei consociati, così da assicurare la prevedibilità dell'eventuale condanna su di esso fondata. Un approfondimento in tale direzione porterebbe troppo lontano in questa sede; ma certo sarebbe necessario per puntellare la difesa del significato "tradizionale" di legalità di cui all'art. 25 Cost.

4. Nessuno spazio per fattispecie ad "origine giurisprudenziale"? Cosa può dirci in proposito il caso Contrada…

Alla luce degli argomenti esposti, l'incompatibilità del diritto a matrice giurisprudenziale con la garanzia di legalità sostanziale sembra sostenibile, in una prospettiva "conciliativa" tra la dimensione interna e quella sovranazionale, tanto sul piano della prevedibilità, quanto su quello funzionalistico-strutturale ricavato dal rapporto tra diritto e processo: la regola forgiata dal giudice non è idonea a fornire un parametro precostituito al giudizio in cui viene applicato e a fondare una condanna che, in tutti casi, possa dirsi davvero prevedibile *ex ante*.

Nel tentativo di consentire una verificazione empirica delle ipotesi sin qui sostenute, è opportuno soffermarsi sul recente caso Contrada contro Italia[40]. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto le autorità giudiziarie italiane avevano condannato Contrada per concorso esterno in associazione di tipo mafioso nonostante tale fattispecie non risultasse ancora consolidata nella giurisprudenza al momento in cui i fatti da giudicare erano stati da lui commessi. La condanna dell'Italia può in effetti essere letta non solo come suggello della concezione sostanziale della legalità *sub specie* di prevedibilità nella Convenzione EDU – per come essa vive nell'interpretazione e applicazione della Corte europea – ma anche come dimostrazione lampante dell'impossibilità, da parte del diritto giurisprudenziale, di soddisfare nel nostro ordinamento la garanzia di prevedibilità.

La Corte, infatti, riconosce che la fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso è "*une infraction d'origine jurisprudentielle*", ma che la giurisprudenza italiana, al momento in cui Contrada aveva commesso i fatti rimproveratigli (l'aver fornito delle informazioni confidenziali sulle indagini in corso ai membri dell'associazione, garantendo a quest'ultima un

[37] V. le riflessioni di G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., 97 s., che sottolinea come il concetto di certezza richiede, nell'attuale ordinamento giuridico multilivello, una necessaria problematizzazione, assumendo a punto di riferimento "più che la conoscibilità delle singole norme o delle singole decisioni in sé considerate, la chiarezza e stabilità dei fondamenti assiologici e dell'insieme di principi sottesi al diritto vivente".

[38] V. ancora G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., e D. Pulitanò, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, potere del giudice*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 128 ss.

[39] Si rimanda alle riflessioni di M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 316 ss. che sottolinea il ruolo della scienza penale come "contropotere critico", necessario ad assicurare la razionalità delle scelte parlamentari.

[40] Corte EDU, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, n° 66655/13.

contributo rilevante rispetto allo svolgimento delle sue attività), non aveva ancora raggiunto un'intesa unanime sulla sua configurabilità né, a maggior ragione, sui suoi elementi costitutivi. È solo a partire dalla celebre sentenza Demitry[41] che la Corte rinviene il consolidamento della fattispecie di concorso esterno e, quindi, la sua idoneità a fondare una condanna prevedibile.

Prescindendo in questa sede dalla bontà della ricostruzione operata dalla Corte circa gli orientamenti della giurisprudenza interna relativi alla sussistenza del concorso esterno, coi quali si sarebbe dovuto misurare Contrada negli anni Ottanta per orientare il proprio comportamento[42], è bene focalizzare l'attenzione sulla contraddizione, interna al nostro principio di legalità, che la condanna evidenzia, e che l'impossibilità di realizzare rispetto ad essa un effettivo adeguamento rende ancor più manifesta.

La condanna Contrada, infatti, più che segnare un punto di rottura tra la concezione di legalità nostrana e quella convenzionale, ne evidenzia la necessaria integrazione: se la legalità *ex* art. 25 Cost. risulta violata da una fattispecie di origine giurisprudenziale – la cui esistenza in un ordinamento penale di *civil law* fondato sul principio di riserva di legge, peraltro, suona come paradossale[43] – quantomeno dovrà essere assicurata la legalità sostanziale predicata dalla Corte europea; dovrà, cioè, garantirsi che il diritto, quale che sia la sua fonte (predominante), risulti nel caso specifico prevedibile.

Agli occhi dell'interprete del nostro ordinamento, però, il caso Contrada si riveste di un significato più profondo, e, se vogliamo, sconcertante: la fattispecie di concorso esterno, proprio perché frutto di un'attività costitutiva dei giudici, mai parrebbe in grado di assicurare il pieno compimento della garanzia di prevedibilità.

Innanzitutto, è bene fornire qualche chiarimento sulla premessa dell'ipotesi avanzata, e cioè sull'assunto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso sia una fattispecie "a matrice giurisprudenziale". È vero che essa gode di un proprio fondamento normativo agli artt. 110 e 416-*bis* c.p.; tuttavia, pare che – complice l'indeterminatezza della clausola che punisce il concorso di persone del reato e della fattispecie di partecipazione all'associazione – la giurisprudenza abbia forgiato la tipicità della fattispecie in modo autonomo rispetto al paradigma di incriminazione dell'art. 110 c.p.[44], e sotto l'influenza delle risultanze probatorie di volta in volta disponibili nel processo[45]. Potrebbe pur sostenersi che l'opera della giurisprudenza abbia cercato proprio di precisare il contenuto della norma incriminatrice, a beneficio dunque della sua prevedibilità[46]; d'altra parte, però, essa sembra aver oltrepassato i limiti della base legale, e poco importa se proprio a causa di una patologia della legge stessa. Infine, pare che a prendere atto della natura giurisprudenziale della fattispecie *ex* artt. 110 e 416-*bis* c.p. sia la stessa Corte Costituzionale, almeno tra le righe della recente sentenza in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3 c.p.p., nella parte in cui prevede una presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nei confronti del concorrente esterno nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso[47].

Chiarita la premessa, si può sostenere che l'ipotesi da dimostrare, fondata sugli argomenti dell'assenza di adeguati rimedi all'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento e della concezione funzionalistica della legalità come vincolo ai rapporti tra diritto e processo, trovi conferma proprio nelle sorti tormentate del concorso esterno. Da un lato, infatti, deve riconoscersi tuttora, in assenza di meccanismi di stabilizzazione del diritto giurisprudenziale, la difficoltà di risalire al momento consolidativo del diritto vivente sul concorso esterno. Il dibattito sui requisiti della relativa fattispecie, infatti, non si è arrestato né dopo la sentenza Demitry né dopo la sentenza a Sezioni Unite Mannino[48], alla quale pure si attribuisce il merito di aver definitivamente tipizzato il contributo concorsuale penalmente rilevante. La giurisprudenza è in seguito intervenuta sulla definizione dell'elemento oggettivo e sogget-

[41] Cass. S.U. 5.10.1994 n. 16, in *Foro it.* 1995, II, c. 422 ss.
[42] Critico sulla ricostruzione G. Marino, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015.
[43] D. Pulitanò, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 10.
[44] Per un approfondimento sul punto si rinvia a V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino 2014.
[45] Sottolinea il rischio di una sovrapposizione tra il piano delle condotte contestabili e quello delle circostanze fattuali necessarie al riscontro probatorio, G. Fiandaca, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. Pen.* 2012, 695 ss.
[46] V. F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1062 s.
[47] Corte Cost., 26.3.2015, n. 49, in *Dir. pen. proc.* 2015, 1008, con nota di V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*.
[48] Cass. SU 12.7.2005, n. 33748, in *Cass. pen.* 2005, 3732 ss.

tivo della fattispecie e, mostrandosi sensibile alle difficoltà di accertamento di volta in volta riscontrate, si è discostata dalla tipicità forgiata dalle citate Sezioni Unite rinnegando, sia pur sottilmente, il criterio eziologico di imputazione da queste elaborato[49]. Come può, dunque, una fattispecie soggetta ad una continua "riscrittura" e così influenzata dal sostrato probatorio risultante dal processo in cui viene applicata, assicurare la tanto invocata prevedibilità e, al contempo, costituire un parametro di giudizio preesistente?

Si potrebbe forse superare l'aporia attraverso la valorizzazione del giudizio individualizzante di cui all'art. 5 c.p. nei casi di mutamento giurisprudenziale? In tutta onestà, questa strada non sembra percorribile, nemmeno come soluzione da valutare caso per caso, sembrando da escludere realisticamente che possa riconoscersi rilevanza scusante all'*ignorantia legis* rispetto a fatti di indubbio disvalore etico-sociale[50]. E considerando, oltretutto, che l'oscillazione giurisprudenziale è spesso mirata proprio a consentire la sussunzione dei fatti oggetto del giudizio nella fattispecie di concorso esterno.

In definitiva, la vicenda Contrada dovrebbe indurre a riflettere sul rischio di un totale fraintendimento del principio di legalità, tanto nella sua dimensione formale, quanto in quella sostanziale, in caso di legittimazione del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento. Qualora siano riscontrate fattispecie forgiate dalla giurisprudenza, il rimedio più adeguato rimane la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma "abusivamente creata" per violazione dell'art. 25 Cost.; o, qualora l'operazione creativa non sia del tutto arbitraria ma poggi su un dato normativo eccessivamente "aperto", un intervento del legislatore che riconduca la norma penale al rispetto dei principi di tassatività e determinatezza.

E tali rimedi dovrebbero essere attuati, sia pur tra le difficoltà del caso, anche rispetto al tanto vituperato concorso esterno[51]: nemmeno di fronte a fattispecie "intoccabili" sul piano della legittimazione politico-criminale[52] può legittimarsi il difetto del sostrato garantistico della legalità.

[49] Cfr. l'indagine giurisprudenziale di V. Maiello, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Cass. pen.* 2009, 1352 ss. e, sulla recente sentenza Dell'Utri (Cass. 9.3.2012 n. 15727, in *Dir. pen. cont.*, con nota di A. Bell, *La sentenza della Cassazione sul caso Dell'Utri: una prima guida alla lettura*, 7 maggio 2012), G. De Francesco, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.* 2012, 2556 ss..

[50] D. Pulitanò, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 9. Di contrario avviso, F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1066 s., il quale confida nella valorizzazione dell'errore sul precetto proprio per eseguire la sentenza anche rispetto ai "fratelli" di Contrada.

[51] V. tra le molteplici riflessioni sul punto le opinioni di F.M. Iacoviello e G. Insolera, *Il concorso esterno in associazione mafiosa. Opinioni a confronto*, in *Criminalia* 2009, 261 ss.

[52] Si pensi anche alla funzione "processuale" della contestazione del concorso esterno, consentendo la stessa l'applicazione del c.d. doppio binario relativamente alle indagini, allo svolgimento del processo e all'esecuzione penitenziaria.

Una possibile dimensione europea del principio di offensività

Un'analisi integrata dei principi

A Possible European Size of the Harm Principle

An Integrated Analysis of the Principles

Alessio Molinarolli
Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Verona

Offensività, Proporzionalità, Sussidiarietà

Harm Principle, Proportionality, Subsidiarity

Abstract

Muovendo dalla constatazione della sostanziale ineffettività del sistema penale e dalla sua riconducibilità ad un'eccessiva proliferazione di norme incriminatrici, il presente contributo mira a dimostrare la necessità di validi criteri di politica criminale capaci di orientare e vincolare l'attività del legislatore. Data per scontata la feconda elaborazione dogmatica compiuta nei decenni scorsi con riguardo al principio di offensività, l'analisi si appunta, in particolare, sulla possibile integrazione di quest'ultimo principio con quelli "europei" di sussidiarietà e proporzionalità, al fine consentire valutazioni giudiziali sul merito delle incriminazioni alla luce di criteri assiologici sostenibili.

Starting from the extreme proliferation of the incriminating rules in our criminal law system and from its resulting insufficient effectiveness, this paper aims to demonstrate the necessity of serious criminal policy criteria able to guide and constrain the Legislator's activity in the criminal matter. The important dogmatic development achieved in the past with regard to the principle of harm represents the first requirement of this analysis, which aims to verify its possible integration with the "European" principles of subsidiarity and proportionality, in order to allow judicial evaluations, based on valid axiological criteria, on the matter of criminal law choice.

Sommario 1. Premessa. – 2. Il possibile ruolo del principio di offensività. – 3. Diritto penale europeo e politica criminale europea. – 4. L'offensività integrata nel contesto dei principi europei.

1. Premessa.

Il tema dei rapporti tra diritto penale e processo rappresenta indubbiamente un terreno fecondo per la riflessione scientifica, ricco di punti d'intersezione di sicuro interesse. Le suggestioni sono davvero molte e possono riguardare altrettanti profili caratterizzanti il sistema sostanziale e quello processuale. A voler tentare un approccio il più possibile armonizzante, anche al fine di verificare come quel rapporto oggi si lasci misurare "alla prova dei fatti", si è scelto di concentrare gli sforzi sul versante teleologico, al fine di comprendere se diritto e processo penale condividano quanto meno l'aspirazione ad una medesima finalità pratica.

Un felice angolo di osservazione può esser rappresentato dalla recente introduzione ad opera del d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, dell'art. 131 *bis* c.p., che disciplina l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Senza voler in questa sede approfondire l'istituto, già oggetto di numerosi e appaganti contributi[1], è doveroso tuttavia osservarne il tratto caratterizzante: il legislatore ha inteso far uscire dal circuito processuale penale fatti tipici, antigiuridici e colpevoli, ritenuti nondimeno non meritevoli di pena per elementari esigenze di proporzione e di economia processuale[2]. In piena coerenza con il principio di *ultima ratio*, l'esiguità dell'offesa è posta così al centro di un meccanismo di deflazione penale la cui peculiarità è data dal fatto che la sua stessa concretizzazione è affidata alla fase giurisdizionale. Sarà il giudice a decidere, sulla base di un accertamento in concreto (che, per definizione, terrà conto non solo delle modalità del fatto ma anche della personalità del reo), se il fatto che egli stesso è chiamato ad accertare sia o meno meritevole di pena[3].

Da quanto osservato emergono con chiarezza alcuni spunti e alcune contraddizioni, sulla cui scia s'intende sviluppare il presente contributo.

Ora, già da una prima lettura dell'istituto è agevole rinvenire un tentativo di dare risposta alle note esigenze di economia processuale: risorse umane e finanziarie, tempi, riti, la considerazione, insomma, di tutto quello che, in genere, comporta il faticoso incedere della macchina della giustizia sconsiglia la celebrazione di un processo, sulla scorta di una ponderazione tra costi e benefici di una semplicità disarmante. Pene edittali molto blande, tempi processuali irragionevoli, prescrizione galoppante e riti alternativi che promettono benefici importanti, rischiano, infatti, di trasformare il processo in un mero esercizio di stile, azzerando l'efficacia generalpreventiva della pena e facendole perdere completamente credibilità.

Il criterio individuato dalla legge per operare la scelta deflattiva appare *prima facie* corretto. Appuntare il fuoco dell'istituto sull'esiguità dell'offesa al bene giuridico consente, infatti, di ancorare la valutazione condotta in termini di efficienza a parametri assiologici accettabili, anche dal punto di vista costituzionale.

Se si tiene a mente il criterio in parola, tuttavia, non può sfuggire un'evidente contraddizione, quasi un'eterogenesi dei fini tra diritto penale sostanziale e processuale. L'accertamento giurisdizionale della particolare tenuità del fatto, in effetti, porta a riflettere sull'esistenza o meno di un simile dovere a carico del legislatore già nella fase di creazione delle fattispecie penali. Detto altrimenti, il principio costituzionale di offensività e quello di sussidiarietà imporrebbero la costruzione dell'illecito penale esclusivamente in termini di offesa o esposizione a pericolo di un bene giuridico meritevole e bisognoso di protezione penale. L'offesa al bene, appunto, dovrebbe costituire l'elemento critico di selezione del penalmente rilevante.

Al contrario, l'incremento costante e incontrollato delle fattispecie penali (e la loro stessa costruzione) non sembra lasciar intravedere quelle finalità di deflazione proprie della nuova causa di non punibilità. Assecondando una deriva securitaria a bassissimo costo (solo apparente, peraltro), sembra piuttosto che il legislatore tenda a placare simbolicamente le crescenti

[1] Tra in molti contributi in materia si segnalano R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità* per particolare *tenuità* del fatto, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 661; F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2015, p. 3.
[2] F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1706.
[3] G. Alberti, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2015, p. 2.

ansie da insicurezza che la società contemporanea vive, producendo più diritto penale[4], per poi accorgersi che il sistema non può funzionare e delegare all'autorità giudiziaria un compito che troverebbe il suo terreno d'elezione nella politica criminale.

Il rapporto tra diritto penale e processo sembra così caratterizzato, almeno limitatamente al peculiare ambito disegnato, da una contraddizione insanabile: il secondo richiede meno penale e il primo continua a produrne.

2. Il possibile ruolo del principio di offensività nell'ordinamento interno.

Nel contesto descritto, per il diritto penale sostanziale una funzione primaria per dissolvere quella contraddizione potrebbe esser svolta dal principio di offensività. Si allude, ovviamente, al principio di offensività in astratto, quale canone di politica criminale capace di vincolare e indirizzare lo stesso legislatore nel momento di produzione delle norme penali[5]. Il principio esprime l'idea che il reato debba concretizzarsi necessariamente nella lesione o nell'esposizione a pericolo di un bene giuridico e si traduce in un duplice vincolo a carico, rispettivamente, del legislatore e del giudice. Nel primo caso, in particolare, il legislatore sarebbe vincolato dalla Costituzione alla creazione di illeciti penali rispettosi del paradigma dell'offesa ad un bene giuridico meritevole di tutela penale, sotto pena di caducazione delle relative norme per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Consulta.

Il fondamento costituzionale del principio in analisi è stato rinvenuto in diverse disposizioni costituzionali[6]. Al di là, però, delle varie impostazioni teoriche, sullo sfondo di ciascuna tesi sta il valore della libertà personale e la considerazione per cui la relativa limitazione mediante il diritto penale sarebbe possibile solo in vista della tutela di un altro bene di significativo rilievo costituzionale o, quanto meno, non incompatibile con la Costituzione.

Il principio, com'è naturale, necessita di essere concretizzato attraverso un giudizio di meritevolezza sui beni giuridici di volta in volta presi in considerazione come possibili oggetti di tutela penale. Si tratta, pertanto, di un principio di carattere contenutistico, capace di costituire un parametro di controllo delle scelte del legislatore in ordine al disvalore del fatto, ma che, al tempo stesso, è privo di un contenuto rigorosamente predeterminato, quasi a generare una sorta di paradosso metodologico[7]. Esso, in effetti, può esprimere la propria potenzialità soltanto grazie all'applicazione che la Corte Costituzionale ne ha saputo e saprà farne attraverso la complessa valutazione che concerne il merito dell'incriminazione.

Il principio di offensività, in definitiva, incarna meglio di qualunque altro quella tensione tra principio democratico e garanzie individuali, perché concerne direttamente gli oggetti di tutela e i contenuti delle norme incriminatrici ed è, altresì, deputato ad attuarne un controllo selettivo e critico.

Da un punto di vista pratico il principio non ha fino ad oggi trovato un'applicazione coerente con il rigore tecnico che lo contraddistingue, scontando un livello di ineffettività, per rendersi conto del quale è sufficiente avere riguardo all'inflazione penale sempre crescente, nonché ai fenomeni inarrestabili di amministrativizzazione dell'illecito penale e di anticipazione della tutela.

Senza entrare eccessivamente nel merito della questione, è noto che la Corte Costitu-

[4] Per considerazioni più approfondite sull'argomento cfr. M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558.

[5] F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973, 82 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974, 116 ss.; G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. Marinucci–E. Dolcini, *Studi di diritto penale*, 1991, 72; F. Mantovani, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977, vol. IV, 444 ss.; A Fiorella, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 793; G. Azzali, *Offesa e profitto nella teoria del reato. Prospettive di parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 470; G. Fiandaca, *Considerazioni su principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A.M. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 61 ss.; C. Fiore, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 278 ss.; M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 18 ss.; più di recente V. Manes, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; S. Riondato, *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005, 96 ss.; M. Donini, *"Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss.; M. Romano, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss..

[6] Al riguardo si rinvia alle pagine di F. Bricola, *Teoria generale cit.*, 82-83 e a quelle di E. Musco, *Bene giuridico cit.*, 116-118.

[7] F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1998, 2, 350 ss.*, p. 3 di 25 della versione digitale.

zionale ha sempre manifestato un atteggiamento di cautela nell'applicazione del principio di offensività, giungendo solo in rarissime occasioni alla declaratoria di incostituzionalità. Nonostante la Corte abbia più volte avallato in linea teorica la valenza costituzionale del principio[8], ha sempre prevalso un certo *self restraint*, indotto dal timore di uno sconfinamento nella discrezionalità politica propria del legislatore. In particolare, la Consulta ha affermato che l'individuazione delle condotte punibili, la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni rientrano nella discrezionalità del legislatore, censurabile solo nella misura in cui il suo esercizio "*ne rappresenti un uso distorto e arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza*"[9].

A ben osservare, infatti, le decisioni di accoglimento fondate sul principio di offensività si sono quasi sempre basate su percorsi argomentativi riconducibili più che altro al canone della ragionevolezza, come è accaduto con la declaratoria di illegittimità del reato di esposizione non autorizzata di bandiera di Stato estero punita dagli artt. 1 e 3 della legge 1085 del 1929 o, ancora, della mendicità non invasiva punita dall'art. 670 c.p.[10].

Quanto esposto potrebbe apparire già di per sé sufficiente a far desistere dal compiere un'indagine sulla concreta operatività di principi in grado di orientare e vincolare la volontà del legislatore nel definire il merito, la struttura e il contenuto dell'incriminazione. Al contrario, alcuni segnali meno evidenti appaiono incoraggianti.

Al di là dell'utilizzo del principio come canone ermeneutico, infatti, non va dimenticato che più di recente la sua efficacia dimostrativa ha assunto maggiore consistenza con riguardo alla declaratoria di illegittimità costituzionale di norme penali riconducibili al paradigma del diritto penale d'autore[11]. Il riferimento è, da una parte, alla sentenza sull'ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla presenza di precedenti presuntivamente indizianti, ma non collegati al fatto, rispetto alla quale la Corte ha ravvisato una evidente violazione del principio di offensività[12]; e, dall'altra, alla più recente sentenza n. 249 del 2010[13]. In quest'ultima occasione, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p., introdotta dalla legge 125 del 2008, il cui disvalore era fondato unicamente su un'irragionevole presunzione di pericolosità collegata al semplice *status* di immigrato irregolare[14].

Infine, non si può fare a meno di rilevare come in realtà il sindacato della Corte sul merito delle incriminazioni e, quindi, sul disvalore del fatto, sia molto più penetrante di quanto non appaia a prima vista. Accanto al principio di necessaria lesività, che ne costituisce un tassello ineliminabile, la Corte si avvale di un complesso di criteri estremamente duttili e funzionali. Non si tratta del semplice controllo sul bene giuridico e sulla sua meritevolezza di tutela, ma di una valutazione complessiva, attenta anche agli scopi perseguiti dalla legislazione penale. Con l'ausilio dei principi di ragionevolezza e di proporzione, il sindacato è divenuto meno centrato sull'offensività per appuntarsi sulle scelte di politica criminale e sulla legittimità del mezzo prescelto per conseguire gli obiettivi avuti di mira.

Infine, venendo in particolare all'oggetto del presente contributo, la statisticamente poco incoraggiante applicazione del principio di offensività non deve far demordere, avendo riguardo alle nuove possibilità anche dogmatiche che la dimensione europea del diritto penale può offrire. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità di una dimensione europea del principio di offensività che, grazie alla valorizzazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, potrebbe arricchire la stessa politica criminale europea, attraverso un metodo che sappia combinare la pregevole elaborazione dogmatica del principio con la maggiore consuetudine della Corte di Giustizia a forme di controllo contenutistico sulla produzione normativa. A questo aspetto saranno dedicate le pagine che seguono.

[8] Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Giur. cost.*, 1995, 2676; in senso conforme altresì Corte Cost., 11 luglio 2000, n. 263 e 21 novembre 2000, n. 519, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Consulta attraverso l'apposito motore di ricerca. Nella sentenza n. 263 del 2000 la Consulta ha addirittura parlato di "*un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice*".

[9] Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza 1 luglio 2005, n. 262, confermata dalle sentenze 28 dicembre 1998, n. 447 e dalla più recente sentenza 5 luglio 2010, n. 250.

[10] Cfr. rispettivamente, Corte Cost., sentenza 21 maggio 1987, n. 189 e 28 dicembre 1995, n. 519.

[11] Così anche M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *questa Rivista*, 4, 2013, p. 20..

[12] Corte Costituzionale, sentenza 10 luglio 2002, n. 354, reperibile sul sito istituzionale della Corte attraverso l'apposito motore di ricerca.

[13] Corte Costituzionale, sentenza 8 luglio 2010, n. 249, reperibile sul sito istituzionale della Corte attraverso l'apposito motore di ricerca.

[14] V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 104.

3. Diritto penale europeo e politica criminale europea.

Appare indubbiamente condivisibile l'affermazione per cui il principio di offensività rappresenta un elemento peculiare e caratterizzante del diritto penale italiano costituzionalmente orientato[15]. Nondimeno, non si può non evidenziare come il principio conosca declinazioni simili in altri ordinamenti europei nei quali si è posto il problema della dannosità sociale del fatto. È noto, ad esempio, il dibattito sorto in ambito tedesco e inglese in ordine alla punizione dei soli fatti offensivi di beni giuridici e non, al contrario, della mera disobbedienza o delle condotte vergognose e riprovevoli[16]. Così come, oggi, è possibile affermare che, in definitiva, le categorie del *principle of harm*, della *Sozialschädlichkeit* e della *lesividad* esprimono quella stessa idea di fondo[17], tanto che attualmente in Germania la scienza penale si sta interrogando proprio sull'ancoraggio costituzionale del tema del bene giuridico[18].

Oltre alle valutazioni comparatistiche, peraltro, altre considerazioni di non minore importanza devono essere esplicitate.

In primo luogo, deve osservarsi come la lenta e progressiva conquista di competenze penali da parte dell'Unione Europea, frenata soprattutto dalla gelosia degli Stati nazionali per le proprie prerogative sovrane, rappresenta un aspetto storico coerente con l'esigenza di limitazione dell'esercizio del potere punitivo stesso da parte del soggetto sovranazionale. Il principio di sussidiarietà, accordando preferenza al livello di governo più vicino al cittadino, potrebbe esser considerato espressione della stessa indicazione di massima, soprattutto in ragione della sua declinazione forte nell'art. 83 TFUE, che parla addirittura di "indispensabilità" dell'esercizio delle competenze penali europee. Analogamente, il sindacato di proporzionalità, riguardante anche le norme prodotte dalle Istituzioni europee, esprime non soltanto l'idea di un minimalismo degli interventi, ma anche la concreta possibilità di un vaglio contenutistico sulle scelte di politica criminale sulla scorta di valutazioni assiologiche e improntate a criteri di efficienza.

Del resto, pare che un diritto penale europeo possa avere senso solo a condizione che sorga e si sviluppi un approfondito dibattito sulla sua legittimazione, con auspicabile ampio coinvolgimento della scienza giuridica. Come ha efficacemente rilevato Francesco Palazzo in un importante scritto, il fondamento del potere dello Stato sulla sovranità popolare disegnato dal moderno costituzionalismo ha posto in evidenza la tendenziale insufficienza del principio democratico a garantire un equilibrato rapporto tra libertà e autorità e, così, ad evitare che il potere punitivo si riduca a strumento di sopraffazione. La continua e reiterata affermazione di diritti fondamentali soprattutto da parte delle Carte e dei Trattati internazionali pone in luce la necessità di assecondare una decisa aspirazione garantista, da attuarsi in particolare attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi penali; un controllo non solo formale, ma anche contenutistico, avente ad oggetto cioè la congruità rispetto alla Costituzione delle scelte in termini di disvalore del fatto da parte del legislatore. Di certo, la dialettica descritta è suscettibile di generare momenti di frizione o di tensione tra democrazia e garanzia, dando vita a momenti di potenziale conflitto che spetta alla Corte Costituzionale gestire con accortezza[19].

Nonostante a livello di Unione Europea non sia possibile parlare tecnicamente di un ente sovrano, vista la natura attributiva delle sue competenze, è innegabile, tuttavia, che la sua rappresentatività consenta di trasferire il medesimo ragionamento sul piano europeo e di richiamare all'uopo il principio espresso da von Listz, per il quale "*il diritto penale è il potere punitivo dello Stato delimitato giuridicamente, nei presupposti e nei contenuti e nell'interesse della libertà individuale*"[20].

In altri termini, non è sufficiente l'espressa attribuzione delle competenze penali all'Unione per legittimare le norme che ne costituiscono il frutto, occorrendo altresì un controllo sostanziale sul contenuto di disvalore da esse espresso. Per convincersi di questo, è sufficiente porre l'accento sulla persistente attenzione alla tutela dei diritti fondamentali sia da parte della Carta di Nizza che della CEDU, che è integrata nell'ordinamento europeo, a dimostrare la costante riaffermazione del richiamato principio di garanzia. E l'affermazione di quei diritti fondamentali deve vincolare l'Unione nello svolgimento delle sue attività istituzionali, compresa

[15] M. Donini, *Il principio di offensività cit.*, 4.
[16] G. Marinucci–E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 441 ss..
[17] Cfr. ID, *ult. op. loco cit.* e l'ampia bibliografia ivi riportata.
[18] C. Roxin, *The Legislation Critical Concept of Goods-in-law under Scrutiny*, in *EuCLR*, 2013, 1, 3 ss., citato da M. Donini, *ult. op. cit.*, 20.
[19] F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza cit.*, 350 ss..
[20] F. Von Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, II, 59.

quella di produzione normativa, anche considerando che, come già evidenziato, non è affatto estraneo alla Corte di Giustizia un sindacato contenutistico sulle norme giuridiche in ragione del rispetto di criteri o principi determinati (è il noto caso del sindacato di proporzionalità sulle norme nazionali in relazione alle libertà di circolazione e al mercato unico, da un lato, ed agli obiettivi perseguiti dagli Stati membri con le misure adottate, dall'altro).

In considerazione del rispetto della persona umana e della sua dignità, inoltre, non pare possa ritenersi estranea alla dimensione europea una valutazione sostanziale delle norme incriminatrici, che tenga conto proprio di quei valori e che si ribelli, di conseguenza, a forme di strumentalizzazione dell'uomo, funzionali all'affermazione di particolari scopi politico criminali o meri simboli. E così, modelli d'incriminazione nei quali la tutela sia eccessivamente quanto irragionevolmente anticipata sembrano assecondare una deriva securitaria dalle venature spiccatamente simboliche del diritto penale, inconciliabile con quelle garanzie; allo stesso modo, paradigmi delittuosi incentrati sul tipo di autore e sulla sua pericolosità pre-esistente al fatto offensivo, evocano scenari particolarmente indesiderabili, se non addirittura aberranti.

Un controllo contenutistico sulle norme penali, condotto soprattutto con l'occhiale del giudizio di meritevolezza, appare dunque indispensabile. Non solo. La necessità di quest'operazione riposa addirittura sull'esigenza di dare concretezza al principio, universalmente riconosciuto, di *ultima ratio*, essendo evidente che una tutela immeritata non può, a rigore, ritenersi neppure necessaria.

4. L'offensività integrata nel contesto dei principi europei.

Le considerazioni appena svolte suggeriscono pertanto l'opportunità di acquisire al discorso politico criminale europeo un principio di carattere contenutistico e a forte efficacia dimostrativa, capace di soddisfare quelle esigenze di selezione e di deflazione cui un sistema, non si vuol dire giusto, ma almeno razionale, dovrebbe tendere. Il principio di offensività del reato, in particolare, potrebbe assolvere tale funzione, probabilmente non in modo autonomo quanto piuttosto attraverso uno sviluppo e un utilizzo integrato con altri principi. Si allude, in questa sede, tanto al principio del diritto penale come *ultima ratio*, che sicuramente appartiene alle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri, quanto in modo particolare a quello europeo di proporzionalità.

Anticipando per un istante una considerazione, e venendo anche a descrivere le ragioni dalle quali scaturiscono le riflessioni che seguono, il problema della proporzionalità sul versante, per così dire, valoriale, è rappresentato proprio dal criterio di riferimento attraverso il quale compiere la ponderazione sottesa al principio stesso. La proporzionalità, in altri termini, da sola non basta a radicare un controllo sul disvalore delle norme (penali), apparendo di per sé come un mero schema di giudizio i cui contenuti vanno ricercati altrove.

Quanto al principio di *extrema ratio*, possono valere analoghe considerazioni. Si tratta, com'è noto, di un principio tipicamente penalistico, orientato alla deflazione delle fattispecie incriminatrici in forza di considerazioni riconducibili, ancora una volta, al c.d. *argumentum libertatis*. In particolare, è proprio quella sorta di bilanciamento tra il valore della libertà personale e l'esigenza di utilizzare lo strumento della pena che mette in evidenza la necessità di un ulteriore supporto epistemologico. A chi scrive, infatti, appaiono evidenti gli stretti legami esistenti tra la sussidiarietà penale e l'idea della protezione del bene giuridico. In ogni testo classico di diritto penale, del resto, le due idee sono addirittura solitamente compendiate in un'espressione unitaria, affermandosi sovente che il dritto penale interviene a protezione di beni meritevoli e bisognosi di tutela. Quasi a dire che, prima di tutto, deve essere condotto un vaglio di meritevolezza di tutela del bene stesso e, solo in seguito, una valutazione improntata a parametri di efficienza per quel che concerne la presenza di strumenti alternativi ugualmente idonei ed efficaci.

Il percorso argomentativo che in questa sede si propone con particolare riguardo al recupero del principio di offensività in chiave di politica criminale europea muove dall'analisi

integrata dei due principi richiamati, incominciando da quello di proporzionalità[21].

L'art. 5, par. 4 del TUE dispone che "*in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*"[22]. Il principio in parola assume una chiara valenza limitativa dell'azione dei pubblici poteri in favore di un equilibrato bilanciamento degli interessi dei privati e della comunità.

La circostanza che la proporzionalità costituisca un momento di verifica generale delle azioni e degli interventi dell'Unione, inoltre, rivela le potenzialità deontologiche del principio stesso sotto il profilo del vaglio critico delle scelte sanzionatorie. Del resto, già la Corte di Giustizia in passato ha richiamato l'esigenza che le sanzioni per le violazioni del diritto comunitario siano proporzionate, oltre che effettive e dissuasive[23].

La chiara matrice razionale del principio, capace di porre al centro del giudizio la correlazione tra mezzo impiegato e fine perseguito, evidenzia la sua attinenza con valutazioni di adeguatezza fondate su criteri assiologici e teleologici, e talvolta anche su misurazioni di efficienza, perfettamente coerenti sia con il momento retributivo, sia con quello utilitaristico della prevenzione[24]. In altri termini, il principio di proporzionalità presuppone valutazioni proprie della scienza della legislazione che potrebbero esser sviluppate con profitto nel quadro di una politica criminale seria e avanzata[25].

L'origine del principio si fa comunemente risalire all'elaborazione della Corte Costituzionale tedesca avviata con il noto *Apothekenurteil*[26] e, in adesione alla pregevole analisi che ne è derivata, si suole descrivere il principio stesso mediante la scomposizione nei tre criteri dell'idoneità (*Geeignetheit*), necessarietà (*Erforderlichkeit*) e proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismässigkeit*)[27]. L'idoneità deve essere intesa come capacità del mezzo prescelto di perseguire l'obiettivo, chiamando le istituzioni a compiere una valutazione prognostica in ordine agli effetti che l'atto o l'azione produrrà[28].

La necessarietà, invece, è un criterio che rimanda all'idea del minimalismo degli interventi, richiedendo che tra più mezzi ugualmente idonei a raggiungere lo scopo si adotti quello in grado di produrre minori restrizioni nei confronti dei singoli[29]. L'adozione del mezzo più mite e l'idea della non eccedenza rispetto agli scopi rappresentano, in verità, una sorta di manifestazione naturale del fondamento primo del principio di proporzionalità, quale limite alle limitazioni dei diritti fondamentali poste in essere da parte dei pubblici poteri nei confronti dei privati cittadini[30]. L'obiettivo è, in sostanza, quello del raggiungimento di un equilibrio armonico tra interessi del singolo e interessi della comunità e può dirsi raggiunto nel momento in cui è riscontrato che rispetto al mezzo prescelto per raggiungere un certo obiettivo non ne

[21] La bibliografia in materia è vastissima. Tra i tanti contributi, si citano i lavori monografici di D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; M.C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, 541; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in, S. Mangiameli (a cura di), *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, vol. II, 227 ss.

[22] Il principio era già stato elaborato dalla Corte di Giustizia prima che la disposizione del Trattato venisse introdotta. In materia la giurisprudenza della Corte è sterminata. Tra le tante sentenze, si rinvia alla preziosa rassegna di decisioni adottate prima del 1993 operata da D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. communit.*, 1993, 836 ss.; successivamente, cfr. Corte di Giustizia, 21 gennaio 1993, in causa C-188/91, Deutsche Shell; 19 maggio 1994, in causa C-36/92, Samenwerkende; 17 ottobre 1995, in causa C-450/93, Kalanke; 4 luglio 1996, in causa C-295/94, Huepeden; 19 febbraio 2002, in causa C-309/1999; Wouters; 16 maggio 2006, in causa C-372/04, Watts; 19 maggio 2009, in causa C-171/07, Apothekenkammer des Saarlandes; 28 aprile 2001, in causa C-61/11 PPU, El Dridi; 16 febbraio2012, in cause riunite C-77/10 e C-77/10, Costa e Cifone; 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni, tutte reperibili all'url http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ attraverso l'apposito motore di ricerca messo a disposizione sul sito istituzionale della Corte.

[23] Fra le tante, cfr. Corte di Giustizia, 10 luglio 1990, in causa C-326/1988, Hansen; 17 ottobre 1995, in causa C-83/94, Leifer, entrambe reperibili all'url http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

[24] M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2002, 17, p. 6 di 30 della versione digitale.

[25] Circa il riferimento al concetto di scienza della legislazione applicato al diritto penale ed alla politica criminale si rinvia alle pagine di M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 85 ss.; sulla possibile valenza in chiave politico criminale del principio di proporzione v. R. Sicurella, *"Prove tecniche" cit.*, 45 ss.; in senso analogo, ma con menzione anche del principio dell'*extrema ratio*, L. Picotti, *Limiti garantistici cit.*, 230.

[26] *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 11 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, 377 ss. citata da D.U. Galetta, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. communit.*, 1997, 01, 88, nella versione digitale presente nella banca dati Juris Data, p. 2 di 9..

[27] Sulla struttura del principio di proporzionalità e sul suo articolarsi nei criteri qui menzionati cfr. altresì, nella dottrina penalistica, JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Berlin, 1985.

[28] G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità cit.*, 250 ss..

[29] D.U. Galetta– Detlev Kroger, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà cit.*, 10 di 17; in tal senso anche M. Donini, *Sussidiarietà cit.*, 6 di 30; G. Scaccia, *ult. op. cit.*, 259.

[30] Nella letteratura tedesca si utilizza a tal proposito l'espressione "*Schranken-Schranken*". Cfr. Schnapp, *Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffes*, in *Jus*, 1983, 851 ss.

risulta disponibile nessun altro, ugualmente efficace ma meno incisivo della sfera del singolo[31].

Il criterio della proporzionalità in senso stretto impone, infine, che avvenga una sorta di bilanciamento tra gli interessi pubblici e le posizioni individuali, affinché sussista un rapporto di adeguatezza tra la tutela dei primi e il sacrificio delle seconde[32]. La relazione tra mezzo e fine deve così rispettare il canone della ragionevolezza, in modo che l'atto adottato possa dirsi ragionevolmente proporzionato[33].

È evidente, peraltro, che la verifica in questione implica anche valutazioni di carattere politico ed economico che ne rendono difficile il controllo. Orbene, a questo riguardo viene in rilievo uno dei temi più difficili che ogni indagine sui principi presto o tardi deve affrontare, vale a dire quello della loro giustiziabilità e, in definitiva, del carattere dimostrativo o meramente argomentativo che essi possiedono[34].

È quindi necessario verificare se le direttive che il principio concretamente esprime individuino anche uno spazio per il controllo giudiziale da parte della Corte di Giustizia.

A questo proposito, è noto che la Corte attui stabilmente il controllo sul rispetto del principio di proporzionalità, allorché si trovi a dover giudicare della legittimità alla luce del diritto dell'Unione di misure adottate dagli Stati membri, per quanto tale sindacato tenda ad attenuarsi nel caso in cui abbia ad oggetto un atto dell'Unione[35].

Rapportato al diritto penale, il principio di proporzionalità potrebbe allora rappresentare un valido strumento di orientamento della politica criminale europea, capace, se applicato con il giusto "spirito", di bilanciare adeguatamente il rapporto tra autorità e libertà, contribuendo a rendere l'intervento penalistico realmente sussidiario[36]. In effetti, i punti di contatto tra i due principi, osservati ciascuno nel proprio contesto naturale di riferimento, sono numerosi. Com'è stato autorevolmente rilevato, infatti, la proporzionalità in prospettiva penale contiene in sé almeno quattro direttive: l'esistenza di un collegamento oggettivo e ragionevole tra il mezzo scelto e lo scopo perseguito, una volta che quest'ultimo sia legittimo; l'adeguatezza del mezzo adottato per il raggiungimento dello scopo, valutabile *ex ante* ma poi anche *ex post*; l'esigenza che i costi da sostenere non siano quanto meno manifestamente superiori ai benefici che l'ordinamento comunitario si prefigge; l'insussistenza o impraticabilità di misure meno gravose (criterio quest'ultimo che parrebbe riconducibile forse più coerentemente al principio di *extrema ratio*)[37].

Riprendendo a questo punto la considerazione espressa in apertura di paragrafo, sembra che il principio di proporzionalità, da solo considerato, non possa però assumere una valenza "taumaturgica" e salvare il sistema dall'alluvione penalistica, dal momento che esso necessita di un criterio di riferimento per valutare alla stregua di quale elemento (*tertium comparationis*) la previsione di una norma (penale) debba considerarsi necessaria e indefettibile. Ogni giudizio

[31] D.U. Galetta–Detlev Kroger, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà cit.*, 9 di 17.

[32] G. Scaccia, *ult. op. cit.*, 266; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo cit.*, 111.

[33] Cfr. in tal senso; P. Haberle, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, a cura di P. Ridola, Roma, 1993. Sulla tendenziale sovrapposizione tra la ragionevolezza e la proporzionalità nel senso dell'uso del primo principio in appoggio a tutti gli altri nel giudizio costituzionale si rinvia alle pagine di M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della Conferenza trimestrale della Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, pubblicato dal Centro studi della Consulta all'url: www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf.

[34] Sulla distinzione tra principi argomentativi e dimostrativi cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale cit.*, 63.

[35] In tal senso, cfr. D.U. Galetta, *Dall'obbligo di trasposizione cit.*, 2-3 di 9; dopo aver affermato la valenza potenzialmente limitatrice del principio di proporzionalità, ammette che lo stesso è stato quasi sempre applicato per censurare limitazioni del diritto comunitario da parte di misure adottate dagli Stati membri R. Sicurella, *ult. op. cit.*, 46. Viceversa, quando si tratta di valutare la proporzionalità (diremmo, intrinseca) di un atto delle Istituzioni Europee, quel particolare rigore tende a diminuire sensibilmente attraverso una diversa distribuzione processuale dell'onere probatorio. Mentre nel primo caso, infatti, incombe sullo Stato membro dimostrare positivamente l'idoneità dello strumento prescelto e l'impossibilità di adottarne altri meno incisivi ma capaci ugualmente di realizzare lo scopo preso di mira, nel secondo la prospettiva è diametralmente opposta. Il giudizio di proporzionalità si considera risolto positivamente qualora non venga rilevata una manifesta non necessarietà delle misure concretamente impiegate. Afferma la Corte di Giustizia nella sentenza 13 luglio 1994, in causa C-131/93 che "*la validità di un atto comunitario non può dipendere da considerazioni retrospettive riguardanti i suoi risultati. Quando il legislatore comunitario deve valutare, nell'emanare una normativa, i suoi effetti futuri e questi non possono essere previsti con certezza, la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa*". Più di recente nell'ambito del settore della commercializzazione di specialità farmaceutiche, con al sentenza 9 settembre 2003, in causa C-236/01 la Corte è tornata ad affermare: "*Trattandosi di un settore ove il legislatore comunitario è chiamato a effettuare valutazioni complesse, il sindacato giurisdizionale dell'esercizio della sua competenza deve limitarsi ad esaminare se esso non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere o se il legislatore non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale*".

[36] Sull'importanza dell'utilizzo del principio di proporzione al fine di controllare l'operato del legislatore europeo nelle scelte di incriminazione, anche in considerazione della deriva securitaria che il diritto europeo stesso sta assumendo, cfr. A.M. Maugeri, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. Grasso–L. Picotti–R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 75 ss.

[37] M. Donini, *ult. op. loco cit.*.

di necessità della pena o di proporzione delle misure adottate ha bisogno, in un'ottica liberale, di un *tertium comparationis* ideologicamente, e quindi contenutisticamente, caratterizzato. Non potendo coincidere il suddetto termine di confronto né con la sicurezza in generale né con la mera osservanza delle norme extrapenali, per evidenti ragioni di rispetto della dignità umana da parte di un diritto penale secolarizzato, non è possibile far altro che ricorrere, nuovamente, al bene giuridico.

A questa categoria è necessario dedicare attenzione nella sua dimensione puramente concettuale di situazione di fatto modificabile e, pertanto, offendibile, perché, solo così facendo, sarà possibile promuovere una politica criminale europea che non si dimostri aliena da istanze etico liberali minime.

In definitiva, sembra che un utilizzo integrato dei principi evocati, tra cui va compreso quello di offensività, abbinato a quella sorta di *know-how* che la Corte di Giustizia vanta in materia di controllo contenutistico delle norme, possa condurre ad uno sviluppo positivo della scienza della legislazione ed all'elaborazione di una razionale politica criminale europea senza la quale un diritto penale europeo non pare avere diritto di cittadinanza.

Nello specifico, i principi di proporzionalità, *ultima ratio* e offensività si possono considerare legati l'uno all'altro da una logica che, se applicata con rigore, consentirebbe un efficace vaglio critico delle scelte di incriminazione compiute dall'Unione. Secondo il modello qui proposto, in una prima fase sarebbe possibile valorizzare il principio di offensività, incardinando sullo stesso la valutazione assiologica di adeguatezza del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito. Quest'ultimo, infatti, potrà esser giudicato legittimo, soltanto qualora coincida con la tutela di un bene giuridico ritenuto meritevole di protezione penale alla stregua delle disposizioni dei Trattati.

Allorché si passi, in un momento logicamente successivo, a verificare il requisito della necessarietà dell'azione intrapresa, potranno rientrare nel circuito le istanze tipiche del principio di *ultima ratio*, che sconsigliano l'opzione penale quando, nonostante la meritevolezza dell'interesse, esso non risulti anche bisognoso di esser protetto con l'arma della pena, grazie alla disponibilità di altri strumenti più miti ma ugualmente efficaci.

Da ultimo, la proporzionalità in senso stretto potrebbe consentire una verifica finale, attraverso il parametro della ragionevolezza, con riguardo al complessivo rapporto tra il valore del bene protetto e il grado di sacrificio delle posizioni individuali coinvolte nell'incriminazione.

Giudicato penale e *lex mitior* nella tutela dei diritti fondamentali

Res iudicata *and* lex mitior *in the Multilevel System of Protection of Human Rights*

Veronica Manca
Dottoranda di ricerca in Studi giuridici europei e comparati presso l'Università di Trento

Giudicato, Retroattività della legge più favorevole, Corte europea dei diritti dell'uomo

Res iudicata, Retroactivity of the *lex mitior*, ECHR

Abstract

Con il presente lavoro, si intende proporre, seppur in estrema sintesi, un'analisi delle principali questioni che hanno interessato il recente dibattito circa il rapporto tra il principio di intangibilità del giudicato penale e la tutela dei diritti umani del detenuto, in ragione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU. L'oggetto di indagine sarà, dunque, limitato alla relazione intercorrente tra il giudicato penale interno e l'incidenza dell'esecuzione della giurisprudenza sovranazionale.

Although synthetically, this paper aims to analyse the main issues that affect the recent debate about the relationship between the principle of inviolability of the authority of the sentence and the protection of the human rights of the prisoners, due to the evolution of the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR). In particular, this investigation focuses on the relationship between the national authority of the sentence and the frequency of the execution of the ECHR's judgments.

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. La tutela dei diritti umani del detenuto. Dal sovraffollamento carcerario al "problema" del giudicato penale. – 2.1. Il campo di indagine: il giudicato penale e la CEDU. – 2.2. L'incidenza dell'esecuzione della giurisprudenza sovranazionale. Brevi riflessioni di diritto comparato. – 3. Il caso italiano: l'impatto della giurisprudenza sovranazionale sull'assetto processuale. – 4. Il *leading case* Scoppola e le violazioni di natura sostanziale. – 4.1. La soluzione al caso Scoppola. – 4.2. Le Sezioni Unite Ercolano sui casi simili. – 5. In prospettiva *de iure condendo*: il ripensamento dell'esecuzione penale. Il giudice della pena.

1. Considerazioni introduttive.

La recente casistica giurisprudenziale, elaborata dalle Corti sovranazionali in un continuo e serrato dialogo con le Supreme Corti nazionali, ha dato nuova linfa all'antico dibattito circa l'esistenza di un conflitto tra il principio di intangibilità del giudicato penale e la tutela dei diritti fondamentali della persona[1].

La complessa evoluzione giurisprudenziale, ancora in atto, ha progressivamente elaborato un nucleo essenziale di garanzie a tutela dei diritti umani della persona sottoposta a procedimento penale, sia nella fase preliminare sia in sede processuale, che ha notevolmente inciso sulle sorti della struttura del processo penale, comportandone, di fatto, un parziale ripensamento in un'ottica sostanziale[2], e non più, quindi, secondo una visione strettamente procedurale.

Il graduale mutamento del procedimento penale si percepisce maggiormente nella fase dell'esecuzione, in cui la giurisprudenza sovranazionale è intervenuta ripetutamente ad affermare la supremazia dei diritti fondamentali del condannato ed, in particolare, della libertà personale del detenuto, a scapito dei principi procedurali dell'esecuzione della pena, quali, *in primis*, l'intangibilità del giudicato penale.

Nell'*iter* di enfatizzazione della supremazia dei diritti fondamentali della persona rispetto alla struttura processuale interna, la giurisprudenza si è avvalsa dell'ausilio dei principi indivi-

[1] Da un'altra prospettiva, si potrebbe affermare come l'incidenza della giurisprudenza sovranazionale abbia contribuito ad aggiungere un ulteriore tassello (maggiormente complesso, attesa l'implicazione del rapporto tra fonti) alla questione circa la portata del giudicato ed alla funzione della pena, rafforzando il dibattito interno fortemente proteso verso il ripensamento di *un'esecuzione penale flessibile.* Per brevi cenni bibliografici, cfr. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 33 ss.; Id., voce *Esecuzione penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 290 ss.; Corbi, Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, 278 ss.; Caprioli, Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione, Torino*, 2011, 17 ss.; Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 16 ss.; Eusebi, *La pena «In crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; Di Martino, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; Dolcini, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55; Fornasari, *Intervento,* in Pavarini, (a cura di), *Nuovo revisionismo penale. «Silète poenologi in munere alieno!» Teoria della pena e scienza penalistica*, Bologna, 2006, pp. 165 ss.; Gaito, *Esecuzione,* in Conso – Grevi, *Compendio di procedura penale*, III, Padova 2006, 928 ss.; Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive,* Milano 1983, 117 ss.; Giunta, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, I, 414; F. Mantovani, *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in Dolcini–Paliero, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano 2006, 1170 ss.; Marinucci, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2000, I, 160; Menghini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta* de iure condendo, Torino 2008; Padovani, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 916; Pavarini-Guazzaloca, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 73 ss.

[2] Il ripensamento del processo penale, in un'ottica sostanziale, sarebbe da attribuire all'impatto della giurisprudenza sovranazionale con cui si è implementato il nucleo essenziale di garanzie riconosciute a livello interno all'imputato, in sede processuale, e al detenuto, in sede esecutiva, in una fase in cui il rapporto tra processo penale e diritto sostanziale è radicalmente opposto, fortemente sbilanciato verso una c.d. "processualizzazione" del diritto penale sostanziale: in tale visione, è il processo penale a divenire sede garante dei diritti fondamentali dell'individuo rispetto ad un diritto penale sostanziale "in crisi", per certi aspetti eccessivamente repressivo e punitivo, per altri oltremodo clemenziale ed ineffettivo. Sui rapporti tra il processo ed il diritto penale, cfr. cfr. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 454-455; CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 15 ss.; DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 37 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 281 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, 45; NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di F. Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss.; MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione. Uno schizzo, in Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1997, 464 ss.; MARZADURI, *Il mutamento delle scienze processualistiche. L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo,* Milano, 2005, 83 ss.; PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1209 ss.; Id., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi?*, *ibidem*, 2003, 108 ss.; FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Milano, 2007; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; ID., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1149-1157; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 104 ss.

dual-garantistici di natura sostanziale: tutela dell'equità processuale e principio di legalità della pena costituiscono il *file rouge* lungo il quale le Corti si sono progressivamente determinate nelle proprie decisioni ed in ragione del quale hanno, di volta in volta, individuato il nucleo essenziale di garanzie che deve necessariamente uniformare sia la fase processuale sia il momento esecutivo della pena.

Il principio della retroattività della *lex mitior*, inoltre, rappresenta oggi il corollario del principio di legalità che si è affermato con maggior decisione nell'interpretazione garantistica delle disposizioni processuali ed, in particolare, di quelle inerenti la libertà personale del detenuto e, in ragione della recente pronuncia della Corte EDU nell'*affaire Contrada c. Italia* (n. 3) del 14 aprile 2015, potrebbe anche implicare delle doverose riflessioni, non solo sulla sua incidenza sul processo penale, ma anche sulle sue ricadute sul sistema delle fonti di diritto, attesa la sempre maggiore equiparazione della fonte giurisprudenziale alle fonti di produzione del diritto, anche nei Paesi di *civil law*[3].

2. La tutela dei diritti umani del detenuto. Dal sovraffollamento carcerario al "problema" del giudicato penale.

L'esigenza di assicurare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali del detenuto in esecuzione di pena, ovverosia nella fase di compressione e di limitazione delle libertà personali per eccellenza, ha richiesto, *in primis*, che il legislatore italiano garantisse, a fronte delle pesanti conseguenze in caso di mora e/o inadempimento, l'esecuzione della sentenza pilota pronunciata dalla Corte EDU, l'8 gennaio 2013, nel caso *Torreggiani e altri c. Italia* in materia di sovraffollamento carcerario[4].

Per rispettare gli impegni internazionali, il legislatore italiano è intervenuto, a più riprese, nel corso degli ultimi tre anni, a modificare in maniera considerevole la normativa penitenziaria, tramite l'implementazione e l'agevolazione al ricorso delle misure alternative[5], nonché alla

[3] Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n.3), ric. n. 66655/13. Come è noto, la pronuncia in esame, è divenuta definitiva, il 14 settembre 2015, a seguito del rigetto del ricorso presentato dal Governo italiano da parte della Grande Camera. Per una lettura dei primi commenti a margine della pronuncia, cfr., *ex multis*, Conigliaro, *La Corte EDU sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015; Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2/2015, pp. 17 ss.; Esposito, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *questa Rivista*, 2/2015, pp. 32 ss.; Grasso, Giuffrida, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, *ibidem*, 25 maggio 2015; Marino, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, *ibidem*, 3 luglio 2015; Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 8, 1019-1028; Palazzo, *La sentenza "Contrada" e i cortocircuiti della legalità, ibidem*, fasc. 9, 1061-1067; Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, 2/2015, 52 ss.; Rampioni, *Principio di certezza e cd. diritto vivente*, in *Giust. pen.*, 2015, fasc. 10, pt. 2, 513-518; Selvaggi, *Concorso esterno e principio di legalità ("nullum crimen sine lege"): opportuni ulteriori chiarimenti da parte della Corte europea?*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 7-8, 2865-2867.

[4] La recente casistica giurisprudenziale ha dimostrato, inoltre, come il sovraffollamento delle carceri non sia un episodio legato esclusivamente alla situazione di un singolo Paese (*id est*: Italia), ma che interessi, invece, la maggior parte degli Stati europei: a partire infatti dalla sentenza pilota *Torreggiani e a. c. Italia*, anche altri Stati, come, ad esempio la Bulgaria, l'Ungheria, la Romania ed il Belgio, sono stati colpiti da un procedimento pilota, con cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la natura di patologia strutturale del sistema penitenziario nazionale, invitando – su esempio dell'Italia – ad adottare misure generali sia a carattere preventivo, sia risarcitorio al fine di ripristinare *standard* di tutela conformi alla Convenzione. Secondo il rapporto Space I 2014 del 23 dicembre 2015, oltre il 27,5% delle strutture penitenziarie europee è ad oggi interessata dal fenomeno del sovraffollamento. Sono gravati da tale patologia Paesi come Grecia, Macedonia, Bulgaria, Romania, Albania, Belgio ed Ungheria. Sulla situazione del Belgio, cfr. C. eur. dir. uomo, *Vasilescu v. Belgio*, 25 novembre 2014, con nota di Cancellaro, *Da Roma a Bruxelles: la Corte EDU applica i principi della sentenza Torreggiani anche alle condizioni di detenzione in Belgio*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2014. Con riguardo all'Ungheria, cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, ric. nn. 1409/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, 64586/13, con nota di Cancellaro, *Carceri sovraffollate, prosegue il filone Torreggiani: è il turno dell'Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, primo aprile 2015 e V. Manca, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, *ibidem*. Con riferimento alla Bulgaria, cfr. C. eur. dir. uomo, 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 and 9717/13.

[5] Per un agevole e completo riferimento alle recenti riforme normative e alle ultime soluzioni giurisprudenziali in materia penitenziaria, cfr., *ex multis*, Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, in cui l'autrice ripercorre le principali tappe che hanno portato alla modifica sia di alcune disposizioni del codice di procedura penale (tra le più importanti, artt. 274 c.p.p. ss., nonché l'art. 656 c.p.p.) sia punto di misure alternative alla detenzione e di benefici penitenziari (tra cui, artt. 21-*bis*, 30-*ter*, 47-*ter*, 50-*bis* ord. penit. ss.) sia in materia di legislazione speciale (*id est*: t.u. stup., *ex* art. 73, nonché t.u. imm., *ex* art. 16, co. 5), per effetto del combinato disposto della sent. 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale e del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con legge 21 febbraio 2014, n. 10.

giurisdizionalizzazione della procedura di sorveglianza[6].

Se il dibattito sul sovraffollamento carcerario sembra essersi ormai assopito, atteso che le riforme apportate in materia hanno avuto – secondo i dati statistici ufficiali[7] – un impatto notevolmente positivo sulla riduzione del numero dei detenuti in eccesso rispetto alla capienza regolamentare, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è ora concentrata, invece, sull'individuazione degli strumenti più appropriati in grado di prevenire nuovi fenomeni di sovraffollamento e sulla riformulazione dell'intero apparato sanzionatorio, evidenziando, da una parte, l'inadeguatezza della pena detentiva quale risposta sanzionatoria e, dall'altra, avanzando nuove forme di punizione, alternative, non solo alla pena detentiva, ma anche agli stessi schemi tradizionali del diritto penale[8].

L'altro fronte, che ha visto impegnati contemporaneamente sia dottrina, penalistica e processuale, ma anche di matrice pubblicistica, sia giurisprudenza, interna e sovranazionale, è rappresentato dall'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sugli ordinamenti nazionali in relazione all'accertamento di violazioni processuali e sostanziali in contrasto con le disposizioni convenzionali: la corretta e tempestiva esecuzione di tali pronunce ha presentato, però, delle notevoli difficoltà, atteso che la risoluzione del contrasto tra il sistema giuridico interno e la CEDU ha implicato, e sta tuttora implicando, il mutamento irreversibile dell'attuale assetto del processo penale e il complessivo ripensamento dei principi cardini dell'esecuzione penale, quali, *in primis*, l'intangibilità del giudicato.

2.1. *Il campo di indagine: il giudicato penale e la CEDU.*

La risoluzione del contrasto tra principi del sistema sembrerebbe di per sé irriducibile, laddove si consideri il principio dell'intangibilità del giudicato penale come un valore assoluto ed immodificabile del nostro ordinamento.

Nel corso dell'evoluzione codicistica, il giudicato penale assume diverse connotazioni: nel

[6] Come è noto, il primo meccanismo di tutela introdotto dal legislatore, per effetto del d.l. 146/2013, conv. senza modifiche con legge n. 10/2014, è rappresentato dal reclamo giurisdizionale in materia disciplinare, *ex* art. 35-*bis* ord. penit., con cui si consente al detenuto di sindacare dinnanzi al magistrato di sorveglianza "le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa", con la precisazione che, nei casi di cui all'art. 39, co. 1 nn. 4 e 5, il nuovo rimedio sia utilizzabile anche per valutare il merito del provvedimento adottato dall'Amministrazione penitenziaria e, quindi, non più solo il profilo della sua legittimità. La sindacabilità del contenuto del provvedimento, rappresenta indubbiamente un aspetto positivo, anche se la novità è attualmente prevista per soli due ipotesi, ossia l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e l'esclusione delle attività in comune. Altro aspetto rilevante concerne il piano il rito da seguire in caso di art. 35-bis ord. penit., modellato secondo il procedimento tipico di sorveglianza *ex* artt. 666 e 678 c.p.p., con la previsione innovativa circa l'avviso della fissazione dell'udienza, la partecipazione e diritto di formulare osservazioni e richieste da parte dell'Amministrazione penitenziaria. In caso di accoglimento, il magistrato "dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare", decisione impugnabile nel termine di 15 giorni al Tribunale di sorveglianza. Nulla, invece, è stato aggiunto riguardo alla sospendibilità del provvedimento disciplinare nelle more del giudizio, una mancanza che, secondo la dottrina, "pregiudicherebbe in gran parte l'effettività della tutela, perché l'eventuale annullamento della sanzione disciplinare di fatto giunge quando gran parte, se non tutta, la sanzione è già stata espiata". Cfr. l'intervento di Bertolato, nel corso di un'audizione alla Commissione di Giustizia alla Camera, dell'8 gennaio 2014, cit. in Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 137, nota 36. Il secondo meccanismo di tutela (*ex* art. 35-*ter* ord. penit.) ha natura, invece, riparatoria, in quanto si riconosce in capo al detenuto il diritto di richiedere il risarcimento del danno per violazioni subìte durante il periodo di detenzione, al magistrato di sorveglianza, nel caso in cui l'esecuzione penale sia in corso, al Tribunale ordinario, nel caso in cui il periodo di detenzione sia terminato. Prime considerazioni in chiave critica sui due rimedi, cfr. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 127 ss., nonché la Relazione n. III/01/2015 del 13 aprile 2015, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, a cura dell'Ufficio del Massimario, Settore penale, della Cassazione (Redattore Cons. Luigi Barone), 5 ss.

[7] Secondo i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia in data 31 dicembre, il numero dei detenuti complessivamente presenti nelle carceri italiane è pari a 52.164 detenuti, a fronte di una capienza regolamentari di 49.592 unità. Il numero degli stranieri è 17.340, pari al 33,24%; l'applicazione delle misure alternative è salita al 61.56%, atteso che ad oggi ne beneficiano 32.113 detenuti sul totale complessivo.

[8] Sulle modifiche del sistema sanzionatorio, in un'ottica di implementazione del sistema con sanzioni diverse/alternative al carcere, basta pensare alla prima Commissione Palazzo, istituita il 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, le cui conclusioni sono consultabili in *Dir. pen. cont.*, *Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale*, 10 febbraio 2014. Notevoli spunti di riforma sono emersi all'interno dell'iniziativa ministeriale degli Stati generali dell'Esecuzione penale, i cui lavori sono interamente consultabili in *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19.wp*. Sugli nuovi schemi della giustizia penale, si allude, invece, al tema della *restorative justice*, approfondito in Italia da numerosi autori, tra cui, *ex plurimis*, cfr. EUSEBI, *La pena in crisi: il recente dibattito sulla funzione della pena,* Brescia, 1990; Mazzucato, *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, in Lombardi, Vallauri, (a cura di), in *Logos dell'essere, Logos della norma*, Bari, 1990, 1245 ss.; Id., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teoricopratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in Picotti, Spangher, (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, 139-220; Id., *Dal buio delle pene alla luce dei precetti. Il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in Marchetti, Mazzucato, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006, 3-135. Per qualche spunto comparato, cfr. Umbreit, Coates, Brown, *Facing Violence. The Path of Restorative Justice and Dialogue*, in *Criminal Justice Press*, 2003, Monsey N.Y.

pensiero liberale, il giudicato viene concepito come un limite dell'intervento punitivo dello Stato sulla sfera individuale dei singoli cittadini e, quindi, caratterizzato da una spiccata *ratio* di tutela della libertà individuale contro il rischio di ulteriori persecuzioni per il medesimo fatto; nell'ideologia del codice Rocco, diviene, invece, "simbolo dell'autorità dello Stato, dell'infallibilità della pretesa punitiva esercitata contro il singolo e dell'ineccepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo"[9].

Dall'ideologia fascista, discende, quindi, una pressoché totale indifferenza da parte dell'ordinamento giuridico verso possibili errori giudiziari, la cui sussistenza viene quindi "sanata" dall'irrevocabilità del titolo esecutivo: l'immutabilità della sentenza, non più soggetta ad impugnazione ordinaria, viene elevata dunque a valore assoluto, di fronte "al quale sbiadiva ogni altra concorrente o contrapposta esigenza, e, pervicacemente, resisteva alle pur autorevoli doglianze sul *deficit* di verifica di errori giudiziari che attentavano alle prerogative individuali poi riconosciute dal sopravvenuto impianto costituzionale"[10].

Il mutamento di prospettiva del giudicato, da principio assoluto ed indefettibile a relativo, soggetto ad una parziale rescissione a fronte di valori fondamentali di pari rango, inizia ad emergere grazie alle prime Carte internazionali e all'avvento della Costituzione: a partire da tale fase storica, i diritti e le libertà personali assumono infatti un ruolo decisivo e centrale ed, in ragione della loro positivizzazione, si assiste ad una progressiva tendenza del legislatore ad intervenire sull'assetto processuale e sull'esecuzione della pena a favore di una maggiore sensibilità verso la tutela dei diritti processuali e difensivi della persona sottoposta a processo penale[11].

La centralità della persona e delle sue libertà viene tradotta dal legislatore, in sede di riforma del codice di rito del 1988, in cui si propende per una naturale e fisiologica "flessibilità"

[9] Cfr. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015. Esemplificativo di tale periodo, è sicuramente il pensiero di Arturo Rocco, secondo cui il giudicato rappresenterebbe "la verità umanamente conseguibile […]; e tanto basta perché, esaurito in essa il processo essa rimanga inespugnabile ed inoppugnabile come la verità stessa". Secondo l'autore, il giudicato penale "si innalza e si purifica; è quasi una religione, la religione dell'umana giustizia". Cfr. Rocco Art., *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, Roma, 1932, 233.

[10] Cfr. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 5 ss. Il depotenziamento del giudicato inizia ad emergere con il pensiero di Giovanni Leone, secondo cui il giudicato risponde ad un'esigenza strumentale di mantenimento dello stato di pace, non solo tra la persona offesa e l'imputato, ma anche tra quest'ultimo e la società: "in sostanza il giudicato penale placa l'aspettativa della società nei confronti di una notitia criminis; placa l'aspettativa di giustizia dei soggetti del reato e di quegli altri individui sui quali il reato incide direttamente". Cfr. Leone G., *Il mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, pp. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1987, 63 ss.

[11] Con l'avvento della Costituzione, l'essenza politica e giuridica del giudicato si colloca in una dimensione soggettiva a garanzia del singolo: secondo De Luca, infatti, il giudicato è espressione di "un'esigenza di tutela della libertà", atteso che nel processo penale non "si controverte intorno a un bene della vita, secondo l'espressione chiovendiana, che entra a far parte del commercio giuridico, bensì intorno al valore di un uomo, che è il vero protagonista del dramma penale". De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 92. L'essenza garantistica del giudicato penale viene genericamente ricondotta all'art. 2 Cost. e, più nello specifico, in varie disposizioni costituzionali della prima parte della Costituzione, disciplinante i diritti e le libertà dei cittadini: si pensi all'art. 13, in materia di libertà personale, agli artt. 14 e 15, concernenti la libertà di circolazione e stabilimento e la libertà delle comunicazioni, nonché agli artt. 24, 25, 27 e 111 Cost., variamente connessi ai principi cardine del processo penale. Sulla riconduzione del giudicato a principio costituzionale si possono delineare tre diverse impostazioni dogmatiche: una prima formulazione, individua il fondamento dell'isituto nell'insieme delle regole costituzionali; un secondo filone interpretativo identifica la *ratio* del giudicato in singoli principi costituzionali, quali, *in primis*, nell'art. 27, co. 2 Cost. in fatto di presunzione di non colpevolezza, nell'art. 25, co. 2 Cost. quale esemplificazione del principio di legalità ovvero nell'art. 111 Cost. in materia di giusto processo ed, in particolare, nell'esperibilità, quale rimedio di chiusura del sistema, del ricorso per cassazione per violazione di legge; una terza ricostruzione dogmatica nega una copertura espressa al giudicato penale, riconoscendo in esso più che un principio, uno strumento normativo funzionale alla tutela di principi costituzionali. Favorevole ad una ricostruzione costituzionale del giudicato, cfr., *ex multis*, Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, 15; *contra*, Callari, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 20; Moscarini, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, 56 ss.; Biscardi, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee,* in *Processo penale e Costituzione*, (a cura di), Dinacci, Milano, 2010, 257 ss.

del giudicato[12], scelta normativa ulteriormente rafforzata con la modifica dell'ordinamento penitenziario, per effetto della legge 26 luglio 1975, n. 354 e della successiva integrazione legge 27 maggio 1998, n. 165 (legge "Simeone"), con cui si è ridisegnata l'esecuzione penitenziaria ed il percorso trattamentale del detenuto, introducendo, altresì, il meccanismo sospensivo, *ex* art. 656 c.p.p., ai fini presentazione dell'istanza di misura alternativa dinnanzi al Tribunale di sorveglianza[13]: il quadro normativo delle recenti riforme mostra una concezione del giudicato "aperto" e strettamente funzionale all'instaurazione della fase esecutiva, fortemente orientata verso il principio costituzionale di cui all'art. 27, co. 3 Cost.[14].

Oltre al complesso dibattito interno[15], il giudicato penale è stato, altresì, interessato da un graduale, quanto incessante, processo di delimitazione che trova la propria origine nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha accelerato la definitiva recessione del giudicato penale a favore dell'affermazione della supremazia dei diritti fondamentali della persona, in generale, e del detenuto in esecuzione di pena, nello specifico.

L'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo ha richiesto pertanto al legislatore italiano di rimodulare il processo penale per garantire l'effettività della tutela dei diritti umani della persona: nonostante gli sforzi profusi negli ultimi decenni intorno alle riforme del codice di rito, ad oggi, il legislatore non ha ancora preso una posizione su tale questione, delegando, di fatto, alla giurisprudenza interna, il difficile compito di garantire, di volta in volta, l'esecuzione delle pronunce della Corte EDU, tramite il ricorso agli strumenti normativi già presenti nell'attuale assetto penal- processualistico[16].

[12] Il fenomeno della recessività del giudicato, si afferma, quindi, come una caratteristica tipica e connaturale del nostro ordinamento, in cui le ipotesi di "flessione" del giudicato sono molteplici. Tali rimedi "revocatori" possono essere distinti in due categorie, a secondo che essi abbiano incidenza sul merito della responsabilità penale (sull'*an*) ovvero mirino a provocare una modifica o un'integrazione della pena (*quantum* della responsabilità, lasciando immutato l'accertamento processuale). Appartengono al primo gruppo le seguenti ipotesi: (a) revisione della sentenza di condanna, *ex* artt. 629 c.p.p. ss., nonché l'ipotesi "pretoria" introdotta dalla sent. n. 113/2011 dalla Corte costituzionale, in caso di "revisione europea"; (b) ricorso straordinario per errore materiale o di fatto *ex* art. 625-*bis* c.p.p., introdotto per effetto della legge 26 marzo 2001, n. 128 e (c) rescissione del giudicato *ex* art. 625-*ter* c.p.p., istituto inserito, con la legge 28 aprile 2014 n. 67, nel codice di rito a seguito delle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte EDU in ordine all'inadeguatezza della normativa italiana in materia di processo contumaciale; (d) *abolitio criminis*, *ex* art. 2, comma 2 c.p., in combinato disposto all'art. 673 c.p.p., sul piano processuale; (e) declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, *ex* art. 30, co. 4 della legge 87/53; (f) (implicitamente) riparazione dell'errore giudiziario, *ex* art. 643 c.p.p. Fanno parte del secondo gruppo le ipotesi di: (a) declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma non incriminatrice, ma incidente sulla pena, *ex* art. 30, co. 4 della legge 87/1953 (secondo la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite *Gatto*); (b) art. 2, co. 3 c.p., in caso di successiva modifica relativa alla sanzione (da detentiva a pecuniaria); (c) conflitto pratico tra giudicati, risolvibile *ex* art. 669 c.p.p.; (d) questioni sul titolo esecutivo, *ex* art. 670 c.p.p.; (e) applicazione del concorso formale e reato continuato in esecuzione, *ex* art. 671 c.p.p.; (f) applicazione della sospensione condizionale della pena in esecuzione, *ex* art. 673 c.p.p.; (g) modifiche in peius sul trattamento sanzionatorio, in caso di revoca di benefici, quali, la sospensione condizionale della pena, *ex* art. 674 c.p.p.

[13] Finendo così, secondo la dottrina, per posticipare ulteriormente l'inizio dell'esecuzione penale a seguito della decisione del Tribunale di Sorveglianza circa la concessione o il diniego della misura alternativa richiesta: ulteriore effetto è dato, altresì, dal progressivo avvicinamento della competenza del giudice della cognizione rispetto alla magistratura di sorveglianza, chiamata ad intervenire ancora prima dell'inizio dell'esecuzione penale, per effetto della modifica apportata al co. 5 dell'art. 656 c.p.p.: cfr. Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 36; Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 8; Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 37; Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, cit., 117; Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 30.

[14] Secondo tale ricostruzione, a cui si aderisce, il giudicato penale non rappresenta un valore costituzionale di per sé, ma un istituto congeniale all'instaurazione dell'esecuzione penale: il giudicato diviene quindi il riferimento normativo della fase esecutiva, il *prius* logico-giuridico indefettibile per l'applicazione del diritto penale sostanziale al caso concreto. Il giudicato rappresenta, altresì, il segmento iniziale della vicenda punitiva del singolo: laddove, infatti, la vicenda processuale si concluda con la condanna, il comando giudiziale insito nella sentenza diviene attuale solamente con la formazione del giudicato, in ragione del quale si instaura la successiva fase procedurale di esecuzione della pena. Il giudicato penale costituisce, quindi, sia l'istituto di chiusura della fase processuale sia il fondamento primo ed essenziale della fase esecutiva. È evidente come tale istituto compendia in sé profili processuali e sostanziali: da una parte, infatti, il giudicato è la fattispecie tecnica che conclude l'*iter* processuale, dall'altra è la fonte di effetti squisitamente sostanziali, in ragione delle sue ricadute sulla sfera soggettiva del singolo in termini di accertamento della colpevolezza e di esecuzione della pena.

[15] Il rapporto tra giudicato ed esecuzione penale rappresenta, come è noto, una questione controversa e fortemente dibattuta sin dai lavori preparatori al nuovo codice di procedura penale del 1988.

[16] L'intangibilità del giudicato è stata di recente posta in discussione sia per effetto del dibattito giurisprudenziale in ordine all'incidenza della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma diversa dalla norma incriminatrice rispetto al giudicato penale di condanna ed alla consequenziale rideterminazione della pena *in executivis* da parte del giudice dell'esecuzione (la questione assume rilevanza a partire dalla sent. 8 luglio 2010, n. 249 circa la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61 co. 1 n. 11-*bis* c.p., c.d. aggravante di "clandestinità" ed è tornata all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza a seguito della sent. 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale), sia con riguardo alla più sottile questione circa gli effetti del mutamento favorevole della giurisprudenza delle Sezioni Unite sulle sentenze passate in giudicato (questione rilevante a partire dalle Sezioni Unite, 24 febbraio 2011, *Alecev*).

2.2. *L'incidenza dell'esecuzione della giurisprudenza sovranazionale. Brevi riflessioni di diritto comparato.*

L'incidenza dell'esecuzione della giurisprudenza sovranazionale sui principi cardine del sistema giuridico interno è una questione che ha interessato il dibattito europeo e ha visto la maggior parte degli Stati aderenti alla Convenzione impegnarsi nell'individuazione di una soluzione di coordinamento tra fonti di diritto e bilanciamento di interessi, quali l'intangibilità del giudicato, da una parte, e l'inviolabilità dei diritti umani, dall'altra[17].

Di notevole interesse è il caso della Germania, la quale ha risolto l'apparente antinomia tra gli ordinamenti giuridici con l'istituto processuale della revisione, andando ad aggiungere una peculiare ipotesi di riapertura del procedimento penale, ai sensi dell'art. 359 n. 6 del codice di rito (*Strafprozeßordnung*), in ragione della quale è possibile accedere all'istituto, laddove "la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riscontrato una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e la sentenza nazionale si basi su tale violazione"[18]. La disciplina introdotta in Germania, con la riforma del 2 aprile 1998, purchè nel rispetto di tutte le condizioni di cui alla norma, nonché quelle di origine dottrinale e giurisprudenziale (ed in particolare, con riguardo alla sussistenza del nesso causale tra la violazione accertata in sede europea e l'esito del giudizio interno, che deve fondarsi su tale violazione), consente la revisione, a seguito di sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, in presenza di violazioni di tutte le norme convenzionali, sia che il vizio accertato sia di tipo procedurale o di natura sostanziale.

È interessante notare come il principio dell'irrevocabilità del titolo esecutivo venga messo in discussione anche nell'ambito civile, laddove il legislatore tedesco è intervenuto introducendo, ai sensi dell'art. 580 del codice di procedura civile (*Zivilprozeßordnung*), un'ottava ipotesi di *Restitutionsklage*, stabilendo che gli interessati possano agire con tale strumento di revisione "anche quando la Corte EDU abbia stabilito che sia stata violata la Convenzione ovvero i suoi protocolli e la sentenza si sia basata su tale violazione"[19].

Tale istituto avrebbe delle ripercussioni anche sul regime del giudicato in ambito amministrativo, visto il richiamo operato in sede amministrativa al codice di rito civile[20].

Con riferimento alla Spagna, non può non citarsi il complesso dibattito giurisprudenziale che ha fatto registrare un *revirement* del *Tribunal Constitucional* nell'individuazione di una forma di esecuzione nell'ordinamento interno per mezzo del *recurso de amparo*: in un primo momento, infatti, la Corte ha riconosciuto la possibilità di riapertura del procedimento penale, nel caso concreto, a seguito di decisione di condanna della Corte di Strasburgo, con annullamento della sentenza interna e svolgimento di un nuovo processo, ritenendo che l'esecuzione di una pronuncia in contrasto con la Convenzione avrebbe rappresentato un contrasto allo stesso ordine costituzionale spagnolo *ex* art. 10, co. 2 Cost.[21]; in un secondo momento, invece, l'evoluzione giurisprudenziale del *Tribunal Constitucional* ha negato tale forma di tutela, tanto che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha invitato in diverse occasioni la Spagna

[17] Cfr. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Milano, 2012. Tra i Paesi europei che hanno proceduto espressamente alla rimodulazione delle norme processuali, si annoverano Austria, Belgio, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croazia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Georgia, Gran Bretagna, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Repubblica Ceca, Russia, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Svizzera, Turchia, Ucraina. Altri Paesi, invece, pur non avendo modificato l'assetto del proprio codice di rito, ammettono la riapertura dei procedimenti penali per il ricorso a clausole generali, come ad esempio, in Armenia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Norvegia, Islanda, Svezia. Residuano, tuttavia, un gruppo minoritario di Paesi che non ha ancora espressamente preso posizione in merito, come ad esempio, in Lichtenstein, Spagna.

[18] "Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten is zulässig […] 6. wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht". Per un approfondimento, Cfr. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU,* cit., 114; Parlato, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. II) L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri Paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1016-1032; Meyer-Ladewig, *German experiences with the execution of judgements of the European Court of Human Rights*, in Aa.Vv., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, 158 ss.

[19] Cfr. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU*, cit., 114-118.

[20] Cfr. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU*, cit., 114-118. Per completezza espositiva, si nota come il "problema" del giudicato sia stato affrontato anche in sede disciplinare nel caso *Stambuck*, in ragione del quale, per effetto di una condanna da parte della Corte di Strasburgo, il legislatore tedesco è intervenuto con l'introduzione di un meccanismo di riapertura del procedimento disciplinare divenuto definitivo, richiamando l'ipotesi di revisione di cui all'art. 359 n. 6 dello *Strafprozeßordnung*.

[21] Il riferimento corre alla decisione del *Tribunal Constitucional* del 16 dicembre 1991, nella vicenda *Barbèra, Messequé e Jabardo* con la riapertura del processo ed assoluzione degli imputati, al termine del nuovo giudizio. Per un riferimento bibliografico, *ex multis*, cfr. Soria Jimenez, *La problematica ejecucion de la sentencias del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Rev. esp. der. const.*, 1992, 313; Bujosa Vadell, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamento espanol*, Madrid, 1997, 157.

in ordine alla "*necessity of introducing into Spanish law a clear possibility of reopening proceedings following judgment of the European Court*"[22].

3. Il caso italiano: l'impatto della giurisprudenza sovranazionale sull'assetto processuale.

In Italia, a fronte dell'inerzia del legislatore, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente formulato una *summa divisio* delle ipotesi di violazioni accertate in sede europea, in relazione alla quale individuano due tipologie di rimedi: con riguardo alle *violazioni di tipo procedurale ex* art. 6 CEDU, l'evoluzione giurisprudenziale, culminata con la pronuncia c.d. "additiva di istituto" della Corte costituzionale n. 113/2011, considera come rimedio interno più idoneo la "revisione europea", istituto di creazione giurisprudenziale, elaborato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un'ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una pronuncia della Corte di Strasburgo *ex* art. 46, § 1 CEDU; con riferimento, invece, alla riparazione delle *violazioni di natura sostanziale*, principalmente in relazione all'art. 7 CEDU, laddove la lesione accertata non richieda necessariamente la riapertura del processo, lo strumento più appropriato sarebbe da individuarsi nell'incidente di esecuzione *ex* artt. 665 c.p.p. ss.[23].

In relazione alle violazioni di tipo procedurale, la giurisprudenza, nel corso degli ultimi decenni, si è cimentata nell'individuazione, all'interno dell'attuale sistema processuale, degli strumenti normativi che meglio consentissero la corretta esecuzione dei *dicta* europei al caso concreto ed, in particolare, tre sono i rimedi a cui la Corte ha fatto maggior ricorso:

(a) nel caso *Somogyi c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 6 CEDU, nella misura in cui le autorità nazionali non avevano dato piena prova di aver adempiuto all'obbligo di assicurare l'effettiva conoscenza al ricorrente del procedimento penale a suo carico. La Corte di Cassazione, investita della questione, ha fatto ricorso all'applicazione dell'istituto della rimessione in termini per impugnare di cui all'art. 175, co. 2 c.p.p., nel frattempo introdotto dal decreto legge del 21 febbraio 2005, n. 17 (conv. con l. 60/05), con l'espresso intento di adeguare il nostro ordinamento alla giurisprudenza della Corte EDU[24];

(b) nel caso *Dorigo c. Italia*, la Commissione EDU ha affermato la sussistenza della lesione, da parte delle autorità giudiziarie italiane, dell'art. 6, §§ 1 e 3 CEDU, in ragione della sentenza di condanna emessa in violazione dei principi in materia di utilizzabilità della prova in sede dibattimentale. In tale occasione, il rimedio processuale utilizzato è stato l'incidente di esecuzione, *ex* art. 670 c.p.p., a fronte dell'ineseguibilità del titolo esecutivo su cui si fondava l'esecuzione della pena detentiva[25];

(c) nel caso *Drassich c. Italia*, la *quaestio iuris* è consistita nella diversa qualificazione del reato di cui in imputazione in un'ipotesi più grave in sede di legittimità: tale circostanza è stata interpretata dalla Corte europea quale violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 CEDU. La Cassazione ha indicato, tramite un'argomentazione poco lineare e alquanto complessa, il ricorso straordinario per errore di fatto *ex* art. 625-*bis* c.p.p., quale rimedio più appropriato alla riparazione della violazione accertata, in contrasto – secondo parte della dottrina – con il principio di tassatività

[22] Le Risoluzioni ResDH(2005)93, ResDH(2005)94, ResDH(2005)95 relative ai casi *Gabarri, Moreno, Perote, Pellon* e *Pescador Valero c. Spagna*. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU,* cit., 156, nota n. 129.

[23] Oltre alla *summa divisio* proposta dalla dottrina, si potrebbe ricostruire i termini della questione intorno alla distinzione tra violazioni che incidono sul merito della responsabilità penale e, come tali risolvibili per mezzo della "revisione europea" *ex* art. 630 c.p.p. ss. (a seguito della sent. 113/2011 della Corte costituzionale) e violazioni che modificano e/o integrano esclusivamente la pena, non incidenti sul merito della responsabilità penale che rimane, quindi, immutata: queste ultime sarebbero, invece, superabili in sede esecutiva, trattandosi di vizi e/o difformità che ricadono limitatamente sulla pena, non pregiudicando l'accertamento processuale sull'*an* della responsabilità dell'imputato.

[24] Cfr. C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, ric. n. 42191/02; Cass. pen., 3 ottobre 2006 (ud. 12 luglio 2006), Somogyi. Per un commento, cfr., *ex multis*, Bartoloni, *L'efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze della Cassazione Somogyi e Dorigo*, in Bin, Brunelli, Pugiotto,Veronesi, (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Costituzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, 36 ss.

[25] Cfr. Comm. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*. Per i riferimenti bibliografici, cfr., *ex plurimis,* Randazzo, *Caso Dorigo. La Cassazione "paralizza" il giudicato penale in applicazione della CEDU, senza pregiudicare la rilevanza della quaestio sui limiti della revisione. Ora la parola alla Corte costituzionale*, cit., 209 ss.

delle impugnazioni in materia penale[26].

All'interno del dibattito giurisprudenziale, è intervenuta, altresì, la Corte costituzionale, con la già citata pronuncia del 7 aprile 2011, n. 113, con cui, da una parte, prendendo atto dei rimedi processuali individuati in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità, ne ha affermato l'inidoneità e l'insufficienza ad assumere una portata generale ed effettiva all'interno del sistema processuale, dall'altra, tramite la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., ha creato il nuovo istituto di revisione europea, solo in parte riconducibile alla revisione tradizionale, *ex* artt. 629 c.p.p. ss., attesa la differente *ratio* alla base dei due rimedi: nel primo caso, la finalità del mezzo di impugnazione è quella di ricomporre lo iato tra la verità processuale e la verità storica, emergente da elementi "esterni" al processo già celebratosi; nel caso, invece, della "revisione europea", il contrasto sorge da elementi "interni" al processo, che determinano la contrarietà alle disposizioni convenzionali.

Le criticità di tale pronuncia, nonché le relative difficoltà interpretative, sono state immediatamente evidenti alla dottrina, la quale ha evidenziato come, in mancanza di indicazioni utili da parte della Corte circa l'individuazione dei presupposti applicativi, nonché della selezione delle norme compatibili rispetto alla revisione ordinaria, sarà compito della giurisprudenza definire, in ragione delle peculiarità del caso concreto, l'operatività del nuovo istituto[27].

4. Il *leading case* Scoppola e le violazioni di natura sostanziale.

La flessione del giudicato si percepisce maggiormente laddove il tipo di violazione inerisca ad un principio di natura sostanziale, la cui erronea applicazione abbia determinato la lesione dei diritti processuali e difensivi dell'imputato, in fase processuale, e del detenuto, in sede esecutiva.

Il principio convenzionale che più ha influito sulla giurisprudenza di Strasburgo nel processo di erosione dell'intangibilità del giudicato penale interno è costituito indubbiamente dal principio della retroattività della *lex mitior*.

La portata applicativa di tale principio è stata evidenziata a partire dal *leading case Scoppola (n. 2) c. Italia*, con cui la Corte di Strasburgo ha definitivamente abbandonato la precedente posizione che escludeva il principio di retroattività della *lex mitior* dalla sfera di tutela dell'art. 7 CEDU, per affermare che "l'articolo 7 § 1 della Convenzione sancisce […] anche, e implicitamente, il principio della *retroattività della legge penale meno severa*. Questo principio si traduce nella norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono

[26] Cfr. C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, in *Cass. pen*., 2008, 1646. Per un approfondimento, cfr. Lonati, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen*., 1/2011, 271-272.

[27] Una delle principali critiche mosse dalla dottrina ruota intorno al fatto che il rimedio dell'art. 630 c.p.p., così come interpretato dalla Corte costituzionale, è oggi costruito esclusivamente per le violazioni discendenti dall'art. 6 CEDU e non per altre tipologie di violazioni: rimane, inoltre, esclusa la possibilità di estendere tale rimedio ai casi simili. Per un approfondimento, cfr., *ex plurimis*, Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2/2011, 10; Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 15; Giuffrida, Grasso, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., 14.

diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato"[28].

4.1. *La vicenda processuale e la soluzione al caso Scoppola.*

Con la pronuncia del 17 settembre 2009, la Grande Camera della Corte di Strasburgo condannava l'Italia per violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, dando origine ad un acceso dibattito riguardo alla portata applicativa del principio della retroattività della *lex mitior* di matrice convenzionale sulle norme processuali interne e sull'individuazione degli strumenti normativi più idonei per la risoluzione del contrasto tra le disposizioni processuali e la Convenzione, non solo con riferimento al singolo caso del ricorrente Scoppola, ma anche con riguardo a casi analoghi, in cui sussistessero i presupposti per affermare l'identità del caso concreto e l'accertamento della medesima violazione sostanziale subita.

La vicenda processuale di Scoppola si presenta alquanto complessa e scandita dal susseguirsi da diverse discipline normative aventi ad oggetto l'applicazione dell'istituto del giudizio abbreviato *ex* artt. 438 c.p.p. ss. Come è noto, egli veniva condannato, in sede di giudizio abbreviato *ex* art. 442, co. 2 c.p.p., alla pena di anni trenta di reclusione, per effetto della diminuzione della pena conseguente alla scelta del rito speciale, da parte del Giudice per l'udienza preliminare di Roma il 24 novembre 2000. Tale data assume un significato decisivo, atteso che il medesimo giorno entrava in vigore il decreto legge del 24 novembre 2000, n. 341 (poi convertito con l. 4/01), il cui art. 7 prevedeva la reintroduzione della pena dell'ergastolo, in caso di concorso di reati e di reato continuato; all'art. 8 veniva, altresì, precisato che tale modifica dovesse essere intesa quale interpretazione autentica con efficacia retroattiva anche ai processi in corso. In ragione della nuova normativa, il Procuratore della Repubblica presso la Corte d'Appello di Roma proponeva ricorso in Cassazione, (convertito poi in appello, in ragione dell'impugnazione dell'imputato), lamentando l'erronea applicazione della legge, atteso che le norme processuali da applicare al caso concreto dovevano essere integrate alla luce della recente riforma, la quale precludeva l'accesso al rito abbreviato, con la consequenziale condanna alla pena dell'ergastolo, in luogo di quella più favorevole, ad anni trenta di reclusione.

Nonostante i reiterati tentativi in sede di gravame e, successivamente con il ricorso allo

[28] Cfr. C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2), § 109. Per un approfondimento, cfr., *ex multis*, Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 59 ss. La Corte EDU, tramite un *revirement* della propria giurisprudenza, giunge ad iscrivere nell'alveo di tutela dell'art. 7 CEDU, anche il principio di retroattività della *lex mitior*, secondo un'accezione particolare: il raggio di tutela del principio in esame si estende alle norme processuali e, segnatamente, all'art. 442, co. 2 c.p.p., in materia di determinazione della pena per effetto dell'accesso al rito abbreviato, nella misura in cui esse incidano sulla pena e sul trattamento sanzionatorio, commisurato in relazione alla gravità del fatto ed al principio di colpevolezza dell'imputato per i fatti ascritti. La riconducibilità delle norme incidenti sulla pena alla sfera di operatività dell'art. 7 CEDU conduce la Corte a ricomprendervi anche il fenomeno di successioni di leggi temporali succedutesi nel corso del procedimento penale, dalla commissione del fatto all'accertamento della responsabilità penale in sede di condanna. Ne consegue che, in caso di mutamento legislativo verificatosi nel corso del medesimo procedimento penale, all'imputato dovrà essere applicata la disciplina normativa più favorevole, in modo tale da soddisfare i requisiti dell'art. 7 CEDU in termini di prevedibilità ed accessibilità oggettiva e soggettiva dell'imputato rispetto alla sanzione comminata (*id est*: lettura del principio di legalità secondo l'accezione convenzionale, comprensiva, altresì del principio di colpevolezza). Trattasi, come è noto, di un'interpretazione estensiva ed evolutiva del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, a cui si sono aggiunti nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale altri connotati, quali il principio di proporzione, accessibilità e prevedibilità anche di tipo soggettivo: in origine, infatti, il principio di legalità convenzionale si declinava in termini di principio di irretroattività della disciplina più sfavorevole, ma non garantiva il diritto all'imputato di beneficiare della applicazione di una pena più mite, prevista da una legge posteriore al reato. Come espresso, infatti, dalla Commissione europea, in seno alle pronunce *X c. Germania del 1978* e *Le Petit c. Regno Unito* del 2000, nonché *Zaprianov c. Bulgaria* del 2003, l'art. 7 CEDU non contemplava il diritto di vedersi applicare una legge più favorevole retroattivamente, sennonché dalle prime pronunce della Commissione, la Corte rileva come il *background* normativo si sia notevolmente affinato sia sul piano internazionale sia all'interno della più ristretta dimensione europea: basta citare (a) l'art. 15, § 1 ultima parte del Patto internazionale sui diritti civili e politici, con sui si afferma che "1. […] Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne"; (b) l'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo, con cui si prevede che: "[…] Se successivamente alla commissione del reato la legge dispone che venga imposta una pena più lieve, il colpevole dovrà beneficiarne"; (c) l'art. 49, § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui "1. […] Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima". L'affinamento della sensibilità giuridica è emerso anche in seno alla Corte di Lussemburgo, in relaziona all'applicazione ed interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, a partire dal già citato leading case Berlusconi e altri, in cui il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite veniva ricondotta all'interno delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, derivandone, pertanto, la conclusione per cui "tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario". Principio ripreso altresì sul piano internazionale, da parte del Tribunale penale internazionale dell'ex Jugoslavia, con la pronuncia del 4 febbraio 2005, in cui si affermava che "il principio della *lex mitior*, se è correttamente inteso, si applica allo Statuto del Tribunale internazionale". In altri termini, secondo la Corte, dalla decisione *X c. Germania del 1978*, "si è formato progressivamente un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che contempla una pena più mite, anche posteriore alla commissione del reato, sia diventata un principio fondamentale del diritto penale".

strumento dell'art. 625-*bis* c.p.p., Scoppola veniva condannato in via definitiva alla pena dell'ergastolo. Con ricorso del 24 marzo 2003, egli adiva la Corte EDU: il ricorso, dichiarato parzialmente ricevibile, veniva poi rimesso alla Grande Camera, che nel settembre 2009 adottava l'ormai noto *revirement*, determinato da un'interpretazione dinamica ed evolutiva delle disposizioni convenzionali, a favore di una visione concreta ed effettiva della tutela dei diritti umani del detenuto.

I giudici di Strasburgo, pur non pronunciando una sentenza pilota, e, decidendo, quindi, esclusivamente in favore del ricorrente, hanno fornito in via generale delle indicazioni fondamentali circa l'esecuzione delle sentenze europee che accertino violazioni di natura sostanziale.

Il caso Scoppola ha comportato infatti l'obbligo per il giudice nazionale di dare esecuzione al *dictum europeo* ed, in particolare, che venisse eliminato il contrasto con la disposizione convenzionale, procedendosi alla sostituzione della pena dell'ergastolo con la più favorevole pena di anni trenta di reclusione: la Cassazione, pur indicandone, nel proprio *iter* argomentativo, l'incidente di esecuzione, quale rimedio più opportuno per la riparazione di tale violazione, ha proceduto direttamente nel caso di specie alla sostituzione della pena in sede di ricorso straordinario *ex* art. 625-*bis* c.p.p.[29].

4.2. *Le Sezioni Unite Ercolano sui casi simili.*

All'indomani della sentenza di Strasburgo, le Corti italiane sono state investite da analoghi ricorsi da parte di tutti coloro che lamentavano di aver subìto la medesima violazione dello Scoppola, essendo stati condannati alla pena dell'ergastolo per effetto del decreto legge n. 341/2000 per fatti commessi in vigenza della precedente e più favorevole normativa.

Dottrina e giurisprudenza non hanno fornito, in un primo momento, delle soluzioni univoche ed uniformi circa la possibilità di estendere forme di tutela a casi ulteriori rispetto al caso concreto dello Scoppola: da una parte, infatti, si sono registrate posizioni fortemente negative in termini di riapertura del procedimento penale per l'accertamento in sede nazionale di violazioni non sollevate nei termini *ex* art. 34 CEDU dinnanzi alla Corte di Strasburgo[30]; dall'altra, parte della dottrina si è cimentata nell'individuazione del rimedio normativo più appropriato per consentire il superamento del giudicato in casi simili, anche in assenza di un previo ricorso alla Corte EDU[31].

La questione è giunta poi alle Sezioni Unite nel caso Ercolano, le quali sono state chiamate a pronunciarsi sulla seguente questione di diritto: *"se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17/09/2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in ma-*

[29] Cfr. Romeo, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità in executis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012.

[30] Cfr. Cass. pen., sez. I, ud. 18.01.2011 (dep. 22.02.2011), n. 171, con nota di Gialuz, *Esclusa la riapertura del processo in assenza di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2011. Tale pronuncia viene riportata in Viganò, in *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012, 17 ss.

[31] Cfr. Viganò, in *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., 17 ss. L'autore individua due diversi rimedi: (a) una prima soluzione potrebbe essere rappresentata dal limitarsi a delegare la questione alla Corte di Strasburgo, attribuendo alla giurisdizione europea la decisione sul singolo ricorso, con il quale il ricorrente abbia fatto valere violazioni già oggetto di precedente sentenza di condanna; (b) secondo una diversa e più articolata argomentazione, si potrebbe propendere per il superamento del giudicato penale attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 46 CEDU, in ragione della quale, a partire dal caso *Broniowski c. Polonia*, la Corte EDU ha progressivamente ampliato i propri poteri, fino a ricomprendervi anche la statuizione di misure generali che impongono allo Stato, non solo di adoperarsi per eliminare la violazione accertata nel caso concreto, ma anche di adottare delle soluzioni di sistema che impediscano il perpetrarsi di violazioni nella generalità dei casi. Secondo l'autore, inoltre, le violazioni accertate dalla Corte EDU determinano una situazione di illegalità della condanna subìta e della pena in corso di esecuzione sostanzialmente assimilabile ai fenomeni interni di declaratoria di illegittimità costituzionale o alle ipotesi di inapplicabilità della norma nazionale per contrasto con il diritto dell'Unione europea (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, *El Dridi*, 28 aprile 2011, in Dir. pen. cont., 29 aprile 2011). La questione più problematica risiede nell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente ad elidere la difformità convenzionale: da una parte, si individua quale soluzione naturale il ricorso alla Corte costituzionale, attesa l'assenza di efficacia diretta della Convenzione e della sua qualificazione quale norma interposta rispetto all'art. 117 Cost.; dall'altra, si avanza l'ipotesi di un'interpretazione convenzionalmente orientata da parte dello stesso giudice ordinario. Si indica, infine, l'incidente di esecuzione quale strumento processuale più appropriato per la rideterminazione del *quantum* di pena inficiato dalla violazione dell'art. 7 CEDU.

teria, di quella più favorevole"[32].

La complessità e la delicatezza degli interessi coinvolti, ha portato la Cassazione a sollevare, a sua volta, questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 d.l. 341/00, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1 Cost., quali norme interposte rispetto all'art. 7 CEDU.

La Corte costituzionale, con la pronuncia del 12 ottobre 2010, n. 230, ha ritenuto fondata la questione posta dalle Sezioni Unite, uniformandosi all'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ha individuato nell'esecuzione penale, la fase naturale della riparazione delle violazioni di natura sostanziale, accertate da una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo (caso Scoppola) ovvero presenti i medesimi requisiti spazio – temporali del caso pilota[33].

Le Sezioni Unite, tornate nuovamente sul caso Ercolano, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, hanno elencano dettagliatamente quattro condizioni in presenza delle quali sia possibile che i "fratelli minori"[34] di Scoppola attivino la procedura dell'incidente di esecuzione per ottenere adeguata tutela dei propri diritti: (a) la necessaria identità tra la questione controversa e quella decisa dalla Corte EDU, in ragione della circostanza che la giurisdizione sovranazionale è il giudice del caso concreto, anche laddove la forza espansiva delle sue pronunce si estenda necessariamente ai casi simili; (b) la presenza di vizi strutturali della normativa interna sostanziale sia con riguardo al principio di retroattività della *lex mitior* sia con riferimento ad altri principi di natrice convenzionale; (c) la sussistenza di ampi margini di un'interpretazione convenzionalmente orientata della normativa interna e, viceversa, la mancata esigenza del ricorso alla questione di legittimità costituzionale; (d) l'assenza dei presupposti dell'operatività della revisione europea del processo penale[35].

Il fondamento normativo riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità ai c.d. "fratelli di Scoppola" risiede non tanto nell'art. 673 c.p.p., che prevede il potere di revoca del titolo esecutivo da parte del giudice dell'esecuzione in caso di abrogazione ovvero di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, quanto, piuttosto, nell'art. 30, co. 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in ragione del quale "quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali", definendo, quindi, un oggetto di tutela più ampio rispetto all'art. 673 c.p.p., con inclusione anche delle modifiche che ineriscono il *quantum* sanzionatorio e non solo la fattispecie incriminatrice.

Un ulteriore tassello è stato posto, seppur con riguardo al profilo più squisitamente interno in merito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, co 4. c.p., nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. 5, del D.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva *ex* art. 99, co.4 c.p., dalle Sezioni Unite nel procedimento Gatto[36], in cui si è precisato come la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice comporti la necessità di una rideterminazione della pena in sede di esecuzione, anche a scapito della preclusione del giudicato penale: unica limitazione è rappresentata dall'esaurimento del rapporto esecutivo, atteso che la tutela esecutiva può esplicarsi solamente laddove l'esecuzione della pena sia ancora in essere[37].

[32] Cfr. Cass., Sez. un. pen., 10 settembre 2012 (ud. 19 aprile 2012), n. 34472. A diverse conclusioni è giunta la giurisprudenza di legittimità nel caso Giannone, in cui la Cassazione ha messo in evidenza la differenza della vicenda rispetto al caso Scoppola: cfr. Cass. Sez. Un. n. 34233/2012, con nota di Cravetto, *Osservazioni in tema di successione delle norme sul giudizio abbreviato recanti la previsione della pena*, in *Giur. It.,* 6/2013, 1385 ss.

[33] Cfr. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013*, in *questa Rivista*, 4/2013, 263.

[34] Espressione derivata dall'originaria formulazione di Viganò, in *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit.

[35] Cfr. Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, Ercolano. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, Bignami, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014.

[36] Cfr. Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42858, Gatto. Per una prima lettura della sentenza, cfr., Romeo, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014.

[37] La Corte afferma, inoltre, che "il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale dopo la sentenza irrevocabile". Cfr. Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42858, Gatto.

5. In prospettiva *de iure condendo*: il ripensamento dell'esecuzione penale. Il giudice della pena.

È evidente come il dibattito giurisprudenziale sin qui delineato, seppur in estrema sintesi, abbia sollevato delle fortissime criticità in ordine alla questione dell'incidenza delle sentenze della Corte europea, e, quindi, di una giurisdizione sovranazionale, sull'ordinamento interno con un proprio assetto costituzionale e dei principi cardine di sistema: l'esecuzione delle sentenze dei giudici di Strasburgo è una problematica, in primo luogo, di natura costituzionale ed attiene al rapporto tra le giurisdizioni, nazionale, da una parte, ed europea, dall'altra, ed implica necessariamente una riflessione di ampio respiro, che sia in grado di sviluppare delle soluzioni di coordinamento e di armonizzazione tra le Corti e tra le fonti di diritto[38].

La recente casistica giurisprudenziale ha dimostrato come l'attuale assetto penal-processualistico risulti fortemente inadeguato rispetto all'evolversi degli *standard* di tutela dei diritti umani: ciò comporta necessariamente un ripensamento complessivo dell'ordinamento che tenga conto sia della riformulazione del sistema sanzionatorio sia del processo penale; due riforme che dovrebbero procedere parallelamente e compendiarsi a vicenda secondo una prospettiva unitaria e superiore di *giustizia penale*.

Il punto di partenza potrebbe essere rappresentato da una rimodulazione dell'esecuzione penale e degli schemi procedurali attuativi della pena verso un modello processuale che potenzi la dimensione punitiva ed il momento di (ri)determinazione della pena: l'istituzione di un "giudice della pena", individuabile nella magistratura di sorveglianza piuttosto che in un unico ufficio creato ad *hoc* (comprensivo, quindi, sia della giurisdizione esecutiva in senso stretto sia della giurisdizione penitenziaria/rieducativa) consentirebbe, da una parte, il recupero della dimensione dell'effettività e della certezza della pena eseguita (rispetto alla pena comminata) e, dall'altra, garantirebbe la massima individualizzazione e personalizzazione della risposta sanzionatoria sul singolo, in conformità alla funzione rieducativa della pena *ex* art. 27, co. 3 Cost. ed alle istanze sovranazionali[39].

[38] Cfr., *ex plurimis*, Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione,* in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015; Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2015.

[39] Cfr., *ex multis*, cfr. Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 8; Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 37; Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 36; Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, cit., 117; Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 30; Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 311.

Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale

Riflessioni a margine della decisione della Corte europea dei diritti umani sul caso «Smaltini c. Italia»

Duty to Protect the Right to Life through Criminal Law and Proof of the Causal Link

ECHR, Smaltini v. Italy: a Comment

Donato Vozza
Borsista post-dottorato in diritto penale presso la Seconda Università degli Studi di Napoli

Diritto alla vita, Articolo 2 CEDU, Diritto al rispetto della vita privata e familiare, Articolo 8 CEDU, Corte europea dei diritti umani, Diritti ambientali, Giustizia ambientale, Inquinamento, Obblighi positivi, Attività pericolose, Industria, Violazioni dei diritti umani, Vittime, Dovere di prevenire, Rischio, Dovere di punire, Investigazioni effettive, Nesso causale, Danni alla salute, Prova, Studi scientifici

Right to Life, Article 2 ECHR, Right to Respect for Private and Family Life, Article 8 ECHR, European Court of Human Rights, Environmental Rights, Environmental Justice, Pollution, Positive Obligations, Dangerous Activities, Industry, Human Rights Violations, Victims, Duty to Prevent, Risk, Duty to Punish, Effective Investigations, Causal Link, Health Damage, Proof, Scientific studies

Abstract

La decisione pronunciata dalla Corte europea dei diritti umani sul caso Smaltini c. Italia offre lo spunto per occuparsi, nel dibattito odierno dedicato «alla prova dei fatti» e segnatamente alle categorie dogmatiche ed agli standard probatori in prospettiva sovranazionale, del tema dell'accertamento della causalità penale dall'angolo prospettico degli obblighi procedurali di tutela convenzionale del diritto alla vita che vincolano le autorità giudiziarie nazionali a svolgere effettive attività di indagine per accertare le cause e punire i responsabili di decessi avvenuti in situazioni di inquinamento industriale. La pronuncia costituisce la risposta europea ad un ricorso per violazione del diritto alla vita prospettato da una donna, residente nell'area inquinata dall'attività produttiva dell'ILVA di Taranto, ammalatasi di leucemia mieloide acuta e pendente ricorso deceduta, che trae origine dall'archiviazione del procedimento penale per difetto di prova del nesso causale tra la patologia contratta e le emissioni inquinanti provenienti dallo stabilimento industriale. Rileva in termini significativi la scelta della Corte di Strasburgo di valutare alternativamente se le autorità italiane, nell'archiviare il procedimento penale per difetto di prova della causalità, abbiano adeguatamente motivato la loro decisione di non acquisire nuovi elementi probatori oppure, disponendo in realtà di «elementi sufficienti» per ritenere provato il «nesso causale», si siano rese responsabili della violazione dell'obbligo europeo. Dinanzi a tale alternativa, la prima conclusione – come si evince dalle espresse righe motivazionali del provvedimento europeo – ha trovato avallo «alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti». Ciò, tuttavia, come precisato dalla Corte europea, «senza pregiudizio dei risultati degli studi scientifici a venire», inciso questo che lascia aperte le porte a possibili conclusioni future di esito diverso nel segno dell'evoluzione scientifica.

Within the current debate over "the proof of facts" and, specifically, about dogmatic categories and standard of proofs from an international perspective, the decision issued by the European Court of Human Rights in the Smaltini v. Italy case provides the opportunity to deal with the issue of the proof of the causal link in criminal matters related to the State's procedural obligations to protect the right to life under the Convention. Such obligations bind national authorities to carry out effective investigations to determine the cause of death in an industrial pollution scenario, as well as to punish those responsible. The ruling is the response to an application brought by a woman who lived in the polluted area near ILVA, in Taranto, and died whilst the application was pending after having contracted acute myeloid leukaemia. The judicial request claimed that there was a violation of her right to life, due to the fact that the Italian judges decided to discontinue the proceedings against one of the company's managers in the absence of adequate proof of the causal link between the plant's polluting emissions and the woman's illness. The Strasbourg Court decided to ascertain whether the Italian authorities, when discontinuing the criminal proceedings, had adequately justified their decision not to admit new evidence or if, on the contrary, they had breached European duties because they actually had "sufficient evidence" to consider the "causal link" proven. The reasoning of the Court shows that, faced with such an alternative, the judges endorsed the first option "in the light of the scientific data available at the time of the events." As stated by the European Court, such a pronouncement was taken, however, "without prejudice to the results of scientific studies to come," so that it leaves the door open to different future decisions in the light of future scientific developments.

Sommario 1. La causalità al banco di prova della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2. L'archiviazione del procedimento penale per difetto del nesso causale alla base del ricorso per violazione del diritto alla vita sotto il versante procedurale. – 3. Obblighi di tutela penale ed esaurimento delle vie di ricorso interne: la causalità tra «sussidiarietà penale» e «sussidiarietà convenzionale». – 4. L'accertamento della violazione del diritto alla vita «nel contesto delle attività industriali, che per loro natura sono pericolose»: le emissioni industriali inquinanti dell'ILVA di Taranto e la leucemia mieloide acuta. – 4.1. La prevenzione delle violazioni del diritto alla vita come risultato delle attività pericolose: la declinazione degli obblighi sostanziali ed il difetto di richiesta nel ricorso alla Corte europea. – 4.2. La risposta alle violazioni del diritto alla vita come risultato delle attività pericolose: la declinazione degli obblighi procedurali e l'esigenza di un'inchiesta effettiva. – 5. La Corte di Strasburgo di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. – 5.1. Il dovere di sapere scientifico e di intervento preventivo dello Stato a tutela del diritto alla vita: il caso dell'esposizione professionale ad amianto e del conseguente decesso per mesotelioma pleurico. – 5.2. (*segue)* L'incertezza scientifica ed il dovere di informare. – 5.3. L'archiviazione del procedimento penale in mancanza di prova del nesso causale non viola l'art. 2 CEDU sul versante procedurale: «alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti» e «fatti salvi i risultati degli studi scientifici futuri». – 6. Dimensione effettuale degli obblighi convenzionali di tutela penale e processualizzazione delle categorie sostanziali.

1. La causalità al banco di prova della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella società del rischio che contrassegna l'attuale modernità liquida, la carente azione di prevenzione nelle attività produttive ad alto impatto ambientale si situa alla base della violazione dei diritti fondamentali[1]. Così, ad esempio, un deficitario quadro di regolamentazione e controllo delle attività pericolose da cui scaturisca il decesso o il pericolo per la vita di una o una pluralità di persone, la mancata fornitura al pubblico di informazioni sui rischi per la salute derivanti da disastri tecnologici e industriali o un'investigazione giudiziaria ineffettiva ad accertare le cause e ad individuare i responsabili di morti conseguenti a date attività pericolose possono comportare – come comprova la cospicua giurisprudenza europea – una condanna delle autorità statali dinanzi alla Corte di Strasburgo per non aver soddisfatto gli obblighi di tutela del diritto alla vita (art. 2 CEDU) o del "contiguo" diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)[2].

[1] D. Xenos, *Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry*, in *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n. 3, pp. 231 ss. In ordine agli obblighi convenzionali di tutela del diritto alla vita nel contesto delle attività pericolose v. il *leading case* Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, ric. n. 48939/99, 30 novembre 2004. In assenza di una disposizione *ad hoc* nella CEDU e nei Protocolli aggiuntivi, l'ambiente è tutelato dalla Corte di Strasburgo *par ricochet*, secondo una logica marcatamente antropocentrica (J. Daniel I. García, *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2006) e, quindi, attraverso il c.d. *greening* dei diritti umani esistenti (A. Boyle, *Human Rights or Environmental Rights-A Reassessment*, in *Fordham Envtl. L. Rev.*, 2006, vol. 18, pp. 471 ss.; D. Shelton, *Human Rights, Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice*, in *Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse*, 2007, 1, pp. 9 ss.; O. W. Pedersen, *The ties that bind: the environment, the European convention on human rights and the rule of law*, in *European Public Law*, 2010, vol. 16, n. 4, pp. 571 ss.).

[2] In materia di esposizione professionale ad amianto: Corte eur. dir. uomo, *Brincat e altri c. Malta,* ric. nn. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24 luglio 2014; in materia di rifiuti: Corte eur. dir. uomo, *López Ostra c. Spagna*, ric. n. 16798/90, 3 dicembre 1994; Corte eur. dir. uomo, *Giacomelli c. Italia*, ric. n. 59909/00, 26 marzo 2007; Corte eur. dir. uomo, *Di Sarno e altri c. Italia*, ric. n. 30765/08, 12 gennaio 2012; in tema di esplosione dei rifiuti erroneamente gestiti: Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit.; in tema di inquinamento industriale (prodotto da attività di estrazioni minerarie, industrie siderurgiche, ecc.): Corte eur. dir. uomo, *Taskin e altri c. Turchia*, ric. n. 46117/99, 10 novembre 2004; Corte eur. dir. uomo, *Dubetska e altri c. Ucraina*, ric. n. 30499/03, 10 febbraio 2011; Corte eur. dir. uomo, *Fadeyeva c. Russia*, ric. n. 55723/00, 5 giugno 2005; Corte eur. dir. uomo, *Tătar c. Romania*, ric. n. 67021/01, 27 gennaio 2009. Sui disastri naturali: Corte eur. dir. uomo, *Budayeva e altri c. Russia*, ric. nn. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 5343/02, 22 marzo 2008; Corte eur. dir. uomo, *Kolyadenko e altri c. Russia*, ric. nn. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 e 35673/05, 28 febbraio 2012. In dottrina, D. Xenos, *Asserting the Right to Life*, cit., pp. 231 ss.; C. Lacroix, *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le droit au procès pénal en cas de catastrophes*, in *Riséo - risques, études et observations*, 3, 2011; M. Stallworthy, *Human Rights Challenges and Adequacy of State Responses to Natural Disaster*, in *Envtl. L. Rev.,* 11, 2008, pp. 123 ss. Diverse decisioni menzionate sono state pronunciate nei confronti dell'Italia: si v. i casi relativi all'inquinamento causato dall'emergenza rifiuti in Campania, all'inquinamento prodotto dallo stabilimento dell'ILVA di Taranto, all'incidente della fabbrica di fertilizzanti Enichem a Manfredonia, ecc. In relazione al caso ILVA, si v., tra gli altri, F. Viganò, *Il Caso Ilva*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2013; D. Pulitanò, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso ILVA*, in *questa Rivista*, 2013, 1, pp. 44 ss. Sulla vicenda dell'emergenza rifiuti in Campania, oltre che sul caso ILVA, v. F. Forzati, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed Emergenza Rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo Stato di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2015, a cui si rinvia, altresì, per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

Il filone giurisprudenziale sovranazionale in materia è stato recentemente arricchito dalla decisione della Corte europea sul caso *Smaltini c. Italia* con cui è stata ritenuta manifestamente infondata la doglianza per violazione dell'art. 2 CEDU, sotto il profilo procedurale, prospettata da una donna residente nella città di Taranto dopo che le autorità giudiziarie interne hanno archiviato il procedimento penale per lesioni nei confronti di un dirigente della società ILVA in difetto di prova del nesso causale tra le emissioni nocive dell'impianto, poco distante dall'abitazione della vittima, e la patologia sviluppata dalla stessa che ne provocherà – dopo il ricorso a Strasburgo – il decesso[3].

Bollando con il marchio dell'irricevibilità la prospettata doglianza, la Corte di Strasburgo ha escluso la violazione del diritto fondamentale. Tuttavia, l'esito infausto del ricorso non sminuisce l'interesse verso una decisione le cui brevi ma intense trame argomentative offrono l'occasione per riflettere sul tema dell'accertamento della causalità penale – argomento a cavallo tra diritto e procedurale penale[4], nonché tra scienza e giustizia penale[5] – dall'angolo prospettico degli obblighi procedurali di tutela convenzionale del diritto alla vita[6], i quali vincolano le autorità giudiziarie penali a svolgere attività di indagine effettive per individuare e punire i responsabili di decessi avvenuti in situazioni di inquinamento ambientale prodotto dalle industrie. Non ci si confronterà quindi con la causalità nella prospettiva dogmatica[7], ma alla luce di un singolo limitato riferimento giurisprudenziale europeo – peraltro, una decisione di terzo ed ultimo livello di importanza – in cui la Corte di Strasburgo ha – come al solito – argomentato non in termini sistematici o dogmatici, ma ispirandosi al «sincretismo pragmatico», aspetto da cui deriva l'esigenza di tener ben presente la vicenda concreta e il contesto in cui la decisione si inserisce[8] evitando di generalizzare le affermazioni ivi contenute sugli obblighi di tutela penale[9].

[3] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, ric. n. 43961/09, 24 marzo 2015, trad. it. a cura di R. Carnevali e revisione di M. Scantaburlo, Ministero della Giustizia della Repubblica italiana – Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani.

[4] Per una chiave di lettura della causalità a cavallo tra diritto penale e processo, oltre agli Autori già richiamati, G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 5, pp. 1971 ss., e gli ampi riferimenti bibliografici contenuti nel testo. L'uso del metodo *trans-azionale* – su cui si sofferma M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, p. 3 ss., a partire dal lavoro di J. Dewey, A.F. Bentley, *Knowing and the Known,* Boston-Massachusetts, 1946, trad. it. *Conoscenza e transazione,* Firenze, 1974 – si presta ad attenuare quei rischi di «riduzionismo» (in argomento, D. Pulitanó, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo, in Riv. it. dir. proc. pen. 2005, pp. 951 ss.*) collegati a letture *a-zionali* e *inter-azionali* di matrice aristotelica e newtoniana dei temi penali.

[5] G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Dir. e quest. pubb.*, 2005, p. 7 s., evidenzia che una «esemplificazione emblematica del carattere complesso della possibile interazione tra scienza e diritto, sul versante del processo penale, è rinvenibile nel persistente dibattito sul concetto di causalità penalmente rilevante». Sul tema, F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, 2000; Id., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003; Id. (a cura di) *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004.

[6] Sugli obblighi di tutela penale fondati sui diritti fondamentali, oltre al lavoro di D. Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1613 ss., si v., con particolarmente riferimento alla CEDU, E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 255 ss.; A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, pp. 386 ss.; F. Tulkens, *The paradoxical relationship between criminal law and human rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9(3), pp. 577 ss.; D. Zerouki-Cottin, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *RSC*, 2011, pp. 575 ss.; F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?,* in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 243 ss.; Id., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, pp. 2645 ss.; S. Manacorda, *«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, pp. 1364 ss. (nonché in A. M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, pp. 107 ss.); G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda, J. Tricot, *Devoir de Punir? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, 2013; F. Tulkens, M. van de Kerchove, *Criminal law and human rights*, in S. Body-Gendrot, M. Hough, K. Kerezsi, R. Lévy and S. Snacken (Eds.), *The Routledge Handbook of European Criminology*, New York, 2014, pp. 91 ss.

[7] Oltre ai lavori già citati nelle note precedenti, e senza alcuna pretesa di esaustività, F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934; G. Fiandaca, *Causalità (rapporto di)*, in *Digesto pen.*, vol. II, Torino, 1988, 119 ss.; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 42 ss.; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*. *"Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; Id., *Il garantismo della* condicio sine qua non *e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità* ***e*** *imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 494 ss.; M. Maiwald, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, 1999; L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; A. Pagliaro, *Causalità (rapporto di)*, in *Encicl. dir., Annali*, vol. 1, Milano, 2007, 153 ss.; R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, 2010; C. Brusco, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012; G. Caruso, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013; K. Summerer, *Causalità ed evitabilità: formula della* condicio sine qua non *e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche ed imputazione causale*, Roma, 2015.

[8] Così, V. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 24 ss.

[9] Si tratta, dunque, di mantenere un atteggiamento critico e responsabile nello studio dei temi penalistici in prospettiva internazionale: Cfr. V. Militello, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1, pp. 106 ss.

2. L'archiviazione del procedimento penale per difetto del nesso causale alla base del ricorso alla Corte di Strasburgo per violazione del diritto alla vita sotto il versante procedurale.

Muovendo dalla cronistoria dei fatti, la sig.ra Smaltini, residente nella città di Taranto, a poca distanza da una delle più grandi acciaierie d'Europa, com'è noto l'ILVA, nel settembre 2006 scopriva di aver contratto la leucemia mieloide acuta e veniva sottoposta ad un ciclo di chemioterapie. Ritenendo la patologia una conseguenza della sua esposizione all'inquinamento atmosferico prodotto dalle attività dello stabilimento, la Sig. Smaltini sporgeva denuncia alla Procura della Repubblica di Taranto nei confronti di un dirigente della società ILVA per il reato di lesioni personali gravi, e ciò in ragione del fatto che non erano state predisposte le misure atte a rispettare le norme in materia di controllo della qualità dell'aria, della protezione della salute e dell'ambiente. A sostegno della propria tesi, la ricorrente rilevava che diversi dirigenti dell'impresa in questione già avevano riportato condanne «per emissioni illegali che, nel corso degli anni, avevano causato un aumento significativo del numero dei decessi nella zona di Taranto dovuti a diverse forme di cancro»[10]. Peraltro, alla denuncia allegava diversi documenti, tra cui un certificato di dimissioni dell'ospedale, un rapporto tratto da internet sulle emissioni di sostanze cancerogene prodotte dallo stabilimento ed un rapporto dell'Istituto superiore della sanità su ambiente e salute a Taranto del 2012.

Il 10 settembre 2007 il Procuratore della Repubblica di Taranto osservava che il nesso di causalità tra le emissioni e la patologia della ricorrente non poteva ritenersi accertato e chiedeva pertanto l'archiviazione del procedimento penale[11]. La ricorrente presentava opposizione evidenziando che il nesso di causalità tra le emissioni nocive e lo sviluppo del cancro erano difatti provate dalle ricerche dell'Associazione italiana contro la leucemia (AIL), nonché dai medici dell'Ospedale San Giuseppe Moscati di Taranto, posto che il relativo dirigente del Dipartimento di ematologia aveva affermato più volte pubblicamente l'esistenza di un legame diretto tra le emissioni dell'ILVA e il numero elevato di decessi per cancro e leucemia tra gli abitanti di Taranto. Chiedeva di conseguenza al pubblico ministero di interrogare un medico dell'AIL ed un esperto al fine di accertare il nesso di causalità[12] e, in data 26 marzo 2008, depositava delle memorie volte a dimostrare che il nesso di causalità tra le sostanze prodotte dall'ILVA, quali la diossina, il PM10 e i PCB, e lo sviluppo del cancro e della leucemia era provato sulla base dei rapporti dell'Istituto americano per la protezione dell'ambiente del 1995 e dell'Agenzia internazionale per la ricerca sul cancro di Lione del 1997[13].

Nell'aprile 2008, il giudice per le indagini preliminari rigettava la richiesta di archiviazione ed ordinava il deposito dei documenti relativi al ricovero della ricorrente e delle ricerche realizzate dall'AIL di Taranto. Inoltre, domandava una perizia ematologica al fine di stabilire i rapporti tra la patologia e l'inquinamento prodotto dall'ILVA[14]. Il successivo maggio venivano nominati due esperti, un medico legale ed un ematologo, che depositavano la loro perizia evidenziando che l'origine della leucemia mieloide acuta era sconosciuta, potendo sorgere in tutte le età ed in tutti gli ambienti, in Italia, come nel resto del mondo, senza distinzione di sesso. Sebbene nel mondo scientifico emergevano sospetti sul fatto che le sostanze inquinanti esaminate potevano provocare la malattia, queste informazioni, ad avviso degli esperti, non erano scientificamente provate[15]. Inoltre, sulla base del rapporto regionale concernente lo stato di salute della popolazione (edizione 2006) e del rapporto pubblicato dal gruppo di lavoro dell'Osservatorio epidemiologico della Regione Puglia sulle cause di decesso tra gli anni 2000-2005, non si registrava, secondo i consulenti, un'incidenza maggiore della leucemia nella regione di Taranto rispetto ad altre regioni italiane in riferimento a persone di sesso ed età corrispondente a quella della ricorrente. Dunque, i consulenti escludevano che le emissioni inquinanti dell'ILVA potessero essere causa della leucemia sulla base dei dati scientifici disponibili. Il pubblico ministero richiedeva nuovamente l'archiviazione del procedimento penale, ma la ricorrente presentava opposizione e chiedeva di nominare un perito ematologo, l'audizione di

[10] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, cit., § 8.
[11] *Ivi*, § 10.
[12] *Ivi*, § 11.
[13] *Ivi*, § 13.
[14] *Ivi*, § 14.
[15] *Ivi*, § 16.

testimoni citati nella precedente opposizione e la verifica della presenza di diossina nel sangue di due gruppi di persone, uno affetto da leucemia mieloide ed un altro sano, per confrontarne i risultati[16]. In data 19 gennaio 2009, il giudice per le indagini preliminari archiviava il procedimento penale in quanto considerava superflua l'acquisizione di altri elementi di prova[17].

La ricorrente proponeva tuttavia ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dell'art. 2 CEDU in quanto considerava provato il nesso di causalità tra le emissioni nocive dell'ILVA e lo sviluppo del cancro. Non si doleva tuttavia del fatto che lo Stato aveva omesso di adottare misure legali o amministrative per prevenire la violazione del diritto alla vita[18], ma della sola circostanza che le autorità giudiziarie avevano erroneamente omesso di constatare l'esistenza di un nesso di causalità tra le emissioni inquinanti dell'ILVA e la leucemia mieloide acuta da cui era scaturita (dapprima) la malattia (e poi la morte) della ricorrente con conseguente archiviazione del procedimento in violazione dell'obbligo procedurale basato sul diritto alla vita.

3. Obblighi di tutela penale ed esaurimento delle vie di ricorso interne: la causalità tra «sussidiarietà penale» e «sussidiarietà convenzionale».

Enucleate le doglianze di parte, bisogna passare ad esaminare preliminarmente l'eccezione statale sul mancato esaurimento delle vie di ricorso interne. A tal riguardo, deve darsi anzitutto atto che le questioni attinenti all'integrazione di tale presupposto non sono oggetto di attenzione in prospettiva penale, essendo relegate tra gli aspetti di rito perlopiù di interesse degli studiosi del diritto internazionale[19]. La decisione *Smaltini* offre tuttavia l'occasione per confutare tale punto di vista ed approfondire il tema della causalità civile e penale[20] alla luce di una duplice declinazione del concetto di sussidiarietà, convenzionale e penale.

In pratica, chiamato ad esporre le proprie osservazioni, il Governo italiano – evocando una interpretazione ampia del principio di sussidiarietà convenzionale contemplato nell'art. 35 § 1 CEDU[21] – ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso poiché la ricorrente, dopo che il procedimento penale è stato archiviato in assenza della prova del nesso causale tra la condotta e l'evento lesivo, non ha esercitato l'azione di risarcimento del danno prevista nell'ordinamento interno[22].

Prima di portare alla luce la risposta della Corte di Strasburgo sul caso concreto, deve premettersi che, in genere, la giurisprudenza europea ammette un margine di apprezzamento degli Stati nella scelta del tipo di tutela da accordare al diritto alla vita[23], ma in date ipotesi ravvisa vincoli positivi di criminalizzazione[24] in presenza dei quali il ricorso viene ritenuto ammissibile indipendentemente dal fatto che la vittima, dopo che il procedimento penale è stato archiviato o si è concluso con una decisione di proscioglimento, possa ancora ottenere il risarcimento del danno in sede civile[25]. Non rileva che dall'azione autonoma civile possano derivare più elevate probabilità di successo in virtù dell'applicazione della differente regola del «*più probabile che non*» in luogo di quella dell'«*oltre ogni ragionevole dubbio*», giacché – indipen-

[16] *Ivi*, § 16.
[17] *Ivi*, § 21.
[18] *Ivi*, §§ 40-50.
[19] Cfr. G. Raimondi, *Reflections on the rule of prior exhaustion of domestic remedies in the jurisprudence of the european court of human rights*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 20.1, 2010, pp. 161 ss.; V. Zagrebelsky, *Sussidiarietà e vie interne da esaurire: a proposito dell'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L.S. Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standard internazionali*, Napoli, 2011, pp. 313 ss.; G. Barbagallo, G. Raimondi, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali*, in *Cons. Stato*, 2002, II, pp. 1891 ss.; B. Conforti, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti um*ani, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, pp. 42 ss. Com'è noto, i recenti Protocolli aggiuntivi alla CEDU incideranno sul principio di sussidiarietà: si v. G. Ubertis, *Diritti fondamentali e dialogo tra le corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, pp. 1723 ss.
[20] Recentemente, in prospettiva civilistica, F. Mauceri, *Al di là di ogni ragionevole dubbio o più probabile che non: note minime sul nesso causale nella responsabilità civile*, in *Jus Civile*, 2015.
[21] Oltre agli Autori già citati, C. Pitea, *Sub art. 35*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 655 ss.
[22] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, cit., § 46.
[23] Anche nel contesto delle attività pericolose v. Corte eur. dir. uomo, *Murillo Saldias e altri c. Spagna*, ric. n. 76973/01, 28 novembre 2006.
[24] V. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 53.
[25] Cfr. F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 255.

dentemente dalle maggiori opportunità aperte dal ricorso allo strumento giuridico civile[26] – «la effettiva punizione dei responsabili in sede penale è di fatto considerata dalla Corte europea come l'unico ristoro adeguato (eventualmente accanto ad altri rimedi, di ordine risarcitorio o disciplinare) che lo Stato deve necessariamente assicurare alla vittima di violazioni dei diritti fondamentali di particolare gravità per risultare in linea con i propri obblighi convenzionali»[27].

Tale "diritto vivente europeo" non solo attutisce la portata della sussidiarietà convenzionale, incidendo sui rapporti di complementarietà Stato/Corte europea, ma è la spia della proliferazione degli obblighi di tutela penale in una logica diametralmente opposta a quella minima accolta nel diritto interno[28]. Difatti, la Corte tende ad interpretare – nel rito – il requisito della sussidiarietà convenzionale in favore del ricorrente[29], anche quando questo può ottenere la soddisfazione della propria pretesa nel procedimento civile[30], terminando poi – nel merito – per delimitare il margine di apprezzamento dello Stato nelle scelte politico-criminali mediante l'imposizione di obblighi di tutela penale.

Se questi sono i principi generalmente affermati ed applicati dai giudici europei[31], e gli stessi meriterebbero maggiore attenzione in prospettiva penalistica[32], nel caso di specie intanto si è deciso di non «esaminare l'eccezione di non esaurimento delle vie di ricorso interne sollevate dal Governo» in quanto il ricorso in Corte europea è stato considerato del tutto irricevibile ai sensi dell'art. 35 §§ 2 e 3 CEDU[33], altrimenti potendosi profilare una risposta negativa alla questione, con successivo passaggio all'esame del merito della doglianza.

4. L'accertamento della violazione del diritto alla vita «nel contesto delle attività industriali, che per loro natura sono pericolose»: le emissioni industriali inquinanti dell'ILVA di Taranto e la leucemia mieloide acuta.

Superata la questione di rito, la Corte di Strasburgo ha ribadito, anzitutto, i principi generali destinati ad orientare l'accertamento della violazione del diritto alla vita nello specifico «contesto delle attività industriali», e ciò in quanto la ricorrente ha sostenuto di aver sviluppato la leucemia mieloide acuta a seguito dell'esposizione alle emissioni industriali dell'ILVA di Taranto[34].

In base ad un costante insegnamento europeo, ripreso nella motivazione della decisione in commento, la tutela del diritto contemplato nell'art. 2 CEDU non deve riferirsi solamente ai casi in cui hanno luogo morti causate dall'uso di una forza ingiustificata da parte delle autorità pubbliche[35], ma anche nel contesto di qualsiasi attività pubblica o privata incidente sulla tutela del diritto alla vita convenzionalmente garantito «e *a fortiori* nel caso delle attività industriali,

[26] Si v. F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 277.
[27] F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., p. 255.
[28] Nella dimensione costituzionale interna D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, pp. 484 ss.; G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale - vol. I: Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità - Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, pp. 496 ss.
[29] Sull'interpretazione estensiva del requisito del previo esaurimento dei rimedi interni in favore del ricorrente, *Budayeva e altri c. Russia*, ric. nn. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, 20 marzo 2008, § 110.
[30] Sull'approccio vittimo-centrico nella giurisprudenza europea dei diritti umani, con conseguenti riflessi sul piano politico-criminale v. V. Valentini, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, pp. 33 ss., a cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti dottrinali.
[31] Il panorama casistico è molto variegato. Rimanendo nel contesto delle attività pericolose, è interessante, ad esempio, la statuizione con cui la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto esauriti i rimedi interni ammettendo la ricevibilità del ricorso quando la vittima ha intentato la sola azione civile ritenendo il disastro naturale «con ogni probabilità» causato «da una combinazione di omissioni di un certo numero di funzionari» la cui responsabilità «non raggiunge la soglia di gravità richiesta per attivare un procedimento penale». Così, Corte eur. dir. uomo, *Budayeva e altri c. Russia* (sent.), ric. nn. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, 20 marzo 2008, § 112.
[32] La riflessione sui rapporti tra sussidiarietà comunitaria e sussidiarietà penale è invece estremamente avanzata: in argomento M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1-2, pp. 141 ss.
[33] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, cit., § 55.
[34] *Ivi*, § 53.
[35] Per approfondimenti sul punto F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., pp. 248 ss., a cui si rinvia per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Inoltre, si v. A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, in *questa Rivista*, 1, 2011, pp. 197 ss.

che per loro natura sono pericolose»[36]. Sulla base del consueto approccio pragmatico, la Corte di Strasburgo ha ritenuto ascrivibile al *paradigma convenzionale delle attività pericolose* – e delle situazioni ad esse assimilate – casi, ad esempio, di incidenti ferroviari[37], cattiva gestione dei rifiuti[38], pregressa esposizione professionale ad amianto[39], test nucleari[40] ed emissioni industriali[41], nonché disastri naturali[42], e a tal fine si è servita di criteri diversi, per cui, ad esempio, mentre ha fatto ricorso a determinate fonti internazionali per qualificare le operazioni di recupero e smaltimento di rifiuti come attività pericolose[43], in altre ipotesi ha ritenuto date attività tali senza sforzarsi di dimostrarlo sul piano argomentativo. Dunque, il catalogo delle attività pericolose è provvisorio ed aperto, destinato ad ampliarsi man mano che nuove vicende del tipo *Smaltini* saranno portate sul banco dei giudici dei diritti umani.

La rilevanza di tale paradigma si ricollega al fatto che attorno ad esso *gravita una teoria generale degli obblighi positivi* di tutela del diritto alla vita compiutamente sviluppata nel caso *Öneryıldız c. Turchia* in cui la Grande Camera della Corte europea ha distinto – in linea con la tradizionale tassonomia degli obblighi di tutela fondata sull'art. 2 CEDU – tra obblighi di prevenzione delle violazioni del diritto alla vita come risultato delle attività pericolose (c.d. *aspetto sostanziale del diritto alla vita*) ed obblighi di risposte giudiziarie effettive alle violazioni del diritto alla vita conseguenti alle attività pericolose (c.d. *aspetto procedurale del diritto alla vita*) [44]. Traducendo in termini sintetici tali vincoli convenzionali, ciascuno Stato contraente deve, insomma, predisporre e mettere in atto un quadro legislativo e amministrativo diretto a costituire un «efficace deterrente contro le minacce per il diritto alla vita» ed attivare indagini penali per accertare le cause ed individuare i responsabili dei decessi nel contesto delle attività pericolose[45].

4.1. *La prevenzione delle violazioni del diritto alla vita come risultato delle attività pericolose: la declinazione degli obblighi sostanziali ed il difetto di richiesta nel ricorso alla Corte europea.*

Passando ad esaminare nello specifico i contenuti degli obblighi, le pubbliche autorità, sotto il versante sostanziale, devono anzitutto prevenire le violazioni del diritto alla vita nel contesto delle attività pericolose mettendo in atto «un quadro legislativo e amministrativo progettato per fornire un deterrente efficace contro le minacce» allo stesso[46]. In particolare, la protezione di tale diritto deve avvenire mediante l'adempimento di una serie di doveri da

[36] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., § 71; Corte eur. dir. uomo, *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit., § 158; Corte eur. dir. uomo, *Brincat e altri c. Malta,* cit., § 80. In dottrina, sul concetto si è soffermato D. Xenos, *Asserting the Right to Life*, cit., pp. 231 ss. Inoltre, sugli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita a fronte di situazioni pericolose diversamente declinabili nella giurisprudenza di Strasburgo A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, cit., pp. 208 ss.
[37] Corte eur. dir. uomo, *Kalender c. Turchia*, ric. n. 4314/02, 15 dicembre 2009, § 43.
[38] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., §§ 71 ss.
[39] Corte eur. dir. uomo, *Brincat e altri c. Malta*, cit., §§ 80-81.
[40] Corte eur. dir. uomo, *L.C.B. c. Regno Unito*, ric. n. 23413/94, 9 giugno 1998.
[41] Nella giurisprudenza di Strasburgo, sulle violazioni dell'art. 8 CEDU in materia ambientale: Corte eur. dir. uomo, *López Ostra c. Spagna*, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Fadeyeva c. Russia*, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Taskin e altri c. Turchia*, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Tătar c. Romania*, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Giacomelli c. Italia*, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Dubetska e altri c. Ucraina*, cit.; Corte eur. dir. uomo *Di Sarno e altri c. Italia*, ric. n. 30765/08, 12 gennaio 2012. Sugli artt. 2 e 8 CEDU: A. Sironi, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Tra diritto al rispetto della vita privata e diritto alla vita*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 5, pp. 5 ss.; V. Esposito, *Danno ambientale e diritti umani*, in *Dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012.
[42] In tema di disastri naturali Corte eur. dir. uomo, *Budayeva e altri c. Russia*, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Murillo Saldias e altri c. Spagna*, ric. n. 76973/01, 28 novembre 2006.
[43] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., §§ 59-60.
[44] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., ha accertato la violazione del diritto alla vita – e per effetto condannato lo Stato turco – in relazione ad un caso in cui i residenti di un complesso rudimentale costruito su una discarica sotto il controllo e la responsabilità delle autorità sono deceduti a causa dell'esplosione di gas generati dalla decomposizione dei rifiuti: le autorità pubbliche – pur conoscendo all'epoca dei fatti i rischi – non hanno adottato le misure di prevenzione imposte dall'art. 2 CEDU. È stata peraltro accertata la violazione del diritto alla vita, nel *volet procédural*, in quanto non si è ottemperato all'obbligo di una risposta giudiziaria adeguata dopo che il fatto si è verificato. Cfr. D. Xenos, *Asserting the Right to Life*, cit., pp. 231 ss.
[45] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., §§ 89 e 91 ss. Tale decisione è stata individuata come riferimento da J. W. Ouwerkerk, *Criminalisation as a Last Resort: A National Principles under the Pressure of Europeanisation*, in *New J. Eur. Crim. L.*, 3, 2012, p. 237, per interrogarsi più a fondo sui rapporti tra il principio di sussidiarietà e gli obblighi di incriminazione di fonte europea. Per approfondimenti sui rapporti tra gli obblighi convenzionali di tutela penale e i criteri di legittimazione del diritto penale (sussidiarietà, offensività ed *extrema ratio*): S. Manacorda, *«Dovere di punire»?*, cit., pp. 144 ss.
[46] *Ivi*, § 89.

parte dello Stato[47], e cioè mediante: *(i)* la regolamentazione della concessione di licenze, l'istituzione, il funzionamento, la messa in sicurezza ed il controllo delle attività industriali in cui vanno prese in considerazione le peculiarità dell'attività ed il livello di rischio potenziale causato dalle stesse per la vita; *(ii)* l'adozione di misure concrete per garantire l'effettiva tutela dei soggetti la cui vita potrebbe essere messa in pericolo dai rischi insiti nello svolgimento delle attività industriali. Peraltro, in settori tecnici complessi, lo Stato dispone di un ampio margine di apprezzamento nell'individuazione delle misure pratiche da adottare e ad esso non possono richiedersi oneri impossibili o sproporzionati[48]; *(iii)* la previsione di appropriate procedure per identificare in tempi rapidi le responsabilità nei processi e gli errori commessi; *(iv)* la necessità di garantire il diritto di informazione del pubblico sui rischi per la propria salute scaturenti dalle attività industriali.

Peraltro, posto che gli obblighi di protezione convenzionale del diritto alla vita (art. 2 CEDU) tendono «largamente a sovrapporsi» con quelli scaturenti dal diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), la Corte di Strasburgo ha esteso ed anticipato la tutela convenzionale ai casi in cui l'inquinamento industriale pregiudichi gravemente il diritto al godimento di un ambiente sano e, quindi, incidi sulla vita privata e familiare delle persone, ma non comporti il decesso o un grave pericolo per la vita delle persone[49].

Nonostante in sede europea possono essere accertate violazioni del diritto alla vita sotto il profilo sostanziale, nel caso di specie la Corte di Strasburgo si è pronunciata solamente sulla prospettata violazione procedurale, e questo perché la ricorrente non ha contestato l'omessa predisposizione e messa in atto da parte delle autorità pubbliche di misure preventive dirette a proteggere il diritto alla vita[50]. Si tratta perciò di una questione irrisolta, rimasta inevasa, su cui non vi è stata pronuncia solo per difetto di richiesta, e ciò nonostante l'intervento *ad adiuvandum* dell'Unione forense per la tutela dei diritti umani che – dopo aver rammentato gli obblighi positivi nell'ambito delle attività pericolose – ha posto «l'accento sugli sforzi che gli Stati membri dovrebbero fare per mantenere il giusto equilibrio tra il controllo della salute e dell'ambiente da un lato e la crescita economica dall'altro»[51].

Indipendentemente dallo specifico esito della decisione, rimasta – secondo parte della dottrina – «rigidamente all'interno del perimetro definito dalla doglianza»[52], nella complessa vicenda dell'ILVA di Taranto vengono in rilievo tanto questioni di giustizia penale quanto «problemi di gestione attuale di situazioni complesse, nelle quali sono in gioco una pluralità di interessi (produzione industriale, occupazione, tutela della salute) non facilmente componibili, tutti meritevoli di considerazione»[53], ed entrambi sono suscettibili di essere portati all'attenzione della Corte europea laddove causano la violazione di un diritto fondamentale[54]: particolare rilievo pare assumere, oltre al diritto alla vita – sul versante sostanziale (art. 2 CEDU), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)[55]. Muovendo da questo caso, d'altra parte, la riflessione può estendersi ad una costellazione di vicende ulteriori verificatesi nel nostro paese in relazione alle quali le scelte statali non sembrano propriamente in linea con gli obblighi convenzionali[56] e possono, quindi, dar luogo a condanne.

[47] *Ivi*, §§ 89 ss.

[48] Sull'onere dello Stato nella gestione delle emergenze che vanno al di là del controllo umano, rispetto alla sfera delle attività pericolose che rientrano nel dominio dell'uomo v. Corte eur. dir. uomo, *Budayeva e altri c. Russia*, cit., §§ 134-135. La Corte di Strasburgo per verificare se è stato rispettato l'obbligo positivo di tutela del diritto alla vita tiene in considerazione tutte le particolari circostanze del caso concreto: legittimità di dati atti, omissioni delle autorità, processi decisionali interni, indagini e studi, complessità della questione e degli interessi coinvolti.

[49] Sui rapporti tra gli artt. 2 e 8 CEDU e sulle relative implicazioni in ordine all'ammissibilità del ricorso e all'accoglimento nel merito delle doglianze nel contesto delle attività pericolose v. Corte eur. dir. uomo, *Brincat e altri c. Malta,* cit., §§ 84-85; 108.

[50] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, cit., § 50.

[51] *Ivi*, § 48.

[52] M. Alagna, *Smaltini c. Italia: irricevibilità del ricorso o rigidità del giudice?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, pp. 562 ss.

[53] D. Pulitanò, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., p. 44.

[54] Cfr. V. Esposito, *Danno ambientale e diritti umani*, cit., pp. 10 ss.

[55] La questione della violazione dei diritti fondamentali – artt. 2, 8 e 13 CEDU – in relazione al caso ILVA è stata difatti riproposta nuovamente nel caso *Cordella e altri c. Italia*, ric. nn. 54414/13 e 54264/15, attualmente dinanzi alla Corte europea dei diritti umani.

[56] In merito, V. Esposito, *Danno ambientale e diritti umani*, cit., pp. 1 ss. Il tema presenta profili di estrema complessità in quanto vengono in gioco offese non statuali ed illeciti colposi: in argomento S. Manacorda, *«Dovere di punire»?*, cit., pp. 133 ss. Tuttavia, le autorità pubbliche hanno il dovere di garantire il diritto alla vita nel contesto delle attività pericolose esercitate tanto da autorità pubbliche che da società private: si v., *Manual on Human Rights and the Environment*, Council of Europe, 2012, pp. 34 ss.

4.2. *La risposta alle violazioni del diritto alla vita come risultato delle attività pericolose: la declinazione degli obblighi procedurali e l'esigenza di un'inchiesta effettiva.*

A ciascuno Stato contraente fanno capo anche degli obblighi procedimentali che si sostanziano nella necessità di assicurare, alla luce della giurisprudenza europea dei diritti umani, risposte adeguate alle violazioni avvenute nel contesto dell'esercizio di date attività pericolose, e ciò affinché il quadro legislativo a protezione del diritto alla vita sia implementato ed «ogni violazione di tale diritto sia repressa e punita»[57]. Qualora, tuttavia, la violazione non sia intenzionale, l'obbligo di predisporre un «effettivo sistema giudiziario» può essere soddisfatto con rimedi civili, amministrativi e disciplinari[58].

L'indagine successiva alla violazione del diritto fondamentale in questione, oltre ad essere ufficiale, indipendente ed imparziale, deve soddisfare uno standard minimo di effettività ed «*assicurare l'applicazione delle pene laddove la vita è stata persa come conseguenza di un'attività pericolosa se e nella misura in cui risulta giustificato dai risultati delle indagini*»[59]. A tal fine, le autorità competenti devono agire con esemplare diligenza, tempestività e d'ufficio e la finalità dell'indagine deve essere duplice, ossia accertare le circostanze nelle quali l'incidente si è prodotto ed identificare i funzionari dello Stato o le autorità implicate a qualunque titolo nella catena degli eventi alla base della violazione del diritto alla vita[60]. Peraltro, l'intero processo deve assicurare il soddisfacimento degli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita mediante «legge»[61].

Proprio questa seconda categoria di obblighi – che pare assumere prevalente rilievo in prospettiva penalistica e di cui è complesso tracciare la distinzione rispetto agli obblighi di incriminazione[62] – viene in rilievo nel caso *Smaltini*: la Corte europea dei diritti umani, a fronte dell'archiviazione del procedimento penale per mancata prova del nesso causale, è stata chiamata a «*verificare se ed in che misura sia stata scrupolosamente esaminata la richiesta del ricorrente circa l'esistenza di un sistema giudiziario in grado di dar luogo alla prevenzione delle violazioni al diritto alla vita*»[63].

5. La Corte europea di fronte alle controversie tecnico-scientifiche.

Nel pronunciarsi sulla prospettata violazione del diritto alla vita nel contesto dell'attività industriale, la Corte di Strasburgo si è ritrovata dinanzi ad una controversia tecnico-scientifica. In questo caso la domanda a cui è stata chiamata a dare risposta è se le autorità giudiziarie italiane, nell'archiviare il procedimento penale per difetto di prova del nesso eziologico, abbiano adeguatamente motivato la loro decisione di non acquisire nuovi elementi probatori oppure – disponendo in realtà di «elementi sufficienti» per ritenere provato il «nesso causale» – si siano rese responsabili della violazione dell'obbligo europeo. Prima tuttavia di mettere a fuoco il tema in chiave procedurale, sia consentito, in termini più ampi rispetto a quanto emerge dalla decisione in commento, uno spunto di riflessione sul dovere di conoscenza dello Stato in ordine ai possibili effetti sulla salute dell'uomo dell'inquinamento prodotto dalle attività industriali e al conseguente dovere di prevenire le violazioni del diritto alla vita.

[57] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., § 91.
[58] *Ivi*, § 92. Tuttavia, qualora la Corte europea dei diritti umani prevede la possibilità di introdurre anche solo sanzioni disciplinari a protezione di un diritto fondamentale, non vi è dubbio che si assiste alla genesi di obblighi di tutela dei diritti fondamentali mediante ricorso al "diritto punitivo".
[59] *Ivi*, § 94.
[60] *Ibidem*.
[61] *Ivi*, § 95.
[62] S. Manacorda, «*Dovere di punire*»*?*, cit., pp. 123 ss., sottolinea che, secondo parte della dottrina, l'obbligo di incriminazione apparterrebbe alla categoria dei c.d. obblighi procedurali. La linea di frontiera risulta essere in talune decisioni effettivamente incerta.
[63] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, cit., § 54. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., § 93.

5.1. *Il dovere di sapere scientifico e di intervento preventivo dello Stato a tutela del diritto alla vita: il caso dell'esposizione professionale ad amianto e del conseguente decesso per mesotelioma pleurico.*

Uno Stato può essere dichiarato responsabile per violazione del diritto alla vita sotto il profilo sostanziale quando, pur conoscendo o avendo potuto conoscere sulla base degli studi scientifici a disposizione il pericolo per l'uomo prodotto da emissioni nocive connesse ad attività pericolose, non ha predisposto misure preventive?

Elementi significativi di risposta alla domanda in questione possono essere tratti dalla recente decisione sul caso *Brincat e altri c. Malta* in cui la Corte europea ha accertato la violazione del diritto alla vita in relazione ad un decesso di un lavoratore conseguente alla sua pregressa esposizione professionale ad amianto[64]. I passaggi su cui si regge la pronuncia di condanna possono essere divisi in due parti. Nel primo passaggio, la Corte europea ha chiarito che la morte del lavoratore è conseguita all'esposizione ad amianto, e ciò in ragione delle seguenti ragioni: *a)* non è emersa alcuna contestazione del fatto che il soggetto deceduto abbia lavorato oltre un decennio (1959-1974) in una compagnia navale (pubblica) in cui è stato esposto più volte all'amianto; *b)* il decesso del lavoratore è una conseguenza accertata di un mesotelioma maligno «*conosciuto come un raro cancro associato all'esposizione all'asbesto*»[65]; *c)* la sua malattia non è stata influenzata da altri fattori. Premessa, dunque, l'esistenza del nesso tra l'esposizione e la morte del lavoratore, la Corte europea si è domandata, nel secondo passaggio argomentativo, se, a partire dall'entrata in vigore della Convenzione per lo Stato maltese (dal 1967), «*il Governo conosceva o avrebbe dovuto conoscere i pericoli derivanti dall'esposizione ad amianto durante il periodo in questione*»[66] e, nel rispondere al quesito, ha sostenuto che le autorità governative maltesi, già durante i primi anni Settanta[67] – periodo in cui il lavoratore terminava la propria attività, avrebbero dovuto sapere dei pericoli alla vita connessi all'esposizione ad amianto ed attivare di conseguenza le misure preventive necessarie, cosa che è avvenuta in termini inefficaci nel corso degli anni Ottanta ed adeguatamente solo ad inizio del nuovo secolo. Dunque, in mancanza di misure concrete idonee a proteggere il diritto alla vita è stata accertata la violazione dell'art. 2 CEDU. Per quanto riguarda gli altri ricorrenti con problemi respiratori legati alla passata esposizione professionale ad amianto è stata ravvisata la violazione dell'art. 8 CEDU sulla base della massima già rievocata secondo cui «nel contesto delle attività pericolose, la portata degli obblighi positivi di cui all'articolo 2 della Convenzione si sovrappone in larga misura con quella di cui all'articolo 8»[68].

Rispondendo alla questione che ci si è posti, lo Stato contraente, alla luce del diritto convenzionale, che postula una stretta interazione tra conoscenze scientifiche ed accertamento delle responsabilità pubbliche per violazione dei diritti umani, ha il dovere di alimentare il proprio sapere scientifico sui rapporti tra le emissioni di date attività industriali rientranti nella propria giurisdizione ed il pregiudizio per la salute e il benessere delle persone e, sulla base delle acquisite conoscenze scientifiche oggettive a disposizione, deve predisporre efficaci misure a protezione del diritto alla vita.

5.2. (segue) *L'incertezza scientifica ed il dovere di informare.*

La necessità di predisporre misure a protezione dei diritti umani non vengono meno, tuttavia, qualora dati soggetti sono esposti a rischi scientificamente incerti. Non potendoci

[64] Corte eur. dir. uomo, *Brincat e altri c. Malta*, cit., 24 luglio 2014.
[65] *Ivi,* § 83 (la traduzione è nostra).
[66] *Ivi*, § 105 (la traduzione è nostra).
[67] *Ivi*, § 106. La Corte di Strasburgo, nel prendere in considerazione le conoscenze scientifiche oggettive («*objective scientific research*»), ha rilevato anzitutto che già dai primi anni '30 le autorità pubbliche maltesi potevano accedere a studi scientifici in lingua inglese che evidenziavano i rischi connessi all'esposizione all'amianto. Inoltre, da una decisione (nel caso *Pellicano*) degli anni '70 è stato desunto un implicito riconoscimento da parte delle autorità interne dei danni alla salute connesse all'asbesto. Infine, la Corte europea non assegna rilievo al fatto che la Convenzione dell'O.I.L. in tema di standard minimi da rispettare nell'uso dell'amianto sia entrata in vigore solamente nel 1986, poiché la tutela del diritto alla vita deve fondarsi sulle conoscenze scientifiche e non dipendere dalla volontà degli Stati eventualmente condizionate – come nella specie – da interessi economici (*ivi*, § 105).
[68] *Ivi,* §§ 85 e 116-117. Nonostante sia stata ravvisata la violazione degli artt. 2 e 8 CEDU, si v. le differenze in concreto tra i diversi ricorrenti.

soffermare in questa sede sul tema, che è estremamente complesso, si preferisce per efficacia dimostrativa richiamare l'emblematica sentenza pronunciata dalla Corte europea sul caso *Tătar c. Romania*[69], in cui i giudici europei – a seguito della decisione di ammissibilità con cui hanno dato luogo alla riqualificazione d'ufficio del parametro convenzionale (dall'art. 2 all'art. 8 CEDU)[70] – hanno accertato la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti in ragione del fatto che le autorità pubbliche non avevano compiuto studi adeguati per valutare e prevenire gli effetti di una attività pericolosa incidente sui propri di diritti fondamentali.

In questo caso, la Corte europea ha analizzato, tra l'altro, la lamentela prospettata da un soggetto che ha denunciato l'aggravamento della propria salute come conseguenza dell'utilizzo da parte di una società a partecipazione pubblica di una tecnologia di lisciviazione del minerale al cianuro di sodio nelle vicinanze della sua abitazione[71]. A tal proposito, i giudici europei, dopo aver premesso che su base scientifica «non è disponibile alcuna informazione relativamente alla dose di cianuro a partire dalla quale vi possa essere un'incidenza sulle malattie respiratorie»[72], hanno ritenuto, al fine di accertare la violazione convenzionale, di potersi avvalere di un «*ragionamento di tipo statistico, dato che le patologie moderne si caratterizzano per la pluralità delle loro cause*»[73], evidenziando, tuttavia, che «*ciò sarebbe possibile in caso di incertezza scientifica accompagnata da elementi statistici sufficienti e convincenti*»[74]. Constatato in riferimento al caso di specie che «l'incertezza scientifica non è accompagnata da elementi statistici sufficienti e convincenti» e, pertanto, *un documento «che attesta un dato accrescimento del numero delle malattie delle vie respiratorie non basta, da solo, a creare una probabilità causale»*, la Corte europea ha concluso che «i ricorrenti non sono riusciti a dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità sufficiente tra l'esposizione a certe dosi di cianuro di sodio e l'aggravamento dell'asma»[75].

Nonostante «*l'assenza di una probabilità causale nel caso di specie, l'esistenza di un "rischio" serio e sostanziale per la salute e per il benessere dei ricorrenti faceva pesare sullo Stato l'obbligo positivo di adottare misure ragionevoli ed adeguate capaci di proteggere i diritti degli interessati al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, più in generale, al godimento di un ambiente sano e protetto*»[76]. Secondo i giudici europei, i ricorrenti, infatti, hanno vissuto «in uno stato di angoscia ed *incertezza* accentuate dalla *passività delle autorità nazionali*, che avevano il *dovere di fornire informazioni sufficienti e dettagliate* in merito alle conseguenze passate, presenti e future dell'incidente ecologico sulla loro salute, sull'ambiente, sulle misure di prevenzione e le raccomandazioni per la difesa della popolazione che sarebbe stata sottoposta ad avvenimenti comparabili nell'avvenire»[77].

La sentenza appena richiamata ci consente di chiarire in poche battute che i soggetti esposti a rischi seri nel contesto di un'attività pericolosa hanno il diritto di ricevere un'adeguata informazione da parte degli organi statali, altrimenti potendosi configurare una responsabilità dinanzi alla Corte di Strasburgo[78].

[69] Corte eur. dir. uomo, *Tătar c. Romania*, ric. n. 67021/01, 27 gennaio 2009, trad. it. Unione forense per la tutela dei diritti umani. Cfr. D. L. Shelton, J. Bederman, *Tatar c. Roumanie: European Court of Human rights decision on protections against environmental harms and on proof of causation and damages: Human rights--environmental harm--precautionary principle--causation--just satisfaction.*, in *AJIL* 104, 2010, pp. 247 ss.
[70] Corte eur. dir. uomo, *Tătar c. Romania*, ric. n. 67021/01, 5 luglio 2007.
[71] *Ivi*, § 102.
[72] *Ivi*, § 104.
[73] *Ivi*, § 105.
[74] *Ivi*, § 106.
[75] *Ibidem*.
[76] *Ivi*, § 107.
[77] *Ivi*, § 120.
[78] Sul concetto di rischio nella giurisprudenza europea: C. Hilson, *Risk and the European Convention on Human Rights: Towards a New Approach*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2008, 11, pp. 353 ss. Sulla logica precauzionale sottesa agli obblighi di informazione a protezione dei diritti fondamentali della Convenzione: M. Pacini, *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 6, pp. 586 ss.

5.3. *L'archiviazione del procedimento penale in mancanza di prova del nesso causale non viola l'art. 2 CEDU sul versante procedurale: «alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti» e «fatti salvi i risultati degli studi scientifici futuri».*

Non resta a questo punto che riflettere sui rapporti tra gli obblighi di tutela procedurale del diritto alla vita e l'accertamento del nesso causale alla luce della decisione *Smaltini*, e questo in linea con la risposta data dalla Corte europea alla doglianza della ricorrente che «*verte sul fatto che le autorità giudiziarie interne avrebbero erroneamente omesso di constatare l'esistenza di un nesso di causalità tra le emissioni inquinanti dello stabilimento dell'Ilva e la malattia che aveva portato al suo decesso, con conseguente archiviazione della causa*»[79].

Pronunciandosi sul punto, la Corte di Strasburgo ha ribadito – in linea di principio – che quando vi è «la morte di una persona in circostanze che possono comportare la responsabilità dello Stato, l'articolo 2 della Convenzione implica per quest'ultimo il dovere di assicurare, con tutti i mezzi di cui dispone, una reazione adeguata – giudiziaria o altra – affinché il quadro legislativo e amministrativo instaurato ai fini della protezione della vita sia effettivamente attuato e affinché, eventualmente, le violazioni del diritto in causa siano represse e sanzionate»[80]. In particolare, «il sistema giudiziario richiesto dall'articolo 2 deve prevedere un meccanismo di inchiesta ufficiale, indipendente e imparziale, che risponda a certi criteri di effettività e di natura tale da assicurare la repressione penale delle offese alla vita provocate da una attività pericolosa, se e nella misura in cui i risultati delle indagini giustifichino tale repressione»[81].

Applicando tali principi al caso di specie, la Corte europea si è domandata se le autorità giudiziarie nazionali «*abbiano debitamente motivato l'archiviazione della causa o se, al contrario, esse disponessero di elementi sufficienti per provare l'esistenza del nesso di causalità tra le emissioni nocive prodotte dall'Ilva e la patologia della ricorrente*»[82]. La Corte ha preso quindi in disamina gli *studi epidemiologici* posti a fondamento dell'archiviazione, rimarcando che gli stessi non hanno provato l'esistenza di un rapporto di causa ad effetto tra le emissioni inquinanti dell'ILVA e l'incidenza della leucemia nella provincia di Taranto e che la vittima non ha prodotto elementi di prova contrari[83]. La ricorrente – secondo la Corte – ha comunque «beneficiato di un *procedimento svoltosi in contraddittorio* nel corso del quale sono state eseguite *indagini supplementari* su sua richiesta al fine di appurare l'esistenza del nesso di causalità, tuttavia senza successo»[84]. Inoltre, il «*rigetto del giudice per le indagini preliminari della istanza della ricorrente volta ad utilizzare altri mezzi di prova [è stato considerato] debitamente motivato*»[85]. In virtù di tali circostanze, «*fatti salvi i risultati degli studi scientifici futuri*», la Corte è giunta a «constatare che la ricorrente non ha provato che alla luce delle *conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti di causa*, l'obbligo imposto al Governo di proteggere la sua vita, ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione, sotto il profilo procedurale sia stato violato»[86].

Dunque, alla luce di tale indirizzo, costituiscono elementi di prova idonei a dar luogo ad archiviazione, senza che questo determini la violazione del diritto alla vita, i risultati delle indagini epidemiologiche che, in mancanza di prove di segno contrario e pur sempre dopo l'esercizio del contraddittorio, impediscono di ravvisare la sussistenza della causalità. Rimane, tuttavia, aperto un dubbio su cosa debba intendersi con la formula «*fatti salvi i risultati degli studi scientifici futuri*». Si prenda, per esempio, un tema dibattuto[87]: un'evidenza epidemiologica da cui si evincano degli incrementi di determinate patologie in una data popolazione di soggetti esposti, a sostegno di imputazioni per omicidio e lesioni personali colpose, consentirebbe di ravvisare una violazione del diritto alla vita in caso di archiviazione del procedimento penale da parte delle autorità giudiziarie? La questione è estremamente complessa da sciogliere e la

[79] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, cit., § 51.
[80] *Ivi*, § 52.
[81] *Ivi*, § 53.
[82] *Ivi*, § 56.
[83] *Ivi*, § 58.
[84] *Ivi*, § 59.
[85] *Ibidem*.
[86] *Ivi*, § 60.
[87] Si v., in argomento, L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., pp. 23 ss.; F. Viganò, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2013.

risposta è molto più articolata di quella che potrebbe affrettatamente immaginarsi, tenuto conto delle specificità della causalità convenzionale, che si differenzia – nonostante i possibili punti di intersezione – dalla causalità penale, e di tutta una serie di nodi da sciogliere che attengono alle responsabilità statali per i danni causati dai privati[88].

6. Dimensione effettuale degli obblighi convenzionali di tutela penale e processualizzazione delle categorie sostanziali.

Al termine della ricostruzione fatta pare opportuno tracciare un breve bilancio sui rapporti tra gli obblighi di tutela penale del diritto alla vita e l'accertamento del nesso di causalità nel contesto delle attività pericolose. In linea con la tradizionale tassonomia degli obblighi di tutela, la Convenzione europea dei diritti umani impone allo Stato la prevenzione delle violazioni del diritto alla vita come risultato delle attività pericolose (*aspetto sostanziale*) e la necessità di dare risposte giudiziarie effettive alle violazioni conseguenti alle attività pericolose (*aspetto procedurale*).

In *prospettiva sostanziale*, si è evidenziato che le autorità statali hanno il dovere di *valutare l'impatto di date attività industriali* sulla salute e sul benessere delle persone e conseguentemente *prevenire le violazioni del diritto alla vita*. A tal riguardo, si è altresì rilevato che lo Stato ha l'obbligo di *informare* le persone rientranti nella propria giurisdizione sui rischi per la salute derivanti da date attività pericolose. In *prospettiva procedurale*, la Corte europea – nel caso *Smaltini* – ha ritenuto adeguatamente motivata la decisione delle autorità giudiziarie di non acquisire nuovi elementi probatori e di archiviare il procedimento penale in assenza di «elementi sufficienti» per ritenere provato il «nesso causale»[89]. Quindi, i risultati delle indagini non hanno giustificato nella specie la repressione penale, con la conseguenza che dall'obbligo di indagine effettiva non può ricavarsi un obbligo di condanna o un diritto di punire facente capo alla vittima. Quest'ultima, infatti, non ha il diritto a che una terza persona sia sottoposta a procedimento penale o sia condannata per un dato reato o, comunque, un obbligo assoluto che i procedimenti penali debbano concludersi con una sentenza di condanna o con una data decisione[90].

Ciò detto, la giurisprudenza europea potrà confermarci in futuro se la causalità, che rappresenta nel diritto interno uno dei settori esemplificativi della dinamica di processualizzazione delle categorie sostanziali[91], possa esprimere parallelamente nel contesto del diritto convenzionale un esempio di categoria interna su cui potranno incidere gli obblighi procedurali di matrice convenzionale[92]: nel frattempo, bisogna prendere atto che la Corte ha ritenuto conforme a convenzione la decisione delle autorità giudiziarie italiane. Nessuna condanna, quindi, per lo Stato: la ricorrente infatti non ha provato la violazione del diritto alla vita, sotto il profilo procedurale, alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti di causa. Fatti salvi, tuttavia, i risultati degli studi scientifici futuri.

[88] Sul tema, tra gli altri, A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, pp. 349 ss.
[89] Corte eur. dir. uomo, *Smaltini c. Italia*, cit., § 56.
[90] Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Öneryildiz c. Turchia*, cit., § 96. D'altra parte, la Corte sottolinea che le offese al diritto alla vita non devono rimanere impunite: il ricorso all'intervento punitivo svolge una funzione di prevenzione generale positiva («*This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law*») e negativa («…*and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts*»).
[91] G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 16.
[92] S. Manacorda, *«Dovere di punire»?*, cit., pp. 123 ss.

La rilevanza penale dell'abuso del diritto

The Criminal Significance of the Abuse of Rights

Marinella Bosi
Dottoranda di Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Macerata

Abuso del diritto, Elusione fiscale

Abuse of Rights, Tax Avoidance

Abstract

La logica dell'abuso del diritto, caratterizzata da un'atipicità apparentemente estranea al diritto penale, viene in realtà in rilievo in più istituti di parte generale e fattispecie incriminatrici. Ci si occupa qui del problema della rilevanza penale (*rectius*, dell'irrilevanza) dell'abuso del diritto tributario, tenendo conto anche dei recenti interventi legislativi del 2015.

The rationale of the abuse of rights shows an atypicality seemingly far from the principles of Italian criminal law; however, it characterizes many general institutions and criminal offences. This article examines the problem of the relevance (*rectius*, irrelevance) of tax abusive practices and tax avoidance, with reference to the legislative interventions of 2015.

Sommario 1. Introduzione. – 2. I concetti di evasione, elusione, abuso del diritto, lecito risparmio di imposta e l'importanza di dare un nome alle cose. – 2.1. La situazione precedente i decreti legislativi n. 128 e n. 158 del 2015. – 2.2. Le modifiche e i chiarimenti dei decreti legislativi n. 128 e n. 158 del 2015. – 3. La situazione successiva ai decreti legislativi n. 128 e 158 del 2015.

1. Introduzione.

Il divieto di abuso del diritto è un principio di matrice civilistica[1] che, pur non essendo oggetto di espressa previsione nell'ordinamento italiano[2] e godendo di alterne fortune in seno alla dottrina e giurisprudenza nazionale[3], ha acquisito una fortissima centralità nell'attuale panorama giurisprudenziale civilistico, dove viene invocato negli ambiti più diversi e disparati dello *ius privatorum*[4].

Secondo la ricostruzione più in auge, costituisce esercizio abusivo del diritto l'esercizio di quest'ultimo con finalità diverse dallo scopo per cui lo stesso è stato attribuito dall'ordinamento, vale a dire la realizzazione di un dato interesse del suo titolare, interesse individuato con riferimento ai principi settoriali o generali, anche di matrice costituzionale, che riguardano il diritto conferito[5].

Oltre che per questo aspetto di sviamento dal fine ordinamentale, l'abuso del diritto si caratterizza anche per il fatto che l'agente, tenendo una condotta solo formalmente rispettosa del dato legislativo, ma contraria ai suoi fini, dà luogo a una sproporzione (non inevitabile) tra i benefici che ottiene e il sacrificio che impone ad altri soggetti o ad altri beni meritevoli di tutela[6].

I tratti caratterizzanti l'istituto possono quindi individuarsi nell'asservimento di posizioni e strumenti giuridici a fini diversi da quelli ordinamentali e nella conseguente produzione di risultati indesiderati per l'ordinamento.

In conseguenza di ciò, la risposta che riceve l'abuso del diritto dall'ordinamento è la perdita delle tutele previste per l'esercizio del diritto soggettivo: il disconoscimento dei vantaggi ottenuti, l'inefficacia della clausola abusiva, il risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c., il diniego

[1] Il divieto di abuso del diritto nasce come creazione dottrinale e giurisprudenziale all'interno del sistema francese a cavallo tra il XIX e il XX secolo, con funzione correttiva dei dogmi napoleonici del formalismo legale e dell'assolutezza dei diritti, sebbene degli antecedenti si possano ritrovare già nel diritto romano e successivamente in quello medievale. Sul punto si rinvia alla lettura di M. Vietti, G. Tasca, *Abuso di diritto e di potere,* Roma, 2012.

[2] A differenza di altri Paesi Europei che conoscono la codificazione del divieto di abuso del diritto (quali Germania, Svizzera, Portogallo, Paesi Bassi, Grecia, Spagna, per le discipline dei quali *in subiecta materia* si rimanda a A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento,* in *Rivista di Diritto Civile*, 2012, p. 300), in Italia naufragò il tentativo di introdurre una norma che sancisse in maniera espressa detto divieto nel corpo del Codice Civile. Rimase lettera morta la proposta avanzata dall'art. 7 del Progetto di Codice, il quale recitava che "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo è stato riconosciuto*". Nondimeno vengono ricondotte al divieto di abuso del diritto plurime disposizioni del Codice Civile del 1942 (artt. 330, 833, 1015, 1059 comma 2, 1175, 1375, 2793 c.c.), nonché discipline extra-codicistiche quali l'abuso di dipendenza economica nella disciplina della sub-fornitura (art. 9 legge n.192/1998) e l'abusività delle clausole nei contratti dei consumatori (artt. 33 ss. d.lgs. 206/2005, c.d. Codice del consumo).

[3] La scienza giuridica si è divisa tra posizioni volte a riconoscere l'esistenza di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano, considerato una valvola modernizzatrice attraverso cui adattare la rigidità del dato legislativo, e posizioni che hanno guardato con estrema diffidenza alla categoria in questione, ritenuta foriera di incertezza e eccessiva discrezionalità giudiziaria. Tra i principali scritti in materia di divieto di abuso del diritto si ricordano V. Scialoja, Aemulatio, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Milano, 1892, oggi in V. Scialoja, *Studi giuridici*, *vol. II, Diritto privato*, Roma, 1932; M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923, p. 105 ss.; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 18 ss.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto* in *Rivista di diritto civile*, 1965, p. 252 ss.; M. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963. Le diverse posizioni dottrinali sono ben riassunte e poste a confronto da G. Cazzetta, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento,* in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari,* Pisa, 2012, p. 51 ss.

[4] Fondamentale il ruolo svolto nel corso degli ultimi anni per il consolidarsi della giurisprudenza sull'abuso del diritto dalla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 15.11.2007, n. 2372 sul c.d. frazionamento del credito, dalle c.d. sentenze di Natale della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili del 23.12.2008, n. 30055, 30056, 30057, le quali hanno affermato il divieto di abuso del diritto in ambito tributario, e ancor più dalla sentenza della Cassazione Civile, Sez. III del 18.09.2009, nota come *caso Renault*, sul recesso *ad nutum*. Di abuso del diritto si discute poi in ambito di comunione e condominio, di mediazione, di rapporti di lavoro, di diritto di famiglia, di *trusts*, di procedure concorsuali, a conferma della crescente centralità della categoria nel sistema civilistico.

[5] M. Vietti, G. Tasca, *Abuso di diritto e di potere*, op. cit., p. 255. Tale ricostruzione si basa sull'idea, propria della c.d. i*nterest theory,* per cui i diritti vengono conferiti ai loro titolari per assicurare protezione a un certo interesse meritevole di tutela, che costituisce la *ratio* della norma attributiva del diritto, in un'ottica di tipo funzionale.

[6] Così G. Pino, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion Pratica*, 2005, p. 166.

della protezione giuridica accordata, sono taluni dei rimedi attraverso i quali, con una logica di tipo funzionale volta ad individuare la migliore soluzione del caso contingente, le condotte abusive vengono neutralizzate[7].

Il divieto di abuso del diritto si rivela quindi una figura duttile nelle mani dell'interprete, che consente a quest'ultimo di incidere sul caso concreto senza necessità di attendere una modifica legislativa della disposizione[8], andando *oltre* il semplice dato normativo, e consentendo di valorizzare, per fondare l'abuso, ora l'elemento oggettivo della sproporzione di interessi, ora quello soggettivo del fine deviato dalla pretesa ordinamentale. L'abuso del diritto diventa insomma uno strumento che ben si presta all'adattamento in via giurisprudenziale del dato legislativo[9], permettendo di adottare soluzioni capaci di valorizzare istanze di giustizia sostanziale rispetto al dato formale del testo normativo.

Così configurato l'istituto, esso appare distante dal diritto penale, materia in cui l'illecito è rigorosamente tipico, per definizione estraneo alla strutturale e innata atipicità del divieto di abuso del diritto[10] e nel quale, per salvaguardare la necessaria prevedibilità delle sanzioni, non è ammesso alcun intervento creativo dell'organo giudicante.

A uno sguardo più attento tuttavia il diritto penale, a ragione o a torto che sia, si rivela tempestato di abusi che, si perdoni il gioco di parole, possono rispondere alla logica dell'abuso del diritto[11] e che ricoprono diverse funzioni all'interno della fattispecie. Basti pensare, solo per citarne alcuni tra i più manifesti, al caso di abuso del diritto con funzione scriminante *ex* art. 51 c.p. e ai suoi rapporti con l'eccesso nelle cause di giustificazione[12], agli abusi che si realizzano in situazione di convergenza di diritti e doveri (come avviene per lo *ius corrigendi*)[13], ai reati di arbitrario esercizio delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.) o all'estorsione realizzata con minaccia di uso di un proprio diritto (art. 629 c.p.)[14], al dibattito intorno al c.d. reato di negazionismo e ai suoi rapporti con il divieto di abuso del diritto rilevante ex art. 17 C.E.D.U.[15].

È cosa nota, d'altra parte, come il problema del possibile rilievo penale dell'abuso del diritto abbia infiammato negli ultimi anni il dibattito in seno alla dottrina e alla giurisprudenza nella materia penaltributaria, interessata in tempi recentissimi dagli interventi legislativi operati dai decreti legislativi n. 128 del 05/08/2015 e n. 158 del 24/09/2015, in parte dedicati proprio a questo problema. È su questo tema dunque che si concentra questa relazione, necessariamente aggiornata rispetto alle giornate del Corso siracusano.

[7] F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013, p. 165 ss.

[8] Così A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 313.

[9] *Ibidem.* L'abuso del diritto viene definito come "uno strumento di auto-osservazione e di auto-correzione del sistema giuridico, di ripensamento del diritto su se stesso ed evoluzione" da C. Fernandes Campilongo, *L'abuso del diritto come strumento di autocorrezione e di evoluzione del sistema giuridico (trad. a cura di Alberto Febbraio)*, in *Sociologia*, 2014, p. 62 ss..

[10] Si segnala come l'abuso del diritto venga qualificato da una corrente dottrinale spagnola come un "illecito atipico". Si veda a riguardo l'opera di M. Atienza, J. R. Manero, *Ilicitos atipicos*, Madrid, 2000, tradotto in italiano in M. Taruffo (a cura di), *M. Atienza, J. R. Manero, Illeciti atipici*, Bologna, 2004, che definisce l'abuso del diritto, la frode alla legge e lo sviamento di potere "illeciti atipici", cioè illeciti che consistono nella violazione di norme di principio anziché di regole.

[11] Ciò emerge ancor più tenendo presente l'ampio novero di posizioni giuridiche soggettive riconducibili al termine "diritto", che non include solamente il diritto soggettivo pieno, ma esprime un concetto più lato di "poteri giuridici" (così A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, op. cit., p. 314), di prerogative private per le quali sia possibile agire sulla sfera, materiale e giuridica, di altri soggetti (P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, op. cit.), le quali possono derivare tanto da regole quanto da principi (G. Pino, *Diritti soggettivi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto*, Torino, 2013, p. 248) e finanche da diritti fondamentali (M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, op. cit., p. 46.

[12] Sull'abuso del diritto scriminante si rinvia, tra gli altri, a A. Lanzi, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983; A. Spena, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008; I. Caraccioli, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 1965. Quali applicazioni giurisprudenziali di abusi di diritto scriminante possono richiamarsi in via esemplificativa, *ex multis*, taluni arresti in materia di diritto di critica e diffamazione (Cass. Pen., Sez. V, 01.10.1997, n. 11399; Cass. Pen., Sez. V, 07.07.1998, n.7990; Cass. Pen., Sez. V, 26.10.2001, n. 38448; Cass. Pen., Sez. V, 03.11.2004, n. 42643; Cass. Pen. Sez. V, 22.07.2004, n. 32085; Cass. Pen., Sez. V, 07.07.2006); in materia di diritto di difesa e calunnia (Cass. Pen., Sez. VI, 16.01.1998, n.1333; Cass. Pen., Sez. VI, 4.03.2003, n. 9929) e di diritto di difesa e favoreggiamento (Cass. Pen., Sez. VI, 04.02.1998, n. 1472).

[13] Sull'abuso dei mezzi di correzione e di disciplina, nella bibliografia sterminata, si rinvia a T. Delogu, *Diritto penale*, in G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, *Commentario al diritto della famiglia*, Padova, 1995, p. 580; G. Pisapia, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, p. 29 ss.; P. Pittaro, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in *Quid Juris,* 1998, p. 1329 ss.; F. Antolisei, *Osservazioni in tema di* ius corrigendi, in F. Antolisei, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 387 ss..

[14] Si veda F. Mucciarelli, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in G. Maisto (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, p. 433 ss.

[15] Si veda, ad esempio, P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, p. 1815 ss.; M. Montanari, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

2. I concetti di evasione, elusione, abuso del diritto, lecito risparmio di imposta e l'importanza di dare un nome alle cose.

Nelle civiltà antiche la possibilità riconosciuta all'Uomo di dare un nome alle cose significava anzitutto capacità di dominio su di esse, e non vi è dubbio che nell'annosa questione della rilevanza penale dell'abuso del diritto proprio l'incapacità di definire e distinguere tra loro i diversi concetti tributari di evasione, elusione, abuso e lecito risparmio di imposta sia stata all'origine della mancata padronanza delle diverse categorie, a sua volta fautrice di scivolamenti giurisprudenziali, indebite sovrapposizioni e finanche mistificazioni del dato normativo[16].

Per discutere della rilevanza penale (o meglio, dell'irrilevanza) dell'abuso del diritto tributario occorre dunque comprendere prima quando esso ricorra, circoscrivendone il campo rispetto alle altre categorie citate e valutando se possono effettivamente esserci delle intersezioni tra l'area coperta dall'abuso del diritto e l'area riguardata dalle norme penali che puniscono comportamenti di evasione.

Può anticiparsi sin da ora che la risposta a questo interrogativo, soprattutto nell'attuale quadro normativo, non può che essere negativa, segnalando tuttavia come, scendendo dal piano astratto dell'interpretazione delle norme a quello concreto della valutazione dei fatti, il problema diventa distinguere le condotte *solo* abusive da quelle potenzialmente evasive poste in violazione di specifiche norme tributarie.

Ad ogni modo, proprio con lo scopo di portare maggiore chiarezza sui rapporti tra le citate figure tributarie, sono stati emanati i decreti legislativi n. 128 del 05/08/2015, recante appunto "*disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*", e n. 158 del 24/09/2015, dedicato alla "*revisione del sistema sanzionatorio*" tributario. Proprio dal nuovo dato legislativo può essere opportuno ripartire per cercare di dar ordine alla materia[17], ma non prima di aver dato conto rapidamente della situazione precedente.

2.1. *La situazione precedente i decreti legislativi n. 128 e n. 158 del 2015.*

Negli ultimi anni l'esigenza che il legislatore si occupasse della materia dell'abuso del diritto tributario era fortemente avvertita non solo ai fini penali, ma anche a quelli extrapenali di regolazione dei rapporti fiscali, e un intervento in tal senso non era più procrastinabile.

Il divieto di abuso del diritto tributario[18], infatti, dopo essere penetrato nell'ordinamento italiano in via giurisprudenziale, su spinta comunitaria[19], aveva avuto uno sviluppo incontenibile e non esente da incertezze, soprattutto per quanto atteneva il problema dei suoi rapporti con la diversa figura della c.d. elusione fiscale[20] e quello dell'individuazione delle conseguenze

[16] La bibliografia sul punto è molto ampia. Per una collazione di contributi si rimanda ad A.A.V.V., *L'abuso del diritto: tra "diritto" e "abuso". Atti preparatori al convegno organizzato dalla Fondazione Uckmar a Macerata il 29-30 giugno 2012*, disponibili all'indirizzo URL www.uckmar.net/circolari/altro/attimacerata.pdf.

[17] Ritengono che il contributo più importante offerto dal d.lgs. 128/2015 sia sul piano dei chiarimenti e delle precisazioni, piuttosto che su quello delle novità normative introdotte A. Carinci, D. Deotto, *D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128. Abuso del diritto ed effettiva utilità della novella:* much ado about nothing? in *Fisco*, 2015, p. 3107.

[18] A seguito del d.lgs. 128/2015, l'abuso del diritto ha oggi una definizione legislativa della quale si darà conto nel prossimo paragrafo. Giova tuttavia ricordare come, già precedentemente all'intervento legislativo citato, l'abuso del diritto tributario ricorresse allorché il contribuente realizzasse operazioni giuridiche le quali, seppur legittime, non fossero sorrette da valide ragioni economiche, non meramente marginali o teoriche, e fossero dunque finalizzate dal solo scopo di ottenere un risparmio di imposta. L'abuso del diritto consisteva (e consiste) in "condotte le quali, pur non contrastando con il dettato legislativo, ne aggirino l'intento, realizzando per tal via un risparmio fiscale". Così G. M. Flick, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?* in *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, p. 465.

[19] L'abuso del diritto riceve consacrazione dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n. 30055, 30056, 30057 del 23.12.2008 (c.d. sentenze di Natale), che seguendo una direzione già segnata dai giudici comunitari in materia di I.V.A. (in particolare, la sentenza CGCE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*), affermano l'esistenza di un generale principio antielusivo. La portata della citata giurisprudenza di legittimità è stata dirompente: individuando le radici del divieto di abuso nei principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione dell'art. 53 Cost., questo può operare anche in ambito di tributi non armonizzati. Per la nozione comunitaria di abuso del diritto si vedano anche la sentenza "Part Service" (CGUE, 21.02.2008, C-425/06) e la sentenza "Olimpicus" (CGUE, 03.09.3009, C-2/08).

[20] L'elusione fiscale può essere definita come la condotta di chi utilizza strumenti giuridici, quali tipi contrattuali o architetture negoziali complesse, operando al solo fine di ottenere vantaggi fiscali. Si veda G. L. Soana, *I reati tributari*, Milano, 2013, p. 475. Come per l'abuso del diritto *ante* riforma, anche per l'elusione fiscale il concetto è descritto in via giurisprudenziale e dottrinale, non essendo presente nell'ordinamento una norma che definisca l'elusione. La principale norma antielusiva, fino al d.lgs. 128/2015, era l'art. 37 bis D.P.R. 600/1973, oggi abrogato, il quale stabiliva che fossero inopponibili all'Amministrazione finanziaria "gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento comunitario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti" (comma1), comportamenti che venivano poi elencati nel successivo comma 3 della norma.

delle condotte abusive.

Quanto alla prima questione, l'opinione dominante riteneva che tra abuso ed elusione ricorresse un rapporto di genere a specie[21], per cui le norme anti-elusive previste dall'art. 37 bis del D.P.R. 600 del 29/09/1973 erano espressione sintomatica dell'esistenza di un divieto generale[22]. Alla categoria dell'abuso del diritto, d'altra parte, si faceva ricorso proprio per contrastare il fenomeno elusivo in modo più ampio di quanto facesse l'art. 37 bis, che si riferiva alle solo imposte dirette e solo alle operazioni in esso elencate[23].

Nonostante il detto rapporto di specialità, il divieto di abuso del diritto aveva presto finito per surclassare il ricorso all'elusione nella prassi. Contrariamente a quanto di solito avviene in un rapporto di genere e specie, il divieto generale veniva spesso applicato in luogo delle disposizioni speciali di elusione, stante le maggiori facilità di contestazione e accertamento che lo caratterizzavano[24].

"Elusione" e "abuso" finivano quindi per essere utilizzati come sinonimi, sulla constatazione dell'identico disvalore che connotava le due categorie[25], sebbene, in verità, l'abuso del diritto fosse il "mezzo" con cui si ottiene il "risultato" dell'elusione fiscale[26].

Tuttavia se la giurisprudenza tributaria utilizzava le due nozioni in modo promiscuo ai fini extrapenali del disconoscimento dei vantaggi fiscali ottenuti mediante le condotte abusive o elusive, al contrario nel settore penale del diritto tributario le strade del generale divieto di abuso del diritto e delle condotte elusive rilevanti ex art. 37 bis D.P.R. 600/1973 prendevano direzioni ben diverse.

La giurisprudenza penale che si è occupata di abuso del diritto prima dell'intervento del legislatore del 2015 ha infatti operato una fortissima valorizzazione della distinzione tra le due categorie[27], affermando la possibile rilevanza penale *sub specie* dei reati fiscali di evasione[28] di cui al d.lgs. 74/2000 delle ipotesi di elusione tipizzate dall'art. 37 bis comma 3 D.P.R. 600/1973, e negando quella del generale divieto di abuso del diritto[29].

In questo senso concludeva infatti la nota sentenza della Cassazione Penale del 2012 pronunciatasi sulla vicenda Dolce & Gabbana[30], in senso conforme anche altri arresti giurisprudenziali, precedenti e successivi[31], che implicitamente o esplicitamente accoglievano tale orientamento.

L'idea di fondo di queste sentenze era dunque quella che i comportamenti elusivi presenti nell'elenco dell'art. 37 bis comma 3 del D.P.R. 600/1973 potessero ricadere nell'ambito applicativo dei reati fiscali previsti dal d.lgs. 74/2000, con particolare riguardo ai delitti dichiarativi previsti dagli artt. 3, 4, 5.

A favore di tale conclusione deponeva in generale l'identità del bene giuridico leso dalle condotte elusive ed evasive (la corretta percezione dei tributi da parte del Fisco), la possibilità di far rientrare l'imposta elusa nella definizione di imposta evasa di cui all'art. 1 lett. f del d.lgs.

[21] F. Mucciarelli, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, op. cit., p. 425. Il carattere speciale dei comportamenti elusivi previsti dall'art. 37 bis d. P. R. 600/1973 derivava dal fatto che detta norma operasse solo per le imposte sui redditi e nei casi delle condotte ivi indicate: così G. M. Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane sul tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014.

[22] Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili 23.12.2008, n. 30055, 30056, 30057.

[23] A. Carinci, D. Deotto, *D. Lgs. 5 agosto 2015, n.128. Abuso del diritto ed effettiva utilità della novella*: much ado about nothing? op. cit., p. 3107 ss..

[24] Il divieto di abuso del diritto non era infatti soggetto ai limiti procedurali dati dai meccanismi di contraddittorio, motivazione e scansione di termini previsti dall'art. 37 bis per le contestazioni dei comportamenti elusivi. Si veda T. Giacometti, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 461; M. Cantillo, *Profili processuali del divieto di abuso del diritto: brevi note sulla rilevabilità d'ufficio*, in *Rassegna tributaria*, 2009, p. 481 ss.; G. Fransoni, *La diversa disciplina procedimentale dell'elusione e dell'abuso del diritto: la Cassazione vede il problema ma non trova la soluzione*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, p. 45 ss. .

[25] M. Basilavecchia, *Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile*, in *GT- Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2008, p. 742.

[26] G. M. Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e* ne bis in idem*: variazioni italiane sul tema europeo*, op.cit..

[27] Almeno in principio, anche se poi le nozioni vengono usate anche in maniera confusa: si veda F. M. Giuliani, *"Quer pasticciaccio" su elusione, abuso ed evasione simulatoria nella giurisprudenza penale tributaria*, in *Rassegna avvocatura dello stato*, 2013, p. 291.

[28] L'evasione consiste nella violazione diretta di norme fiscali, attraverso comportamenti attivi o omissivi espressamente corredati da sanzioni amministrative o penali: così G. Corasaniti, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 325.

[29] Si riporta il principio di diritto affermato dalla sentenza Cass. Pen., Sez. II, 28.02.2012, n. 7739: "nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescinda da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva".

[30] Cass. Pen. Sez. II, 28.02.2012, n. 7739.

[31] Cass. Pen. Sez. III, 18.03.2011, n. 26723; Cass. Pen., Sez. III, 6.03.2013, n. 19100; Cass. Pen., Sez. III, 20.03.2014, n. 1518; Cass. Pen., Sez. IV, 23.01.2015, n. 3307.

74/2000 (oggi modificato) e quindi di far coincidere il dolo di elusione con quello di evasione richiesto in tali reati, l'espressa previsione di una causa di non punibilità per chi avesse fatto ricorso alla procedura di interpello prevista dall'art. 16 del decreto, procedura esperibile anche con finalità antielusive. Con riferimento ai singoli reati del d.lgs. 74/2000, si evidenziava poi, a seconda dei casi concreti, in la possibilità di una condotta elusiva di generare una "dichiarazione fraudolenta" (art. 3), una "dichiarazione infedele" (art. 4), una "omessa dichiarazione" (art. 5).

Come ampiamente rilevato dalla dottrina che se ne è occupata, le criticità riscontrate da tali argomentazioni erano molteplici.

In primo luogo si osservava come la stessa natura sanzionatoria dell'art. 37 bis D.P.R. 600/1973 fosse tutt'altro che pacifica[32], con la conseguenza, da un lato, di ritenere paradossale prevedere una sanzione penale per una condotta di cui è incerta l'esistenza di una sanzione extra-penale, e dall'altro di dover comunque concludere per l'irrilevanza penale, anche ammessa la natura sanzionatoria di tipo amministrativo della norma citata, in forza del principio di specialità dell'art. 9 l. 689/1981 e dell'art. 19 del d.lgs. 74/2000[33].

In secondo luogo si affermava che l'art. 37 bis non potesse essere parametro di comportamento dell'incriminazione delle condotte elusive, per plurime ragioni: mancanza espressa di un divieto, *deficit* di precisione nell'identificazione delle condotte punibili, dubbi sulla ragionevolezza della scelta sottesa alla tipizzazione di solo alcune delle possibili condotte elusive[34], essendo possibile che una concreta di abuso del diritto non tipizzata poteva essere anche più grave e odiosa di una quasi innocua ricadente nell'art. 37 bis.

Infine si evidenziava, in ogni caso, la non sussumibilità di una condotta elusiva nelle fattispecie dei reati tributari del d.lgs. 74/2000. I reati previsti dagli artt. 3, 4, 5 del decreto si fondano infatti, sul momento della dichiarazione, che può avere efficacia ingannatoria, può essere divergente dalla realtà, può mancare del tutto. Nel comportamento elusivo, invece, il dichiarato coincide con il dato reale: il contribuente "agisce alla luce del sole"[35], ha tutto l'interesse a dichiarare e far conoscere i negozi e gli atti adottati nella loro forma e sostanza effettiva, perché solo così può ottenere il risparmio fiscale.

Il disvalore della condotta elusiva, a ben vedere, è a monte della dichiarazione, nella messa in moto e realizzazione del meccanismo elusivo che persegue un risparmio fiscale indebito aggirando le norme tributarie; tuttavia, nella dichiarazione che ne deriva non c'è frode, non c'è infedeltà, non c'è omissione. Non possono esserci quindi i reati del d.lgs. 74/2000.

Apparivano inoltre pericolose le altre argomentazioni utilizzate. La motivazione che faceva leva sull'identità di offesa tra elusione ed evasione lasciava da parte la funzione selettiva del bene giuridico, a favore di una sua originale funzione inclusiva. La valorizzazione della procedura della causa di non punibilità dell'art. 16 del d.lgs. 74/2000 non teneva conto di come la stessa Relazione governativa di accompagnamento del decreto stabilisse che la disposizione in questione "*è unicamente di favore per il contribuente, e non può in alcun modo essere letta, per così dire "a rovescio", ossia come diretta a sancire la rilevanza penalistica delle fattispecie* lato sensu *elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo*"[36]. Infine, la supposta coincidenza tra fine elusivo e fine evasivo, che si basava sull'omogeneità dell'imposta evasa con l'imposta elusa, operava di fatto un'analogia sfavorevole[37].

L'orientamento favorevole alla criminalizzazione delle condotte elusive, seppure limitava l'area del penalmente rilevante alle condotte tipizzate, si rivelava essere una ricostruzione fon-

[32] Per la ricostruzione del dibattito sul punto si confronti F. Gallo, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rassegna Tributaria*, 2001, p. 327 per la tesi favorevole a riconoscere natura sanzionatoria all'art. 37 bis D.P.R. 600/1973, e A. Marcheselli, *Elusione, buona fede e principi del diritto tributario*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p. 414 ss.

[33] F. Consulich, *La scriminante figurata. Il diritto soggettivo come fonte di incriminazione?* in *Rivista trimestrale del diritto penale dell'economia,* 2014, p.15.

[34] P. Veneziani, *Elusione fiscale, "estero vestizione", e dichiarazione infedele*, in *Diritto Penale e Processo*, 2012, p. 868; L. Troyer, A. Ingrassia, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2013, p. 2087; A. Dell'Osso, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, in *Diritto penale e processo*, 2014; A. Perini, *Reati tributari*, in A.A.V.V., *Digesto delle discipline penalistiche (volume di aggiornamento)*, Torino, 2008, p. 447 ss..

[35] T. Giacometti, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, op. cit., p. 454.

[36] *Relazione governativa di accompagnamento al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, par. 4.3*, in *Fisco*, 2002, p. 31.

[37] A tal fine si possono richiamare oggi le parole di Cass. Pen., sent. 43809 del 24.10.2014, dep. 30.10.2015, tornata nuovamente sulla vicenda Dolce & Gabbana, per cui "il dolo di elusione non si identifica, pertanto, con il dolo di evasione, che esprime un disvalore ulteriore tale da selezionare gli illeciti penalmente rilevanti da quelli che non lo sono. In nessun caso le condotte elusive possono avere di per sé penale rilevanza estendendo il fatto tipico oltre i confini tassativamente determinati".

data su norme presenti nell'ordinamento per fini diversi da quelli penali[38], un'interpretazione autoritaria improntata al massimo rigore nei confronti di comportamenti avvertiti nell'attuale momento socio-economico di crisi come intollerabili e meritevoli di repressione[39].

Insomma, la forte (e condivisibile) affermazione di principio sulla irrilevanza penale del generale principio antielusivo ricostruito dalla Cassazione Civile del 2008 si rivelava un vero e proprio *specchietto per le allodole,* che deviava lo sguardo dei meno attenti dall'indebita operazione di sovrapposizione tra elusione ed evasione.

Ad ogni modo, effetto pratico del diffondersi di tale orientamento era la riduzione dello spazio al riparo dal rischio penale nel perseguimento dei vantaggi fiscali.

Pur rimanendo nell'area delle condotte individuate dall'art. 37 bis comma 3 DPR 600/1973, già la possibilità di contestazioni, anche solamente ai fini extrapenali dell'inopponibilità degli atti al Fisco, di comportamenti elusivi poneva non poche incertezze nel distinguere tra vantaggio fiscale indebito e il c.d. lecito risparmio di imposta[40], stante la difficile verificabilità dei criteri quali l'assenza o presenza di valide ragioni economiche.

Aderendo all'orientamento giurisprudenziale riferito, al rischio, in fin dei conti tollerabile in presenza di operazioni *borderline*, di veder disconosciuti i benefici perseguiti, si aggiungeva il rischio di una possibile contestazione di rilevanza penale delle condotte. Il messaggio rivolto al contribuente *prudente* diventava insomma quello di astenersi, nel dubbio, da mettere in campo negozi leciti finalizzati a ottenere vantaggi fiscali, se non nelle ipotesi in cui fosse il legislatore a favorirlo, in quanto occasionalmente coincidente con altri scopi dell'ordinamento[41], e in quelle nelle quali vi fossero altre valide ragioni economiche forti e manifeste alla base delle operazioni effettuate, capaci da dissolvere ogni dubbio e di resistere alle contestazioni di elusioni.

2.2. *Le modifiche e i chiarimenti dei decreti legislativi n. 128 e n. 158 del 2015.*

Il decreto legislativo n. 128 del 05.08.2015, recante "*disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*", anzitutto, inserisce nella legge 27/07/2000 n. 212 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente) un nuovo art. 10 bis dedicato alla "*disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*" (art. 1 comma1 d.lgs. 128/2015).

Con l'intenzione di precisare i contorni di una figura che, come si è detto, era stata finora definita solo in via dottrinale e giurisprudenziale, la nuova normativa individua gli elementi in presenza dei quali può oggi parlarsi di "*abuso del diritto o elusione fiscale*", unificando quindi i due concetti tributari.

Così, il nuovo art. 10 *bis,* recependo le principali indicazioni sul punto, stabilisce che configurano abuso del diritto "*una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*" (art. 10 bis, comma1, l. 212/2000)[42].

Il legislatore chiarisce (o almeno, prova a chiarire) quali siano le "*operazioni prive di sostanza economica*" (art. 10 bis, comma 2 lett. a, l. 212/2000) e i "v*antaggi fiscali indebiti*" (art. 10 bis, comma 2, lett. b, l. 212/2000): in questo senso le prime consistono "*in fatti, atti, contratti, anche tra loro collegati che potrebbero produrre effetti diversi dai soli vantaggi fiscali*", e i secondi nei "*benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*".

Si evidenzia poi come "*non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da*

[38] F. Consulich, *La scriminante figurata*, op. cit., p. 16, osserva "ad abuso del diritto del contribuente si risponderebbe con un abuso del diritto istituzionale impiegando una norma preposta ad operare in fase di controllo del Fisco, per fondare in capo al contribuente obblighi di condotta a contenuto dichiarativo, penalmente sanzionati".

[39] A. Dell'Osso, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*, op. cit..

[40] Per lecito risparmio di imposta si intende la riduzione del carico tributario che il contribuente ottiene adottando scelte consentite dall'ordinamento, un risparmio fiscale conforme quindi tanto alla lettera che alla *ratio* delle disposizioni tributarie, in quanto offerto al contribuente quale alternativa perseguibile. In tal senso si veda F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2006, p. 249.

[41] Quali la promozione di aree disagiate o l'assunzione di giovane manodopera, si veda F. Consulich, *La scriminante figurata,* op. cit., p. 18.

[42] La definizione, che unifica i concetti di abuso del diritto e di elusione fiscale, è in parte diversa da quella finora prevista dalla disposizione antielusiva dell'art. 37 bis D.P.R. 600/1973, (come si dirà a breve, oggi abrogata proprio dal decreto legislativo n.128/2015), accogliendo gli elementi provenienti dalla raccomandazione 2012/772/UE sulla pianificazione fiscale aggressiva, come ricorda F. Donelli, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10-bis dello Statuto del contribuente*, in *Dir. pen. cont.*, 01 ottobre 2015.

valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondano a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente" (art. 10 bis, comma 3, l. 212/2000).

Si fa quindi salva la possibilità di perseguire il c.d. lecito risparmio di imposta, laddove si prevede che r*esta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*" (art. 10 bis, c. 4 l. 212/2000).

L'abuso del diritto tributario viene configurato quindi, coerentemente con l'elaborazione civilistica, un comportamento che utilizza *mezzi leciti,* per ottenere un risultato *indebito,* contrastante con le finalità delle norme fiscali o con i principi del diritto tributario. I mezzi leciti sono le operazioni giuridiche che l'ordinamento consente per "produrre effetti diversi dai soli vantaggi fiscali", l'abuso consiste nel far ricorso a essi privandoli della loro "*sostanza economica*", "s*enza valide ragioni extrafiscali*", e quindi strumentalizzandoli al solo fine di ottenere un beneficio fiscale.

Ciò chiarito, e venendo ai nuovi rapporti tra abuso del diritto ed elusione fiscale, va dato atto di come essi vengano recepiti quali figure equipollenti dall'intervento riformatore del d.lgs. 128/2015.

In tal senso, il nuovo art. 10 bis reca una specifica disciplina che stabilisce le garanzie procedurali di termini, notifiche, contraddittorio e obblighi motivazionali valide per gli accertamenti delle condotte abusive (art. 10 bis, comma 6 ss.).

Il d. lgs. 128/15, quindi, abroga l'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973, riferendo al nuovo art. 10 bis le disposizioni che richiamano quella che era la generale norma antielusiva "*in quanto compatibili*" (art. 1 comma 2 d.lgs. 128/2015).

La modifica legislativa si muove quindi nel senso della confluenza e sovrapponibilità dei concetti tributari di abuso del diritto ed elusione, dettando una nuova disciplina che, essendo contenuta nella legge 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente) è applicabile a tutte le imposte, fatti salvi i tributi doganali del D.P.R. 43/1973, che per espressa previsione legislativa restano esclusi (art. 1 comma 4 d.lgs. 128/2015).

Venendo al tema delle conseguenze delle condotte abusive, si evidenzia come la prima reazione dell'ordinamento al perseguimento dei vantaggi fiscali indebiti è proprio quella che, in una logica di *ripetizione,* stabilisce che nei rapporti tra contribuente e Fisco le operazioni abusive "*non sono opponibili all'Amministrazione Finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusivi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni*" (art. 10 bis comma 1 l. 212/2000).

In altre parole: se sfruttando al solo fine del risparmio di imposta particolari architetture giuridiche il contribuente riesce ad ottenere un vantaggio fiscale indebito, l'operazione messa in campo sarà t*amquam non esset* per l'Amministrazione Finanziaria, che pretenderà comunque il tributo eluso.

Per quanto attiene alle conseguenze in termini sanzionatori, che maggiormente meritano la nostra attenzione, il nuovo art. 10 bis afferma in modo tagliente che i comportamenti abusivi non possono essere oggetto di sanzioni penali tributarie, eventualmente possono esserlo di sanzioni amministrative. Si prevede infatti che "*le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*" (art. 10 bis comma 13 l. 212/2000).

Nella stessa direzione pare andare anche il precedente comma 12 dell'art. 10 bis, per cui "i*n sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie*" (comma 12). Le specifiche violazioni tributarie indicate, oltre a essere quelle delle "*norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzione, detrazioni, crediti di imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario*" (art. 3 d.lgs. 128/2015), sono evidentemente anche le norme penali che puniscono comportamenti di evasione.

Da una prima lettura del dato legislativo citato emerge quindi l'intenzione del legislatore delegato di sottrarre le condotte abusive dall'area del penalmente rilevante, dotandole di uno stato deontico che si differenzia da un lato dalla piena liceità del, per l'appunto, c.d. lecito risparmio di imposta e dall'altro dalla piena illiceità fiscale, amministrativa, penale delle con-

dotte di c.d. evasione[43].

Tale scelta appare confermata dal successivo decreto legislativo n. 158 del 24.09.2015, contenente la "*revisione del sistema sanzionatorio*". In esso il legislatore, all'interno di una più ampia opera di intervento sui reati del d.lgs. 74/2000, si è fatto carico della modifica di quelle disposizioni che potevano alimentare l'interpretazione giurisprudenziale favorevole alla rilevanza penale delle condotte in precedenza previste dall'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973.

In questo senso, infatti, è stata rivista la definizione di "imposta evasa" dell'art. 1 lett. f d.lgs. 74/2000, specificando che non si considera tale "*quella teorica e non effettivamente collegata a una rettifica in diminuzione di perdite dell'esercizio o di perdite pregresse spettanti e utilizzabili*". Sono poi state inserite nuove norme definitorie all'art. 1 lett. g bis), per cui le "*operazioni simulate oggettivamente e soggettivamente*" sono "*operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'art. 10 bis della legge 27 luglio 2000, n. 212*" (vale a dire dalle operazioni che integrano abuso del diritto) e all'art. 1 lettera g ter) per cui "*mezzi fraudolenti*" sono le "c*ondotte artificiose attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà*".

Le due definizioni servono a interpretare le modifiche apportate al reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'art. 3 del d.lgs. 74/2000, fattispecie che si riteneva potesse abbracciare anche le condotte elusive tradottesi in inganno per il Fisco. Nel nuovo reato di "*dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*" la condotta punita è divenuta infatti il compimento di operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero l'avvalersi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei a ostacolare l'accertamento o a indurre in errore l'Amministrazione finanziaria.

Inoltre è stato modificato l'art. 4, sostituendo alla locuzione "*elementi passivi fittizi*" quella di "*elementi passivi inesistenti*", col chiaro intento di sconfessare l'interpretazione che faceva ricadere nel concetto di fittizio tutti gli elementi passivi indeducibili sul piano fiscale e non solo quelli inesistenti *in rerum natura,* fondando così la possibilità di punire le condotte elusive come dichiarazioni infedeli ai sensi dell'art. 4 stesso.

All'art. 4 è stato poi inserito un nuovo comma 1 bis, per il quale "*non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivo o passivi oggettivamente esistente, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza , della non deducibilità di elementi passivi reali*"[44].

3. La situazione successiva ai decreti legislativi n. 128 e 158 del 2015.

Alla luce del nuovo quadro normativo sopra presentato possono avanzarsi alcune prime considerazioni.

Innanzitutto, appare palese e manifesta l'intenzione del legislatore delegato di negare la rilevanza penale delle condotte abusive, cosa espressamente stabilita nel nuovo art. 10 bis comma 13 l. 212/2000 ("l*e operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*") e che risulta in generale dagli interventi apportati dal d.lgs. 158/2015, a partire dall'espressa esclusione delle operazioni "*disciplinate dall'art. 10 bis della legge 27 luglio 2000, n. 212*" dal novero delle operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente punite dall'art. 3 d.lgs. 74/2000.

Nell'attuale quadro normativo, si è notato, i rapporti tra il campo di applicazione dell'abuso del diritto e l'intervento penale sono di mutua esclusione[45].

Ben venga dunque questa scelta del legislatore, e, viene da aggiungere, *ci mancherebbe altro*.

Tenendo a mente che, ai sensi del nuovo art. 10 bis comma 12 l. 212/2000 le operazioni abusive possono configurarsi solo quando non possano contestarsi violazioni di specifiche

[43] "L'abuso del diritto è una figura interstiziale, che si colloca tra il legittimo risparmio di imposta e l'evasione. Queste due figure rappresentano invero i due limiti entro cui si colloca l'abuso: ciò che è lecito ed anche legittimo (il risparmio di imposta) e come tale consentito, da un lato, e ciò che invece è illecito (l'evasione), quindi espressamente vietato, dall'altro". Così A. Carinci, D. Deotto, *D.lgs. 5 agosto 2015, n.128, Abuso del diritto ed effettiva utilità della novella:* much ado about nothing?, op. cit..

[44] Queste e le ulteriori modifiche del decreto legislativo 158/2015 sono riferite in S. Finocchiaro, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Dir. pen. cont.*, 09 ottobre 2015.

[45] F. Donelli, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10-bis dello Statuto del contribuente*, op. cit..

disposizioni tributarie, l'affermazione di principio del legislatore è senz'altro un'ottima e importante presa di posizione, ma in fondo nemmeno la giurisprudenza di legittimità aveva mai osato dire che condotte abusive, non riconducibili a specifiche violazioni, potessero di per sé avere rilievo penale.

A ben vedere la partita non si è mai giocata su questo campo. Il terreno di gioco era piuttosto quello dell'interpretazione degli elementi delle fattispecie dei reati fiscali, allargata al punto di farvi rientrare a forza i comportamenti elusivi (in tal senso, l'equiparazione tra "*elementi passivi fittizi*" ed "*elementi passivi indeducibili*" del reato di dichiarazione infedele era forse l'esempio più eclatante)[46]. A prescindere dalla circostanza che il comportamento abusivo/elusivo fosse presente o meno nell'elenco dell'art. 37 bis D.P.R. 600/1973, aspetto enfatizzato per salvare le apparenze in punto di rispetto del principio di legalità, questo veniva sussunto in una delle fattispecie dei reati fiscali e il suo autore veniva condannato per una violazione di una norma del d.lgs. 74/2000.

In tal senso sono importanti, quindi, gli interventi modificativi dei reati tributari che consentono a tali interpretazioni di non avere più avallo, a partire proprio dalle modifiche che hanno interessato l'art. 4 del d.lgs. 74/2000 (sebbene vada notato che la sostituzione del termine "fittizio" con il termine "inesistente" non ha al pari interessato i reati degli artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000[47]).

Dunque l'importanza della norma introdotta all'art. 10 bis comma 13, soprattutto alla luce del quadro giurisprudenziale che la ha preceduta, sembra essere non tanto quella di negare che una condotta abusiva possa aver di per sé un rilievo penale, quanto quella di *sottrarre* i comportamenti abusivi dalle aree di rilevanza penale nelle quali essi sono stati inopportunamente attirati.

Diventa quindi fondamentale, e questo è il secondo aspetto sul quale si deve puntare l'attenzione, individuare l'esatta portata della qualifica di "abusività" delle condotte in base ai criteri indicati dai primi commi dell'art. 10 bis, poiché se un comportamento, inizialmente apparso portatore di un disvalore penale in quanto volativo di una specifica norma penaltributaria, risulta essere *solo* "abusivo" esso dovrà andare esente da pena, tanto in omaggio al disposto dell'art. 10 comma 13 l. 212/2000[48], quanto soprattutto perché esso non integra il fatto di reato contestato.

In questo senso va anche la prima applicazione della giurisprudenza di legittimità all'indomani del d.lgs. 128/2015 (Cass. Pen., Sez. III, 1.10.2015, n. 40272) che chiarisce espressamente come l'abuso sia una categoria diversa dalla simulazione, dalla falsità, dalla fraudolenza, cioè dalle condotte punite dai reati fiscali del d.lgs. 74/2000, e residuale rispetto a esse[49].

Così, ciò che sembra mettere davvero al riparo dalla rilevanza penale delle condotte abusive è il fatto che l'abuso è un fatto diverso tanto dalla frode[50] quanto dall'infedeltà[51] e dall'omissione dichiarativa.

Anzi, proprio la differenza *in re ipsa* tra le condotte realizzate con mezzi fraudolenti e quelle abusive rende un dato neutro il fatto che non si sia richiamata l'esclusione delle operazioni dell'art. 10 bis l. 212/2000 nella definizione di suddetti mezzi data dal nuovo art. 1 lett. g ter del d.lgs. 74/2000, diversamente da quanto effettuato per la definizione delle operazioni simulate alla lettera g *bis*[52].

D'altra parte, la generale irrilevanza penale affermata dall'art. 10 bis comma 13 l. 212/2000, vale a rigore nel quadro delle leggi penaltributarie già in essere, ma, essendo contenuta in una

[46] Si veda F. Mucciarelli, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, in *Dir. pen. cont.*, 09 ottobre 2015, per cui "al cospetto dei temi dell'abuso del diritto e dell'elusione, il problema consiste (e consisteva *sub specie* elusione/evasione) nel decidere se una condotta integratrice una figura di abuso/elusione sia altresì riportabile a una delle figure di incriminazione contemplate dalla normativa penaltributaria".

[47] S. Finocchiaro, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, op. cit..

[48] F. Mucciarelli, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, op. cit., afferma che "l'art. 10 bis l. 212/ 2000 ridisegna per sottrazione le fattispecie di reato, escludendo dal loro perimetro i comportamenti rientranti nella nozione di abuso del diritto".

[49] V. anche, sui rapporti tra "operazioni simulate" e "operazioni elusive" S. Finocchiaro, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, op. cit..

[50] Si richiami, *mutatis mutandis*, gli insegnamenti della sentenza Cass. Pen., sez. V, n. 4677/14, Impregilo, che chiarisce come la frode esprima una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola, mentre l'abuso consti di un uso distorto del potere.

[51] Sulla irriconducibilità delle condotte elusive all'art. 4 d.lgs. 74/2000 si veda L. Troyer, A. Ingrassia, *La rilevanza penale dell'elusione e il triangolo di Penrose*, op. cit., p. 2087.

[52] Le operazioni simulate, infatti, sono operazioni effettive ed esistenti che, nel diritto civile, mantengono una limitata validità ed efficacia nei rapporti con i terzi, e per questa ragione il chiarimento del legislatore sull'esclusione delle condotte abusive è parso opportuno.

disposizione di rango ordinario, nulla impedisce che una norma futura disponga diversamente.

La norma in questione, quindi, più che come il fondamento dell'irrilevanza penale delle condotte abusive, deve essere considerata come un'occasione per prendere atto della loro irriconducibilità nel novero dei reati tributari, come oggi previsti e descritti.

Se è importante riflettere intorno agli indici dei primi commi dell'art. 10 bis in presenza dei quali si è al cospetto di un abuso, altrettanto importante diventa definire con maggiore chiarezza la portata del comma 12 dell'art. 10 bis[53], laddove parla di "*violazioni di specifiche norme tributarie*" che escludono la configurabilità di operazioni abusive. Tra esse possono infatti rientrare violazioni di specifiche norme poste con finalità elusive, per le quali non vale il salvacondotto di irrilevanza penale garantito dall'art. 10 bis comma 13 alle operazioni abusive.

Benvero, anche alla luce della recentissima giurisprudenza di legittimità, sembra rimanere "*impregiudicata la possibilità di ravvisare illeciti penali – sempre, naturalmente, che ne sussistano i presupposti- nelle operazioni contrastanti con le disposizioni specifiche che perseguano finalità antielusive (ad esempio, negando deduzioni o benefici fiscali, la cui indebita auto-attribuzione da parte del contribuente potrebbe ben integrare taluno dei delitti in dichiarazione). Parimenti rimane salva la possibilità di ritenere, nei congrui casi, che – alla luce delle previsioni della normativa delegata e della possibile formulazione del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (il cui testo è stato riformulato nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri del 22 settembre u.s.) – operazioni qualificate in precedenza dalla giurisprudenza come semplicemente elusive integrino ipotesi di vera e propria evasione.*" (Cass. Pen., sez. III, 01.10.2015, n. 40272). A tal fine la nuova dichiarazione infedele sembrerebbe la fattispecie applicabile qualora resista uno spazio per il rilievo penale dell'elusione fiscale, come sembra aver lasciato intendere la Corte di Cassazione nella pronuncia più volte richiamata (Cass. Pen., Sez. III, 7.10.2015, n.40272).

Altra questione che ci si limita a segnalare è quella della sanzionabilità amministrativa delle condotte abusive o elusive che dir si voglia. In dottrina si è già segnalato come per l'art. 10 comma 13 l. 212/2001, per cui "*resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*", resta ferma una cosa che in verità ferma non è, posto che la sanzionabilità amministrativa dell'elusione fiscale non è questione pacifica, dibattendosi soprattutto sul tema dell'applicabilità all'elusione delle sanzioni amministrative previste per l'evasione dal d.lgs. 471/1997[54].

In ogni caso, apertamente, la già citata pronuncia Cass. Pen., Sez. III, 7.10.2015, n. 40272 afferma che "o*ggi (art. 10 bis, comma 12, della legge 212 del 2000) le contestazioni fondate sull'elusione fiscale e l'abuso del diritto non danno mai luogo a violazioni penali tributarie. Invece possono essere irrogate le sanzioni amministrative, quindi, in linea generale, la sanzione per dichiarazione infedele (…) che prevede una sanzione dal 100% al 200 % della maggiore imposta ex art. 1 comma 2 d.lgs. n. 471/97*"[55], e dunque in questo senso si presume si muoverà la giurisprudenza, rinforzata ora dal dato legislativo.

Non può tacersi tuttavia come la questione meriti ulteriore approfondimento, anche alla luce del modo di accertamento della condotta abusiva.

Va notato infatti come la disciplina dell'onere della prova dettata dall'art. 10 bis comma 9 L. 212/2000, stabilisce che l'Amministrazione finanziaria deve provare la sussistenza degli elementi della condotta abusiva (vale a dire l'aggiramento delle norme tributarie e la presenza di un vantaggio fiscale indebito), mentre il contribuente deve provare la presenza delle ragioni extrafiscali che giustificano l'operazione abusiva, che a quel punto abusiva non è più.

Tale ripartizione dell'onere probatorio tutela il contribuente rispetto alle derive giurisprudenziali per cui poteva essere sufficiente un'allegazione della condotta abusiva da parte del Fisco con un onere di discolpa gravante *in toto* sul privato, e risponde anche al principio civilistico di riferibilità o vicinanza della prova, poiché in fin dei conti è più agevole per chi

[53] F. Mucciarelli, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi,* op. cit..

[54] G. Consolo, *I profili sanzionatori amministrativi e penali del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, 2015, p. 3968 ss..

[55] La sentenza citata insiste notevolmente sul punto. Oltre alla citazione riportata, si noti come l'arresto citato ripercorra l'*iter* legislativo ricordando che "il legislatore delegato si *è trovato di fronte a un bivio: o eliminare tout court la rilevanza penale dell'elusione senza conseguenze nemmeno sul piano amministrativo, oppure prevedere unicamente la loro* sanzionabilità amministrativa nel caso in cui violino norme tributarie (…) La scelta si è orientata verso la sanzionabilità amministrativa, anche perché il legislatore delegante non ha inteso adottare la soluzione radicale di escludere ogni possibile conseguenza sanzionatoria delle fattispecie elusive. (…) Una simile soluzione sarebbe risultata, d'altro canto, non adeguata in rapporto all'esigenza – che pure emerge – di prevedere, nei congrui casi, un deterrente rispetto a operazioni che, come quelle elusive, realizzano risultati comunque "indesiderati" dal punto di vista dell'ordinamento fiscale" (pp. 19 e 20). Infine, la Corte, annullando la sentenza impugnata perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, dispone, pur riconoscendo l'insussistenza di alcun obbligo in tal senso, l'invio degli atti all'Amministrazione finanziaria per le determinazioni di sua competenza, ritenendo che, nel caso in esame, si riespanda la sanzione amministrativa prevista per la dichiarazione infedele a seguito della depenalizzazione (p. 26).

ha realizzato l'operazione apparentemente abusiva che per l'Amministrazione Finanziaria individuare e provare le ragioni economiche che la sottendono.

Tuttavia, in un momento in cui le etichette non sono più vincolanti[56], anche un onere probatorio di questo tipo, rispettabilissimo in un giudizio di tipo civile, merita maggiori riflessioni ai fini dell'irrogazione delle sanzioni.

Altro elemento su cui porre l'attenzione è il problema di diritto intertemporale che si crea. Affermando l'irrilevanza penale dell'abuso del diritto si è parlato di *abolito criminis* ex art. 2 comma 2 c.p. sia con riferimento all'introduzione del comma 13 dell'art. 10 bis l. 212/2000[57], sia con riferimento alle modifiche dell'art. 4 del d.lgs. 74/2000[58], poiché entrambe le nuove norme vanno nel senso di espungere le condotte abusive o elusive dall'area del penalmente rilevante, con un'efficacia idonea a travolgere i giudicati di condanna.

Ben venga questa soluzione ai fini degli effetti pratici di rimozione del giudicato e di pronta definizione dei procedimenti in corso con formula assolutoria, ma a parere di chi scrive non è propriamente corretto affermare che in ipotesi di comportamenti elusivi "il fatto non è più previsto dalla legge come reato", poiché a ben vedere non lo era neanche prima, a meno di non voler ammettere che il consolidarsi di un'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole possa fondersi con il dato legislativo per individuare la fattispecie penale. Non è tuttavia questa la sede per approfondire questo discorso, che ci porterebbe molto lontano dal tema della rilevanza penale dell'abuso del diritto.

Per concludere, sicuramente oggi in materia di (ir) rilevanza penale dell'abuso del diritto tributario, coerentemente con la volontà del legislatore, c'è più certezza di quanta ce ne fosse prima. Tuttavia, se un lieto fine deve esserci, il suo momento non è ancora arrivato, per la permanenza di taluni problemi che sono stati brevemente riferiti. In questa situazione non appare secondaria la previsione dello strumento del c.d. adempimento collaborativo previsto dagli artt. 3 ss. del d.lgs. 128/2015, che recepisce l'esperienza maturata con il progetto pilota di "*cooperative compliance programme*" avviato dall'Agenzia delle Entrate nel 2013. L'adesione al regime di adempimento collaborativo, previsto in una prima fase solo per i contribuenti di grandi dimensioni, consente di avviare una cooperazione con il Fisco rivolta a "*pervenire a una comune valutazione delle soluzioni suscettibili di generare rischi fiscali prima della presentazione delle dichiarazioni fiscali*" (art. 6 comma 1 d.lgs. 128/2015). Ai sensi del successivo art. 6 comma 4 d.lgs.128/2015 "*in caso di denuncia per reati fiscali, l'Agenzia delle Entrate comunica alla Procura della Repubblica se il contribuente abbia aderito al regime di adempimento collaborativo*", fornendo tutte le informazioni a riguardo. Anche in questo campo quindi, sembra che ci si incammini per una strada dove alla meta della *certezza* si arriva passando per *scelte procedimentali* che consentano di arginare il c.d. *rischio fiscale*.

[56] F. Donelli, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10-bis dello Statuto del contribuente*, op. cit..

[57] F. Donelli, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art. 10-bis dello Statuto del contribuente*, op. cit., afferma che "il fatto non è più previsto dalla legge come reato" con attitudine travolgente il giudicato; F. Mucciarelli, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, op. cit., indica come l'art. 10 bis operi un'abolitio *criminis* parziale, capace di travolgere il giudicato.

[58] S. Cavallini, *Osservazioni "di prima lettura" allo schema di decreto legislativo in materia penaltributaria*, in *Dir. pen. cont.*, 20 agosto 2015, p. 9.

L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi

Judging the Adequacy of the "modello organizzativo" *as a Critical Point Within the Italian Corporate Liability System*

Marco Colacurci
Dottorando di ricerca in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali" presso la Seconda Università degli Studi di Napoli

Responsabilità enti da reato, Modelli organizzativi
Corporate Criminal Liability, Compliance Programs

Abstract

L'intervento si focalizza sulla mancanza di criteri certi ai fini del giudizio d'idoneità del modello di organizzazione, gestione e controllo. Quest'ultimo, architrave del sistema di responsabilità da reato degli enti, nella sua declinazione concreta non si rivela efficace, per cui la verificazione del fatto di reato è valutata ex se come indice dell'inidoneità del modello stesso, con il rischio di riprodurre quel meccanismo di "profezie auto-avveranti" già conosciuto in tema di illeciti colposi. L'analisi della giurisprudenza conferma questo dato, rivelando un numero esiguo di pronunce che escludono la responsabilità dell'ente in virtù della corretta adozione e attuazione di un modello idoneo, e la recente vicenda Impregilo sembra assumere in tal senso carattere paradigmatico. Le ragioni di tale fenomeno sono rinvenute nell'indeterminatezza legislativa dei criteri di costruzione del modello, e la ricerca di possibili correttivi individua soluzioni già praticate dal legislatore, che nel settore della sicurezza sui luoghi di lavoro ha stabilito una presunzione di adeguatezza dei modelli che si attengono a riconosciute linee-guida, soluzioni che mirano ad una certificazione preventiva dei modelli e soluzioni divise tra valorizzazioni della hard o della soft law.

The paper highlights the lack of reliable criteria to judge the adequacy of the "organizational and management control model" (modello di organizzazione, gestione e controllo), which could be considered the cornerstone of the Italian corporate liability system. Indeed, the analysis of the case-law reveals that the courts adopted a self-fulfilling prophecy approach, according to which the crime committed is considered as proof of the inadequacy of the model. The absence of statements excluding corporate liability due to the adoption of an adequate model confirms this data, and the recent decision by the Italian Supreme Court (Impregilo s.p.a. case) is a clear example of this trend. The indeterminacy of the law is considered to be the most significant reason of this phenomenon, and possible solutions can be found both in the examples provided by specific areas of the legal system and in proposals put forward by scholars. These proposals aim to either preventively certificate the model or enhance the hard and the soft law.

Sommario

1. Il modello come concretizzazione dell'impianto punitivo premiale del d.lgs. 231/2001. – 2. I requisiti del modello. – 2.1. La responsabilità dell'ente per il fatto dei vertici. – 2.2. La responsabilità dell'ente per il fatto dei subordinati. – 2.3. Sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001. – 3. Responsabilità degli enti e colpa. – 3.1. Il contenuto del modello. – 3.2. Illecito dell'ente e illecito colposo. L'accertamento del giudice. – 4. Il caso Impregilo. – 4.1. Primo grado. Il proscioglimento dell'ente per corretta adozione del modello. – 4.2. La sentenza della Corte di Cassazione. L'annullamento con rinvio. – 4.3. Note a margine della vicenda Impregilo. – 5. Possibili soluzioni al problema dell'adeguatezza. – 5.1. Indicazioni *de lege lata*: Linee Guida e presunzioni di conformità. – 5.2 La certificazione del modello – 5.3. Implementazione di *hard* e *soft law*.

1. Il modello come concretizzazione dell'impianto punitivo-premiale del d.lgs. 231/2001.

La responsabilizzazione diretta dell'ente realizzata con il d.lgs. 231/2001 ha visto attribuire ai modelli di organizzazione, gestione e controllo[1] (d'ora in avanti "modelli") un ruolo centrale tanto sul versante del criterio imputativo[2] della responsabilità all'ente quanto su quello dell'attenuazione sanzionatoria. In un sistema che per la prima volta, seppur in una veste nominalisticamente amministrativa[3], ha reso l'ente passibile di sanzione in virtù della realizzazione di un fatto di reato, la scelta del legislatore si è orientata verso il controllo dell'organizzazione interna.

In una disciplina stimolata da input sovranazionali[4], la valorizzazione della componente auto-organizzativa si pone come elemento di forte originalità, in particolare laddove consente di separare le sorti processuali dell'ente e del soggetto che per esso ha agito anche qualora si tratti del vertice aziendale, tradizionalmente considerato, all'opposto, quale "incarnazione" della volontà d'impresa, e pertanto dalla stessa indistinguibile[5]. La logica alla base di tale sistema è eminentemente premiale: a fronte dell'imposizione di oneri/obblighi organizzativi all'ente, sono previste attenuazioni e, soprattutto, esclusioni della responsabilità dello stesso.

Il meccanismo imputativo dell'illecito all'ente presuppone la realizzazione di un reato da parte di una persona fisica che agisca nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente e, a seconda che il reato sia realizzato dal vertice aziendale o da un sottoposto, sono disciplinate le condizioni al ricorrere delle quali la responsabilità dell'ente è esclusa. Tali condizioni, pur non perfettamente coincidenti tra loro, richiedono entrambe la preventiva adozione e corretta attuazione di un modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. In questo senso, si profila una responsabilità dell'ente in certa misura autonoma da quella del singolo, tale dato trovando parziale conferma nell'art. 8 ("Autonomia della responsabilità dell'ente"), che enuclea i casi in cui l'ente è responsabile nonostante non sia rinvenibile/perseguibile la persona fisica che per

[1] S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in corso di pubblicazione.

[2] In tema di criteri d'imputazione, D. Pulitanò, *Responsabilità "da reato" degli enti: criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.; A. Alessandri, *Il criterio d'imputazione all'ente nei reati colposi*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 251 ss.; Id., *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente; inquadramento concettuale e funzionalità*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 223 ss.; S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 91 ss.

[3] La questione del *nomen iuris* è risolta dalla dottrina maggioritaria nel senso di ritenere la responsabilità degli enti di natura penale; in questo senso, G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano 2008, 305 ss., ove è altresì contenuta una ricognizione delle diverse posizioni sul tema.

[4] Com'è noto, la legge delega n. 300 del 2000 dava "ratifica ed esecuzione ai seguenti Atti internazionali elaborati in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatta a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 27 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatto a Parigi il 17 dicembre 1997".

[5] L'originalità va riferita anche alla stessa legge delega, che non prevedeva una tale possibilità, tanto che i primi commenti al d.lgs. 231 avevano rilevato un rischio di incostituzionalità per eccesso di delega. In tal senso, G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126 ss.

esso ha agito[6]. Tale norma illustra la concezione del legislatore circa l'organizzazione interna della moderna impresa, non più intesa secondo uno schema verticistico di stampo fordista, ma strutturata in senso orizzontale, in cui singole unità operative "parcellizzate" determinano una frammentazione del processo decisionale, rendendo difficoltosa l'individuazione del soggetto che agisce[7].

L'idea di sanzionare l'ente in quanto tale, mediante il ricorso ad un *carrot-and-stick approach*[8], contrapposto al tradizionale *command-and-control* penalistico, trova la sua fonte d'ispirazione, come esplicitamente riconosciuto nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 231[9], nell'istituto statunitense dei *compliance programs*[10]. Introdotti nel 1991 con l'approvazione delle *Federal Sentencing Guidelines* anche per gli enti (in precedenza erano state approvate quelle per la responsabilità individuale), essi prevedono un sistema di commisurazione e attenuazione della sanzione parametrato alla *culpability* dell'ente, a sua volta calcolata, sulla scorta di determinati criteri individuati dalle *Guidelines*, tanto in base alle precauzioni prese dall'impresa prima della verificazione dell'illecito quanto in ragione del comportamento tenuto successivamente allo stesso[11]. L'impresa che delinque, in questo modo, è considerata alla stregua di un unico soggetto agente, capace di esprimere una propria colpevolezza/responsabilità, aggiuntiva rispetto a quella del singolo. Al netto delle diversità degli ordinamenti giuridici (obbligatorietà dell'azione penale *in primis*) e di contesti economici, è, come detto, la possibilità di "mirare" direttamente all'ente, olisticamente inteso, a costituire la *ratio* di un simile *transplanting*, nell'ottica del rispetto del principio costituzionale di colpevolezza.

In effetti, uno degli ostacoli "storici" all'introduzione di una responsabilità penale degli enti in Italia, oltre a quello di un insuperabile "ontologismo antropologico" che caratterizzerebbe il diritto penale[12], risiedeva nella difficoltà di immaginare un sistema che, trasferendo automaticamente la responsabilità del singolo all'ente – tramite il ricorso a modelli civilistici quali il cd. *respondeat superior* o a teorie "umanizzanti" quali l'immedesimazione organica[13] – non implicasse il verificarsi di ipotesi di responsabilità oggettiva, altrimenti in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale. Era necessario, pertanto, trovare una soluzione compatibile con il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.[14], tanto nella sua versione "minima" di divieto di responsabilità per fatto altrui, quanto in una "allargata", che esclude qualunque forma di responsabilità oggettiva e giudica della possibilità di muovere un rimprovero personale, ancorché normativo, al soggetto agente, ai fini di una sua tendenziale rieducazione[15].

Il modello rappresenta dunque la concretizzazione delle regole interne adottate per contenere i rischi-reato generalmente connessi all'attività produttiva, e costituisce il fulcro di un sistema politico-criminale fondato innanzitutto sulla prevenzione piuttosto che sulla (sola)

[6] O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, da 1333 a 1335.

[7] A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 222 ss. Per una compiuta descrizione della moderna organizzazione interna dell'impresa, C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

[8] J.C. Jr. Coffee, "*Carrot and stick" Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants*, in *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 3 n. 3, Nov. - Dec. 1990, 126 ss.

[9] *Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001*, 8: "Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega (con rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al *versari in re illicita*), si è preferito allora riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo, un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti".

[10] Per un'ampia e approfondita ricostruzione dell'istituto dei *compliance programs* da parte della dottrina interna, C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, in particolare da 64 a 144, e bibliografia *ivi* citata; nonché A. Fiorella – N. Selvaggi, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3-4/2014, 125 ss. Per una panoramica a livello europeo, A. Fiorella (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – Vol. I Liability "ex crimine" of legal entities in member* states, Napoli, 2012; descrive le difficoltà di "importare" tale istituto all'interno del nostro ordinamento F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "*compliance programs*" nell'ordinamento italiano*, in AGE 2/2009, 219 ss.; sull'evoluzione degli stessi nel diritto globalizzato, S. Manacorda, *La dinamica dei programmi di* compliance *aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Società*, 2015, 473 ss.

[11] C. De Maglie, *op. ult. cit.*, 64 ss.

[12] Sulle "resistenze" italiane all'introduzione di una responsabilità penale degli enti, ben prima del 2001, A. Alessandri, *Reati d'impesa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984.

[13] Per una ricostruzione dell'evoluzione storica dei criteri d'imputazione del reato all'ente, V. Mongillo, *Necessità e caso nell'allocazione della responsabilità da reato tra individui ed enti collettivi. Considerazioni alla luce dell'"incontro" tra società ferroviaria e giudice penale nell'Europa del XIX secolo*, in A. Castaldo - V. De Francesco - M. Del Tufo - S. Manacorda - L. Monaco (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2014, 1151 ss.

[14] Si veda A. Alessandri, *Art. 27 co. 1 Cost.*, in G. Branca – A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991.

[15] Sul rapporto tra il d.lgs. 231/2001 e l'art. 27 Cost., per tutti, G. De Vero, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., da 31 a 68.

repressione[16], realizzato attraverso una cd. *enforced self-regulation*[17]. Tale modello di diritto penale "dinamico"[18] richiede, per trovare applicazione, che entrambi gli elementi del rapporto dialogico Stato-ente siano praticabili: ai costi certi sostenuti dall'impresa per l'adozione e attuazione dei modelli devono poter corrispondere riconoscimenti giurisprudenziali, nelle forme di sentenze di proscioglimento.

2. I requisiti del modello.

2.1. *La responsabilità dell'ente per il fatto dei vertici.*

L'art. 5 del d.lgs. 231 definisce i vertici aziendali come coloro i quali "rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso"; allorché uno di tali soggetti realizzi uno dei reati-presupposto contenuti nella cd. parte speciale del decreto, a vantaggio o nell'interesse dell'ente, quest'ultimo, ai sensi dell'art. 6, non è ritenuto responsabile qualora provi: di aver adottato ed attuato preventivamente alla commissione del reato un modello idoneo, di aver predisposto un Organismo di Vigilanza preposto al controllo sul rispetto del modello, che tale organismo non via venuto meno al suo compito di vigilanza, e che coloro che hanno commesso il reato lo abbiano fatto eludendo fraudolentemente il modello.

La struttura della responsabilità dell'ente per fatto dei vertici assume pertanto il volto di una responsabilità autenticamente dolosa, fondata su di un meccanismo ascrittivo di immedesimazione organica[19] temperato dalla previsione di una generica esimente[20], a sua volta caratterizzata dall'inversione dell'onere probatorio, che ricade sull'ente. La condotta del vertice aziendale è così assimilata a quella dell'intera impresa, in un modo distonico rispetto all'idea della non corretta auto-organizzazione dell'ente come fondamento della sua responsabilità, emergente invece dalla lettura complessiva del d.lgs. 231 e dalla relazione di accompagnamento[21]. Le ricostruzioni dottrinali sul punto sono pertanto divise[22]: una parte della dottrina, valorizzando la componente di difformità, ha elaborato una ricostruzione "pluralistica", ovvero non unitaria, dei criteri imputativi della responsabilità all'ente, ridimensionando il ruolo che potrebbe svolgere la teoria della colpa/colpevolezza di organizzazione nell'interpretazione del sistema[23]; altra dottrina, invece, propende per una concezione unitaria del criterio d'imputazione del reato all'ente, esaltando il ruolo dell'esimente prevista dall'art. 6, che in ogni caso darebbe la possibilità all'ente di differenziare la propria posizione – dunque la propria responsabilità e colpevolezza – da quella della persona fisica, compatibilmente con il principio costituzionale di colpevolezza.

Il momento di maggior criticità nella disciplina in commento è però rappresentato dall'inversione dell'onere probatorio, che pone problemi non solo dal punto di vista della compatibilità con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, segnalato già a prima lettura dalla dottrina maggioritaria[24], ma anche da quello della possibilità effettiva data

[16] In tal senso, G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione*, Torino, 2009.
[17] J. Braithwaite, *Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control*, in 81 *Mich. L. Rev.*, (1982), 1466 ss.
[18] Sull'idea della *compliance* penalistica, di recente, L. Arroyo Zapatero – A. Nieto Martin (a cura di), *El derecho penal economico en la era compliance*, Valencia, 2013, nonché, con specifico riferimento ai modelli di *compliance*, A. Nieto Martin – J. Lascurain Sanchez – I. Blanco Cordero (a cura di), *Manual de cumplemiento penal en la empresa*, Valencia, 2015.
[19] C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571 ss.
[20] Si fa riferimento qui ad una generica nozione di causa esimente, sebbene il dibattito dottrinale a riguardo non sia sopito e abbia rilevanza circa la costruzione della natura della responsabilità dell'ente; per una panoramica delle diverse posizioni, G. De Vero, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 179 ss.
[21] *Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001*: "Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (le condizioni alle quali ciò si verifica, come si è visto, sono disciplinate dall'art. 5); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione".
[22] C.E. Paliero, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.
[23] Per l'elaborazione della teoria della colpa/colpevolezza di organizzazione, C.E. Paliero – C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss., nonché, più di recente, C. Piergallini, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 161 ss.; A. Fiorella – N. Selvaggi, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, cit., 125 ss.
[24] G. De Vero, *op. ult. cit.*, da 145 a 216.

all'ente di fornire tale prova.

Quest'ultima ha ad oggetto, prima di tutto, l'adozione e corretta attuazione di un modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sulla base dei criteri descritti dal comma 2 dell'art. 6: essi devono individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati (*risk mapping*), prevedere specifici protocolli che procedimentalizzino i processi decisionali e produttivi dell'ente, identificare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati, prevedere obblighi di comunicazione e informazione costante verso l'Organismo di Vigilanza, introdurre un efficace sistema sanzionatorio. Si tratta, evidentemente, di compiti "minimi", in grado di descrivere soltanto lo "scheletro" del modello, indicando metodo e obiettivi da seguire nella redazione dello stesso piuttosto che illustrarne il contenuto. In tal senso, il successivo comma 3 è significativo, giacché stabilisce che i modelli possano essere redatti sulla base dei codici di comportamento elaborati dalle associazioni rappresentative di categoria, attribuendosi al Ministero della Giustizia, di concerto con i ministeri competenti, il potere di formulare osservazioni sull'idoneità di tali modelli, entro trenta giorni dalla obbligatoria comunicazione[25]. Tale norma riconosce esplicitamente la necessità di una compartecipazione nella redazione del modello da parte delle stesse realtà settoriali nelle quali questo dovrà operare, analogamente a quanto accade in altri settori dell'ordinamento, ugualmente connotati per un'elevata complessità tecnologica, come ad esempio quello della responsabilità colposa nel trattamento medico[26].

Se la composizione dell'Organismo di Vigilanza non attiene direttamente alla formazione del modello e al suo contenuto, pur rivestendo un ruolo decisivo nella valutazione del comportamento preventivo dell'ente[27], l'ulteriore oggetto di prova ai fini dell'applicazione dell'esimente è la fraudolenza della condotta elusiva del modello tenuta da vertici[28]. La lettura di questo criterio è stata sin da subito problematica, giacché ha ad oggetto un comportamento altrui; a ciò si aggiunge il contrasto interpretativo circa la nozione di fraudolenza, se nel caso in questione vada intesa, analogamente a quanto accade per la truffa, come messa in atto di artifici e raggiri ai fini della realizzazione dell'illecito, o se invece possa risolversi nel dolo intenzionale specificamente diretto all'aggiramento del modello. Tale seconda interpretazione è stata suggerita da una parte della dottrina[29], sulla scorta della constatazione che la prima ipotesi, combinata al necessario ricorso del criterio d'imputazione oggettivo (reato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente), troverebbe uno spazio applicativo esiguo, coincidente con le sole condotte abnormi dei vertici, necessariamente dolose: una situazione tale da qualificare la prova dell'elusione fraudolenta quale *probatio diabolica*.

2.2. *La responsabilità dell'ente per il fatto dei subordinati.*

L'art. 7 co. 1 stabilisce che l'ente è responsabile per il reato realizzato da soggetti che si trovano in una posizione subordinata se questo è stato reso possibile dall'inosservanza di obblighi di direzione e vigilanza. In tale disposizione l'idea di colpevolezza d'impresa è concepita in modo tale che l'ente è responsabile per non aver impedito il compimento del fatto di reato attraverso un controllo opportuno.

Il comma successivo, coerentemente con questo dato, prevede che l'ente non è responsabile quando ha adottato un modello volto a prevenire il reato della specie di quello verificatosi – stavolta con un regime probatorio ordinario, a carico dell'accusa.

Circa il contenuto del modello, le indicazioni legislative sono ancor più scarne rispetto all'ipotesi contenuta nell'art. 6, stabilendosi soltanto che il modello deve prevedere misure idonee a consentire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare eventuali situazioni di rischio. È sancito inoltre che l'efficace attuazione del modello si ha

[25] Per l'analisi della norma si rinvia al par. 5.1.
[26] C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 261 ss.
[27] Per tutti, F. Mucciarelli, *Funzioni e responsabilità dell'organismo di vigilanza*, in A.M. Stile - V. Mongillo - G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, *op. cit.*, 173 ss.; più in generale, sui controlli societari, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penali*, Milano, 2009.
[28] Per tutti, A.F. Tripodi, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Roma, 2014.
[29] C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 2010, 476 ss.; Id., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de prufundis?*, in *Le Società*, 2014, 474 ss.

quando vi è un monitoraggio costante sullo stesso e si richiede infine la predisposizione di un apparato sanzionatorio. A tal riguardo sembra dunque che la struttura del modello *ex* art. 7 sia differente rispetto a quella dei modelli volti a evitare gli illeciti dei soggetti posti in posizione apicale, in particolare in punto di istituzione e predisposizione dell'Organismo di Vigilanza, che non sembrerebbe necessario per fronteggiare gli illeciti dei subordinati. Tuttavia, autorevole dottrina ha rilevato come nella prassi l'attività svolta dall'Odv sia sempre più utilizzata anche per la prevenzione di questo secondo tipo di reati, manifestando in questo modo una volontà delle imprese di adeguarsi *in toto* alle finalità preventive della riforma[30].

Ai sensi dell'art. 7, pertanto, la positiva adozione del modello sembra operare come un elemento del fatto, seppur formulato negativamente: solo la sua assenza consente di far insorgere la responsabilità dell'ente. Quest'ultima appare allora come una responsabilità derivante da agevolazione colposa, per la quale il fatto del singolo è conseguenza della disorganizzazione interna e della mancata prevenzione di situazioni rischiose, in tal modo prestandosi a una lettura maggiormente in linea con l'impostazione complessiva del d.lgs. 231. Per questo, una parte della dottrina propone l'abbandono della differenziazione della responsabilità tra vertici e sottoposti e una unificazione dei criteri sul modello dell'illecito dei sottoposti[31].

2.3. *Sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001.*

L'analisi degli artt. 6 e 7 dimostra come il legislatore abbia rinunciato a definire le caratteristiche del modello. Se tale scelta sia consapevole, giacché rivolta a una piena valorizzazione dell'auto-normazione, o sia invece conseguenza della novità dell'istituto – e dunque di una certa imperizia nella gestione dello stesso – il dato riscontrabile è un'indeterminatezza tale da lasciar immaginare, sin da una prima lettura del testo normativo, una sua difficoltosa applicazione.

Il progressivo ampliamento del catalogo dei reati presupposto – tanto per materia quanto per criterio d'imputazione soggettiva – ha ulteriormente acuito tale deficit di determinatezza. La scelta iniziale del legislatore delegato era ricaduta su di un nucleo minimo di reati, individuati sulla scorta dell'art. 2 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997 (indebita percezione di erogazioni, truffa ai danni dello Stato, corruzione e concussione…), che lasciava spazio a profonde lacune – anche rispetto alla stessa legge delega – specialmente in materia di tutela antinfortunistica sui luoghi di lavoro o di tutela ambientale[32].

Il successivo ampliamento del catalogo, tuttavia, ha visto inserite tipologie di reati avulse, per oggetto, dalla criminalità d'impresa (quale ad es. la mutilazione di organi genitali femminili), o contrastanti con l'idea stessa della *compliance* penalistica alla base dell'impianto 231. Si faccia l'esempio dell'art. 24*ter*, "Delitti di criminalità organizzata", che ricomprende al suo interno fattispecie quali l'associazione per delinquere, un reato ontologicamente inconciliabile con la predisposizione di un modello organizzativo finalizzato al rispetto della legalità. L'idea dell'auto-organizzazione, infatti, presuppone una condotta lecita di base – ancorché rischiosa – qual è quella d'impresa, incontrando il proprio limite qualora debba contrastare attività unicamente animate da scopi criminali. In tali casi, come ampia dottrina ha rilevato, sembra opportuno rinunciare all'idea dell'auto-organizzazione e propendere per differenti criteri imputativi, che facciano leva sulla cd. cultura d'impresa[33].

In questo senso, l'allargamento del catalogo dei reati presupposto sembra replicare nel microsistema degli enti tratti distintivi del diritto penale contemporaneo "individuale", caratterizzato per un sempre maggiore ricorso "promozionale" alla pena, ispirato a logiche "rassicuratrici" piuttosto che a criteri di razionalità ed efficacia[34].

[30] C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 2013, 376 ss.
[31] G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249 ss.
[32] G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, cit., 1126 ss.
[33] C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., 355.
[34] In questo senso, con riferimento al diritto penale "delle persone", S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

3. Responsabilità degli enti e colpa.

3.1. *Il contenuto del modello.*

Recente e autorevole dottrina ha compiuto un vero e proprio "viaggio" all'interno del modello, al fine di delineare una "paradigmatica"[35] in grado di illustrare il contenuto e la natura delle regole in esso previste.

Il modello, innanzitutto, si compone di una Parte Generale, che illustra la struttura interna dell'ente, e una Parte Speciale, che individua le procedure volte alla riduzione del rischio reato; a queste si aggiunge l'Organismo di Vigilanza, soggetto preposto alla verifica dell'adozione e attuazione del modello.

La Parte Generale non riveste una funzione decisiva nell'individuazione, in concreto, della condotta che l'ente deve tenere; rappresenta, piuttosto, una sorta di "mappa" descrittiva della composizione interna dell'ente. Essa, infatti, illustra la struttura societaria – segnatamente l'eventuale esistenza di gruppi d'imprese – e aziendale, descrivendo l'organizzazione interna tanto da un punto di vista di deleghe di funzioni e distribuzione del potere decisionale quanto da quello della rete di controlli interni. Tra questi ultimi, in particolare, assume rilievo preponderante l'*Internal Auditing*, che rappresenta una emanazione diretta del c.d.a., a differenza della generalità dei controlli "di prima linea", espressione invece di uno degli organi esecutivi. Della Parte Generale del modello fa parte altresì il cd. codice etico, tavola di valori cui l'ente dichiara di ispirarsi nello svolgimento della propria attività ed antesignano dei moderni *compliance programs*, rimandando ad una stagione, statunitense in particolare, in cui l'auto-organizzazione non era imposta ma si determinava su base volontaristica[36]. Infine, la Parte Generale contiene la disciplina della formazione dei lavoratori dell'impresa, del rilevamento degli illeciti – aspetto di primaria importanza, come dimostrano le recenti iniziative per la tutela dei "*whistleblowers*"[37] – e un sistema sanzionatorio interno.

È invece la Parte Speciale a occuparsi delle regole finalizzate alla prevenzione dell'illecito. Queste sono il risultato di un procedimento complesso, che prevede un monitoraggio dell'attività dell'ente volto a individuare le aree a rischio reato, e a valutare retrospettivamente le cautele fino a quel momento messe in campo ai fini di un'eventuale implementazione delle stesse mediante protocolli che illustrino, attraverso la compartimentazione di ogni fase e un adeguato controllo su ciascuna di esse, il comportamento doveroso dell'ente.

I protocolli rappresentano, dunque, il fulcro/frutto dell'auto-organizzazione. Essi hanno un contenuto vario, distinguibile in tre tipi di regole: procedimentali, che attengono alle modalità decisorie e che sono deputate innanzitutto a evitare la concentrazione della decisione nelle mani di un'unica persona/organismo – così perseguendo l'opposto obiettivo della segregazione delle funzioni; sostanziali, che concernono, invece, non già il procedimento di formazione della decisione, ma il contenuto della stessa, che deve essere idoneo a contenere il rischio reato; di controllo, infine, che sono volte a individuare i soggetti preposti al controllo e al rispetto delle singole cautele, affinché l'impianto preventivo designato sia effettivo ed efficace[38].

Un'ulteriore distinzione può essere tracciata non già in relazione al momento in cui la cautela interviene – formazione della decisione o contenuto della decisione – ma a seconda del reato da prevenire, se sia questo un "reato/decisione" o un "reato in attività"[39]. Nel primo caso, il reato è di natura prevalentemente dolosa ed è realizzato dal vertice (o da uno dei vertici) dell'ente, assumendo rilievo pregnante l'auto-organizzazione della persona giuridica, che deve poter incidere in qualsiasi fase prodromica alla decisione vera e propria mediante cautele procedimentali che fungano da adeguate "controspinte" al formarsi della singola volontà cri-

[35] C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit.
[36] C. Pedrazzi, *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1049 ss.; A. Melchionda, *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità "da reato" degli enti. Il ruolo dei c.d. "codici etici"*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, 215 ss.; da ultimo M. Caputo, *La mano visibile: codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *questa Rivista*, n. 1/2013, 101 ss.
[37] Sull'istituto e, in generale, per una ricostruzione del fenomeno della criminalità d'impresa, G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in C. Beria di Argentine (a cura di), *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 173 ss.
[38] C, Piergallini, *Pardigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 842 ss.
[39] *Ibidem.*

minosa. Tali cautele sono di carattere necessariamente auto-normato, giacché devono aderire in modo specifico alla singola realtà aziendale. Nel caso in cui, invece, il reato rientri nel normale rischio d'impresa, che afferisce alla sfera della colpa, la cautela interviene in una fase di maggiore prossimità al fattore di rischio, comune a più realtà produttive, tale da consentire una sua etero-determinazione, come accade, ad esempio, nel settore della tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro[40].

3.2. *Illecito dell'ente e illecito colposo. L'accertamento del giudice.*

La descrizione del contenuto del modello non è risolutiva nel chiarire quale funzione esso svolga, né tantomeno, di conseguenza, quale sia la tipologia di illecito ascrivibile all'ente: la questione, già posta da autorevole dottrina[41], non è ancora stata compiutamente risolta. Qualora l'illecito dell'ente sia inquadrato all'interno di un "normale" *crimen colposum*, del quale replicherebbe i tratti caratterizzanti, il modello svolgerebbe una funzione cautelare; in alternativa, l'illecito dell'ente potrebbe essere ricondotto alla tipologia dell'illecito di rischio: in tal caso l'auto-organizzazione dell'ente assumerebbe finalità meramente preventive, più cautelative che cautelari[42], e il modello opererebbe come concretizzazione di un obbligo di condotta finalizzato alla prevenzione di un rischio-reato modellato sul tipo dell'illecito di pericolo astratto.

Solo la prima delle due soluzioni consente di individuare una responsabilità "personale" dell'ente, giacché permette di costruire l'illecito dell'ente sul modello del reato di evento, imponendo l'accertamento del nesso causale. È questa l'opinione condivisa dalla dottrina maggioritaria[43], che fonda tale convinzione sia sul dato testuale dell'art. 6 del d.lgs. 231 (laddove fa riferimento ai "reati della specie di quello verificatosi"), sia sulla generale impostazione del decreto, ispirata al rispetto della colpevolezza dell'ente. In particolare, si ritiene trattarsi di una responsabilità per colpa specifica, intesa come un tipo di responsabilità tipica di settori "omogenei", in cui il comportamento doveroso è modulato sulla base di determinati standard atti a prevenire rischi qualificati. In ogni caso, sebbene l'inquadramento dell'illecito dell'ente nella tipologia colposa sia compiuto ai fini dell'individuazione di una responsabilità propria dell'ente, va rimarcato come si tratti di una colpa tutta normativa, "che deve lasciarsi alle spalle le suggestioni della colpa riferita alle persone fisiche"[44], per procedere alla corretta descrizione del fatto addebitabile all'ente. In punto di accertamento del nesso causale, dovrà essere individuata una relazione tanto tra la condotta della persona giuridica e l'evento-reato della persona fisica quanto nel rapporto tra la regola di condotta violata e il rischio tipico di reato di cui la condotta della persona fisica costituisce la concretizzazione. Si tratta di un doppio nesso causale, conseguenza di un doppio rischio: oltre a quello classico, dato dal "livello" consentito contemplato dalla regola cautelare, vi è un cd. "rischio organizzativo", che guarda direttamente all'organizzazione interna e al suo rapporto con la condotta della persona fisica che ha realizzato il reato. Il livello consentito di questo tipo di rischio va individuato nel livello "necessario a preservare le condizioni di una regolamentazione responsiva, in quanto tale rispettosa della eterogeneità delle motivazioni degli agenti sociali"[45]: il giudice dovrà accertare che sia stata l'eccessiva autonomia lasciata dall'impianto organizzativo interno a consentire al singolo di agire illecitamente. Tali valutazioni saranno compiute nelle forme "classiche" del giudizio prognostico "a base parziale"[46] che – com'è noto – tiene conto delle conoscenze tecnologiche a disposizione dell'attore al momento della produzione dell'illecito. Una volta accertata la sussistenza del doppio nesso causale, il giudice dovrà altresì verificare che l'adozione di un modello idoneo avrebbe, nel caso concreto, evitato il prodursi dell'illecito (verifica del comportamento alternativo lecito).

Le modalità di accertamento descritte, che respingono derive oggettivistiche nell'attribuzione di responsabilità all'ente e procedono invece in un senso rispettoso del principio di

[40] *Infra*, 13.
[41] C.E. Paliero, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, cit., 1516 ss.
[42] *Ibidem.*
[43] C. Piergallini, *op. ult. cit.*, 842 ss.; G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, cit., 1286.
[44] A. Alessandri, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, cit., 241.
[45] G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, cit., 1286.
[46] G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, 223 ss.

colpevolezza, seppur animate da intenti garantistici, recano con sé le difficoltà applicative ben note in materia di reati colposi[47], che rischiano di far scivolare il giudizio in concreto nuovamente sul terreno della responsabilità oggettiva. Analogamente a quanto accade per l'illecito colposo generalmente inteso, il cui principale problema – come rileva autorevole dottrina[48] – attiene alla sfera della tipicità, e innanzitutto all'individuazione della regola cautelare, nel caso dei modelli, in cui la fase di elaborazione della regola è demandata al soggetto "privato"[49], le medesime incertezze si manifestano nell'ambito del giudizio di adeguatezza. Il rischio è quello, già conosciuto, di un metodo di giudizio fondato su cd. "profezie auto-avveranti", per le quali la verificazione del reato è per se stessa indice della violazione/inadeguatezza della regola cautelare/del modello. E la prassi giudiziaria, in tal senso, non è confortante: a circa quindici anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231 non ci sono pronunce assolutorie dell'impresa per corretta adozione e attuazione di un modello idoneo. Per tale motivo una recente vicenda giudiziaria – in cui, da ultimo, la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza d'appello che, conformemente al giudizio di primo grado, prosciogliva la società imputata in virtù dell'adozione di un modello ritenuto idoneo a prevenire il reato contestato[50] – evidenzia le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza sul punto: la ricostruzione delle *rationes* alla base dei giudizi contrastanti è esemplificativa delle difficoltà operative dell'istituto del modello idoneo quale esimente della responsabilità da reato dell'ente.

4. Il caso Impregilo.

4.1. *Primo grado. Il proscioglimento dell'ente per corretta adozione del modello.*

L'analisi del caso Impregilo è utile per riflettere sulle difficoltà che la magistratura affronta nel valutare l'adeguatezza del modello e la sua elusione fraudolenta da parte dei vertici (nel caso di specie si trattava di un reato contestato al Presidente e all'a.d. della società). L'individuazione di un parametro di riferimento alla stregua del quale giudicare il modello, e i dubbi sul significato da attribuirsi all'elusione fraudolenta, hanno determinato un'oscillazione nella valutazione della condotta della società nel passaggio dal giudizio di merito a quello di legittimità.

Il primo dato da segnalare concerne la divaricazione del giudizio nei confronti della persona fisica e di quella giuridica, giacché solo per quest'ultima si è proceduto secondo il rito abbreviato. Tale dato, pur non coinvolgendo direttamente il problema dell'adeguatezza, va in ogni caso rilevato: se l'illecito ascritto all'ente dipende dal reato della persona fisica, l'inversione del rapporto logico nell'accertamento dei due illeciti suona quanto meno "sospetta"; non a caso, la sentenza del G.i.p. di Milano dedica ampia parte a ricostruire le condotte presunte illecite delle persone fisiche, pur rimarcando la sola finalità di "ricostruire il quadro nei fatti in cui deve essere inserito l'illecito contestato a Impregilo".

Il reato contestato all'ente è l'aggiotaggio (art. 2637 c.c.), previsto dall'art. 25*ter* del d.lgs. 231, che sanziona chi diffonde informazioni *price sensitive* false al fine di alterare la valutazione degli strumenti finanziari sul mercato. La ricostruzione del giudice riguarda, *in primis*,

[47] G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009.
[48] F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; Id., *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1291 ss.
[49] Sul fenomeno della privatizzazione delle fonti, V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività d'impresa*, Bologna, 2014.
[50] Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, Pres. Ferrua, Rel. Fumo, ric. *Impregilo S.p.a.*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1425 ss., con nota di A. Bernasconi, *"Razionalità" e "irrazionalità" della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*. Per ulteriori commenti ai giudizi di merito e a quello di legittimità: C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, cit.; Id., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de prufundis?*, cit.; S. Bartolomucci, *L'adeguatezza del modello nel disposto del d.lgs. 231 e nell'apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d'appello "Impregilo"*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 167 ss.; F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 51 ss.; L. Santangelo, *La Corte d'Appello di Milano assolve un ente imputato ex d.lgs. 231/2001 in ragione dell'adeguatezza del modello*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2012; Id., *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del D.lgs. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione,* in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014.

l'esistenza di un modello, quindi la sussistenza, al suo interno, di cautele volte a prevenire specificamente il delitto di aggiotaggio, infine il giudizio circa la condotta dei vertici, se abbia questa integrato o meno gli estremi dell'elusione fraudolenta.

Partendo dal primo punto, il G.i.p. sottolinea come la società si sia adeguata alla disciplina 231 con "tempestività" e "correttezza formale": la Impregilo S.p.a. si è dotata di un modello organizzativo immediatamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 231, modello prontamente aggiornato conformemente alle Linee Guida elaborate da Confindustria del 2002 (queste ultime successivamente trasmesse al Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 6 co. 3 e definitivamente approvate nel 2004). Peraltro, sin dal 2000 la Impregilo S.p.a si era dotata di un sistema di controllo interno strutturato sulla base dei principi contenuti nel codice di autodisciplina di Borsa Italiana S.p.a.

Per quanto riguarda l'idoneità delle cautele adottate a prevenire il delitto in questione, il giudice rileva che, conformemente a quanto illustrato dalle Linee Guida di Confindustria, la gestione delle informazioni *price sensitive* era affidata al Presidente e all'a.d., mentre il *Compliance Officer* era preposto all'*Internal Audinting*, a sua volta non sottoposto alla Direzione Amministrazione, Finanza e Controllo, ma alle dipendenze del Presidente. La Parte Speciale del modello, nel contemplare il rischio di aggiotaggio, enucleava l'intero procedimento di formazione delle notizie, richiedendo la partecipazione di più soggetti, predisponendo un sistema di controllo/monitoraggio, imponendo un'attività di formazione periodica nonché un controllo congiunto da parte di Collegio sindacale e *Compliance Officer* sul rispetto della normativa, infine prevedendo procedure autorizzative per la diffusione all'esterno delle informazioni sensibili, che erano affidate al Presidente e all'a.d., i quali a loro volta provvedevano ad inoltrarle alla Consob.

Alla luce di questi dati il G.i.p. ritiene che il modello fosse idoneo a prevenire il reato di aggiotaggio, rilevando, innanzitutto, che "non vi erano praticamente precedenti in materia", e sottolineando tanto l'adozione "pioneristica" del modello da parte di Impregilo quanto la conformità dello stesso alle Linee Guida accreditate da Confindustria. In secondo luogo, mostra consapevolezza circa la necessità di individuare una colpevolezza propria dell'ente: "per non cadere in una sorta di responsabilità oggettiva degli enti, occorre verificare l'efficacia del modello con una valutazione *ex ante* e non *ex post*, rispetto agli illeciti commessi dagli amministratori"; soprattutto, rifiuta la "tentazione" delle cd. *self-fullfilling prophecies*: "non avrebbe senso ritenere inefficace un modello organizzativo per il solo fatto che siano stati commessi degli illeciti da parte dei vertici". Dato che il modello era conforme alla Linee Guida di Confindustria, e ritendendo che le informazioni sensibili non possono che essere date a soggetti dotati della responsabilità strategica della società, il G.i.p. di Milano ha giudicato il modello idoneo a prevenire il reato di aggiotaggio.

Circa, infine, la natura fraudolenta della condotta elusiva tenuta dei vertici, il giudice offre una motivazione stringata, limitandosi a rilevare come il comportamento del Presidente, che aveva richiesto all'a.d. "di trovare qualche utile in più" da inserire a bilancio (richiesta prontamente esaudita) contravvenisse alle prescrizioni contenute nel modello, ciò connotando la condotta come elusiva. In tal modo si contentava di una nozione "stringata" di fraudolenza, coincidente con il dolo specifico di realizzare l'illecito.[51]

4.2. *La sentenza della Corte di Cassazione. L'annullamento con rinvio.*

Se la Corte d'Appello di Milano ha confermato la sentenza di primo grado, la pronuncia della Corte di Cassazione approda a conclusioni opposte a quelle dei giudici di merito, accogliendo il ricorso presentato dal Procuratore Generale e rinviando la decisione nuovamente alla suddetta Corte d'Appello.

Il ricorso, in particolare, ha individuato nella sentenza d'appello il vizio logico di considerare idoneo un modello che, sebbene volto alla prevenzione della diffusione di informazioni *price sensitive* false, consentiva la modifica delle stesse "in solitario" al Presidente e all'a.d. della società, senza alcun controllo sul loro operato. Tale assenza di controlli, a parere del Procuratore, avrebbe consentito a Presidente e a.d. di non dover ricorrere ad alcuna condotta ingannatoria nei confronti dell'ente, dato che questa non risultava necessaria. Pertanto, si doveva

[51] *Supra*, 5.

concludere per la mancata sussistenza dell'elusione fraudolenta del modello e, ancor prima, di un modello idoneo.

La Corte di Cassazione condivide tali argomenti e accoglie il ricorso; nel farlo offre significative precisazioni circa il contenuto del giudizio di adeguatezza. Innanzitutto, essa rimarca come la tipologia di responsabilità dell'ente esuli dagli schemi descritti dall'art. 40 co. 2 c.p. (responsabilità per non aver impedito un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire) o dall'art. 57 c.p. (cd. *culpa in ordinando* o *in componendo*), connotandosi come responsabilità propria dell'ente. Di conseguenza, il giudice è chiamato a valutare l'adeguatezza del modello organizzativo, da intendersi quale apparato normativo "frutto" della condotta umana tenuta in ambito aziendale, mediante un giudizio "interamente normativo", che non assume le forme di una responsabilità oggettiva, poiché è il prodotto di un'attività libera e volontaria.

All'interno di tale giudizio, a parere della Corte, il ruolo dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative di categoria va ridimensionato, giacché non vi è stata, da parte del legislatore, alcuna "delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici", e il modello può (non deve) essere elaborato sulla base dei suddetti codici, ma va in ogni caso "calato" all'interno della singola realtà aziendale in cui è destinato ad operare[52]. Il giudice di merito si è invece accontentato che il modello disciplinasse le modalità di formazione della notizia conformemente alle Linee Guida di Confindustria, senza verificare se in concreto fosse stato predisposto un controllo efficace al momento della diffusione della notizia, nonostante l'aggiotaggio si configuri come un "delitto di comunicazione". La mancanza di tale verifica costituisce una lacuna che il nuovo giudizio d'appello dovrà colmare.

Per quanto riguarda l'elusione fraudolenta, la Corte ritiene che tale requisito costituisca "un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le misure di sicurezza". In tal modo il giudice delle leggi respinge la lettura "debole" compiuta dai giudici di merito, non potendo il concetto di frode "non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola". La semplice violazione "frontale" della norma costituirebbe un abuso (cioè un uso distorto del potere) e non un inganno (ovvero una condotta fraudolenta). Il rinvio, pertanto, ha ad oggetto anche questo ulteriore requisito, che andrà fatto secondo le indicazioni – lettura "forte" e non "debole" della frode – offerte dalla Corte.

4.3. *Note a margine della vicenda Impregilo.*

L'intera vicenda suggerisce una duplice linea interpretativa, seguita altresì nei commenti a caldo della dottrina. Il punto di discordanza sembra concernere il metodo dell'interpretazione, se debba essere di taglio formalistisco-letterale, oppure di natura estensiva, in quest'ultimo caso "vivificando", in termini di risultanze applicative, una disciplina altrimenti sterile.

Dal primo punto di vista, la pronuncia della Corte di Cassazione andrebbe condivisa nella misura in cui evidenzia l'assenza di un controllo nel merito del modello da parte della Corte d'Appello, come si evince tra l'altro anche nelle parole della stessa, che riconosce una "estrema difficoltà se non l'impossibilità di verificare come in concreto funzionasse il Modello predetto all'interno della società"[53]. La suddetta impossibilità sarebbe indice di una mancanza di accertamento del giudice di merito tale da tradursi, in sede di rinvio, in un giudizio di segno negativo circa l'idoneità del modello a prevenire il reato di aggiotaggio, anche a fronte delle protratte violazioni dello stesso nel tempo[54]. Analogo discorso andrebbe fatto circa il requisito dell'elusione fraudolenta, che, interpretato in senso "forte", non risulterebbe integrato nel caso in questione, giacché tutte le condotte non risultano "dissimulate, coperte o minimizzate da particolari artifizi o raggiri, né avendo assunto gli autori del reato un *modus operandi* decettivo rispetto ad esso"[55].

[52] "Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero della Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma dell'incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati"
[53] In S. Bartolomucci, *L'adeguatezza del modello nel disposto del d.lgs. 231 e nell'apprezzamento giudiziale*, cit., 169.
[54] *Ivi*, 170.
[55] *Ivi*, 172.

Dal secondo punto di vista, invece, come autorevole dottrina[56] segnala, la scelta del giudice di legittimità condannerebbe l'istituto del modello a una sostanziale inapplicazione, legittimando l'individuazione della responsabilità dell'ente sulla base di un *versari* in contrasto con le esigenze di personalità della responsabilità penale. Le precedenti sentenze dei giudici di merito, all'opposto, avrebbero, correttamente, rilevato la natura sostanzialmente colposa dell'illecito dell'ente anche per il fatto degli apicali, declinato la colpevolezza dell'ente in termini di esigibilità contestualizzata al momento in cui era avvenuto il fatto di reato, e infine reinterpretato il criterio dell'elusione fraudolenta in una dimensione "debole" o "soft" – coincidente col semplice dolo "di elusione" del modello: elementi tali da far parlare di una "restaurazione del principio di colpevolezza" nel campo degli enti.

Il contrasto tra le interpretazioni s'innesta dunque sulla praticabilità o meno di un'interpretazione "teleologicamente orientata" al rispetto della colpevolezza, o comunque finalizzata a rendere maggiormente praticabile l'esimente[57]. Senza propendere per l'una o per l'altra soluzione, in questa sede preme segnalarsi il senso d'insoddisfazione per i criteri attualmente vigenti, che da un lato invogliano a dubbie interpretazioni estensive, e dall'altro sembrano suggerire, in una prospettiva *de lege ferenda*, di intervenire a livello legislativo, per evitare che simile *impasse* pregiudichi l'operatività dell'intero impianto dettato dal d.lgs. 231.

5. Possibili soluzioni al problema dell'adeguatezza.

5.1. *Indicazioni* de lege lata*: Linee Guida e presunzioni di conformità.*

L'imposizione di obiettivi di prevenzione per il tramite dell'autocontrollo perde di significato laddove il beneficio non possa essere conseguito, con il travolgimento della logica del "bastone" e della "carota". L'esigenza di trovare una soluzione appare tanto più pressante ora che è possibile costatare un'effettiva penetrazione della cultura della *compliance* all'interno delle realtà aziendali italiane, fase ultima di un processo difficoltoso, caratterizzato per una iniziale indifferenza da parte degli enti, cui era seguito un primo e solo apparente adeguamento alla legge, realizzato mediante l'adozione di modelli "sulla carta"[58].

Se una parte della dottrina propone di "attendere" la formazione di precedenti giurisprudenziali che, come accade per altri settori, guidino il giudice nella sua attività anche in tema di modelli[59], in prospettiva di riforma alcune indicazioni possono ricavarsi già *de lege lata*.

Il co. 3 dell'art. 6, come detto, attribuisce ai codici di comportamento redatti dalle "associazioni rappresentative di categoria" un potere conformativo, accompagnato dal ruolo inedito di "validatore" attribuito al Ministero della Giustizia, che può, entro trenta giorni dalla ricezione, e di concerto con i ministeri competenti, formulare osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati. Tale sistema riconosce il ruolo del sapere proveniente "dal basso", ovvero dallo stesso settore in cui il modello andrà a operare e dagli stessi soggetti cui questo dovrà applicarsi, coerentemente con l'idea dell'auto-normazione. Tuttavia, lo stesso sito del Ministero della Giustizia ricorda che "l'idoneità del modello di organizzazione e gestione è però oggetto di autonoma valutazione da parte dal giudice in relazione ai fatti specificamente contestati", e sebbene ad oggi siano numerose le associazioni che abbiano provveduto a redigere simili codici e ottenuto l'approvazione del Ministero della Giustizia, non vi è ancora, come la vicenda Impregilo dimostra, un adeguato riscontro giurisprudenziale. Tale dato, oltre a discendere dalla mancata attribuzione a livello normativo di un valore applicativo alle linee guida, sembra derivare, altresì, dalla natura stessa di tali documenti; la lettura della Parte Speciale delle recenti Linee Guida elaborate da Confindustria[60], ad esempio, lascia insoddisfatti:

[56] C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, cit., *passim*; Id., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de prufundis?*, cit., *passim*.
[57] Ipotesi pure presa in considerazione da chi comunque critica la sentenza d'appello: S. Bartolomucci, *op. ult. cit.*, da 172 a 174.
[58] V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 69 ss.
[59] G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 173.
[60] Cfr. le *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, ai sensi del d.lgs. 231/2001 (aggiornate al marzo 2014)*.

pur ritrovandosi in essa un'efficace descrizione dei reati presupposto, della loro evoluzione normativa e delle *rationes* politico-criminali, non sono individuati in modo compiuto sistemi volti a minimizzare il rischio reato, sostituiti da semplici esempi, piuttosto generici, che non paiono in grado di rappresentare un parametro affidabile per il giudizio. Una soluzione che sappia valorizzare la norma in commento dovrebbe quindi verificare se vi sia la possibilità – e, nel caso, quale sia il modo – di rendere tali strumenti più "stringenti", così da attribuire loro una valenza "spendibile" in sede processuale.

L'altra norma di riferimento è il comma 5 dell'art. 30 d.lgs. 80/2008 (*T.U. in materia di sicurezza sul lavoro*), che prevede una presunzione di idoneità del modello adottato dalla singola azienda nel caso in cui sia conforme alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al *British Standard OHSAS 18001:200*[61]. Si tratta di una presunzione di conformità che, nel silenzio della legge, deve ritenersi relativa, nel rispetto del potere discrezionale del giudice[62]; essa, pur operando per un periodo di tempo contenuto (sostanzialmente vago: "in sede di prima applicazione"), esplicitamente soddisfa l'esigenza di certezza delle imprese nella redazione del modello mediante l'individuazione di due diversi standard, uno nazionale ed uno internazionale, che fungano da linee guida. Sebbene non sia questa la sede per valutare la riuscita di tale scelta, in particolare rispetto all'effettiva compatibilità di tali strumenti lavoristici con i più ampi obiettivi del modello 231, si segnala come tale tentativo sia coerente con la direzione tracciata dal co. 3 art. 6, ovvero con l'idea di un riconoscimento dell'esperienza settoriale. In particolare, preme porsi l'accento su come la descritta etero-normazione del modello sia praticabile in virtù della natura degli illeciti da prevenire, prevalentemente colposi, i quali, come visto[63], connotandosi come rischi cd. "in attività" tipici dell'intero settore, consentono una predeterminazione delle cautele.

5.2. *La certificazione del modello.*

Per rispondere alla richiesta di certezza/prevedibilità applicativa in sede giudiziale da parte delle imprese si è proposto di introdurre una certificazione preventiva dell'idoneità del modello[64]. Secondo quanto previsto dallo Schema di disegno di legge di modifica del d.lgs. 231 elaborato per conto dell'AREL da una commissione di esperti e fatto proprio dall'allora governo in carica[65], che prevedeva una serie di modiche al d.lgs. 231 imperniate intorno alla restituzione dell'onere della prova alla pubblica accusa, ad una maggiore specificazione legislativa dei requisiti del modello e appunto alla creazione di un sistema di certificazione preventiva, si doveva attribuire un potere di certificazione a soggetti pubblici e/o privati individuati con regolamento del Ministero della Giustizia, a sua volta munito del potere di vigilare sul loro operato. Una volta che l'impresa avesse ottenuto la certificazione, il controllo operabile dal giudice avrebbe riguardato soltanto la conformità del modello in concreto adottato a quello oggetto di certificazione, nonché l'attualità della suddetta certificazione, che poteva venir meno qualora fossero sopraggiunte variazioni nelle dinamiche organizzative dell'ente o sviluppi nell'elaborazione di tecniche/tecnologie di contrasto ai reati.

Tale sistema è stato oggetto di critiche a più voci in dottrina[66], per vari ordini di ragioni. Dal punto di vista della opportunità dell'istituto, la certificazione del modello rischierebbe di dar vita a una sorta di mercato delle certificazioni, con una monetizzazione della prevenzione

[61] Per un approfondimento del tema cfr.: F. Giunta, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in D. Fondaroli – C. Zoli (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del D.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, 2014, 1 ss.; O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, cit., 1325 ss.; R. Guerrini, *Le modifiche al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in F. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 131 ss.
[62] O. Di Giovine, *op. ult. cit.*, 1338.
[63] *Supra*, 7.
[64] A. Fiorella, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della 'pratica'*, in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001,* cit., 359 ss.
[65] Cfr. lo *Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.*
[66] G. De Vero, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1141; G.M. Flick, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, 4036 ss.; F. Mucciarelli, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.*, 2010, 1248 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 847 ss.

condotta mediante una moderna "vendita delle indulgenze" per le imprese. In questo modo, non solo la creazione della regola di condotta, ma anche il suo controllo sarebbe privatizzato. È altresì contestata la praticabilità di una simile scelta, giacché il carattere necessariamente dinamico del modello precluderebbe la strada a un'effettiva certificazione, a meno che non si voglia ipotizzare un monitoraggio del modello costante e continuo, con conseguente implementazione dell'apparato burocratico di un sistema la cui complessità, come visto, è già stata stigmatizzata. Infine, si dubita che il potere di accertamento giudiziale possa, nella pratica, "contentarsi" della sola verifica di corrispondenza tra modello certificato e modello attuato, senza spingersi verso il controllo dell'idoneità in concreto delle cautele ritenute adeguate e certificate: a ragionare in tal senso, tuttavia, verrebbe meno l'esigenza di certezza posta a fondamento della presunzione.

5.3. *Implementazione di* hard *e* soft law.

Il problema della tipizzazione della fonte e del contenuto del modello e quello della valutazione dell'adeguatezza in sede giudiziale sono due facce del medesimo problema; se la soluzione della certificazione è destinata a operare "a valle" del momento in cui è stato adottato il modello, ovvero durante la fase del giudizio, altra parte della dottrina ha percorso la strada dell'implementazione delle fonti del modello, dunque intervenendo "a monte" della sua adozione.

A tal riguardo, nel panorama dei contributi in materia si rileva, innanzitutto, una presa di consapevolezza circa l'eterogeneità dei contenuti del modello secondo il tipo di reato da prevenire. In questo senso, l'indeterminatezza legislativa si pone come necessaria conseguenza della disciplina unitaria prescelta dal legislatore, che descrive un modello genericamente inteso e non ritagliato in funzione del reato da prevenire. Pertanto, si propone una differenziazione per i vari tipi di illecito, tramite il ricorso all'*hard law* in funzione del rispetto di legalità e determinatezza[67].

A ciò dovrebbe accompagnarsi, data la natura inevitabilmente "particolare" del modello, non descrivibile in ciascun suo elemento da una legge per definizione generale ed astratta, la valorizzazione delle *best practices* – sulla scorta di quanto tentato di fare dal co. 3 dell'art. 6, pur in una dimensione embrionale – ai fini della redazione di "modelli pilota"[68]. Questi dovrebbero essere realizzati sulla base di un metodo induttivo, che muova da un'attività di *discovery* delle buone pratiche messe in campo dalle varie aziende che operano in un settore omogeneo, combinata alla più generale raccolta e confronto delle informazioni provenienti dalle aziende e da coloro che redigono i modelli, così da individuare punti di forza e criticità delle *pratices* stesse. Tale processo di circolazione delle informazioni dovrebbe essere costante e proseguire anche successivamente alla elaborazione dei modelli pilota, in modo da garantire un aggiornamento costante. L'adozione di un modello conforme al modello pilota descritto potrebbe trovare un riconoscimento giudiziale mediante la previsione di una presunzione relativa di adeguatezza, che imporrebbe al giudice un onere di motivazione specifica tutte le volte in cui ritenesse inidoneo un modello adottato conformemente al modello pilota.

[67] G. De Vero, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, cit., 1137 ss.; F. Mucciarelli, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, cit., 128 ss. Da ultimo, autorevole dottrina ha proposto l'introduzione di illeciti direttamente modellati sulla condotta dell'ente, con conseguente eliminazione del "filtro" del reato presupposto; in questo senso C.E. Paliero, *La personalità dell'illecito tra "individuale" e "collettivo"*, relazione al Convegno "*Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche*", Pisa, 8/9 maggio 2015.
[68] C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 842 ss.

La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana

Alcuni spunti *de jure condendo*

The Practice of Pre-trial Diversion for Corporate Offenders in the U.S.A. and U.K.

Some Ideas de jure condendo

Federico Mazzacuva
Dottore di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Milano Bicocca

Responsabilità da reato delle persone giuridiche, Pre-trial diversion

Criminal Liability of Legal Persons, Pre-trial Diversion

Abstract

Nell'ordinamento statunitense, si assiste alla progressiva estensione, agli enti collettivi, di procedimenti di diversione i quali sono diventati, oggi, lo strumento privilegiato per fronteggiare la criminalità d'impresa; tanto che anche il Regno Unito ha, di recente, introdotto una disciplina ah hoc. Tale è la pervasività della giustizia dilatoria che la stessa ha finito per stravolgere i regimi di corporate liability vigenti nei sistemi di area anglo-americana, fornendo al contempo spunti comparativi anche in prospettiva di riforma del d. lgs. n. 231 del 2001.

The article discusses the recent evolution in Anglo-American systems of criminal justice of pre-trial diversion, which has become the main prosecution tool to deal with corporate criminality. The article also reflects on problems related to the general framework of corporate liability in a comparative perspective.

Sommario

1. La *deferred prosecution* per gli enti collettivi negli Stati Uniti d'America: l'evoluzione di una prassi. – 2. Il modello anglosassone: un primo tentativo di positivizzazione della *deferred prosecution*. – 3. Conclusioni: l'esperienza anglo-americana come possibile modello per una riforma del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231?

1. La *deferred prosecution* per gli enti collettivi negli Stati Uniti d'America: l'evoluzione di una prassi.

Nell'ordinamento statunitense, gli accordi per differire ovvero per non procedere con l'incriminazione (rispettivamente, *deferred prosecution agreement* e *non prosecution agreement*, di seguito DPA e NPA) hanno un'origine risalente: essi furono originariamente impiegati, già agli inizi del '900, per i crimini commessi dai minorenni al fine di evitare le ripercussioni, a livello personale e sociale, derivanti dalla condanna in sede penale (c.d. *pre-trial diversion*)[1]. A partire dagli anni '90, si assiste alla progressiva estensione agli enti collettivi dei DPA e NPA, con due obiettivi principali: chiamare a rispondere, degli illeciti commessi in ambito aziendale, un numero sempre maggiore di imprese, seppur mediante meccanismi di *diversion* più flessibili e più rapidi; scongiurare le ricadute negative che i procedimenti penali normalmente riversano sul mercato (il c.d. effetto Arthur Andersen)[2]. Negli ultimi 15 anni, si registra un impiego sempre più massiccio di DPA e NPA i quali rappresentano, oggi, lo strumento privilegiato per fronteggiare la criminalità dei colletti bianchi, nell'ambito di una politica criminale ispirata alla logica "*too big to jail*"[3].

Non vi è una definizione normativa di DPA o di NPA: i contenuti che, in genere, caratterizzano un accordo possono ricavarsi dalla prassi, mentre i criteri orientativi della discrezionalità dei procuratori federali sono elaborati da linee guida (i cc.dd. memorandum) diffuse per lo più dal *Department of Justice* (DOJ) e dalla *Security and Exchange Commission* (SEC).

Ciò detto, si può definire DPA quell'accordo tra *prosecutor* ed ente indagato, da sottoporre al vaglio del giudice, in virtù del quale l'ente, al fine di evitare il proseguimento del processo penale a suo carico (da qui l'evidente differenza rispetto al *bargaining*)[4], si impegna, per un periodo di "osservazione" (in genere, da sei mesi a due anni), ad adempiere una serie di obblighi, tra i quali: la presa in carico da parte della società dell'addebito mosso nei suoi confronti, mediante uno *statement of facts* irretrattabile (ma una formale ammissione di colpevolezza – a differenza del *bargaining* – non è richiesta: la presunzione di innocenza rimane intatta, essendo questo uno degli scopi della diversione)[5], utilizzabile tra l'altro nel procedimento penale in caso di esito negativo della *diversion*; cooperare con le autorità inquirenti nell'individuazione della persona fisica responsabile, anche attraverso la rinuncia – questa volta, come nel *bargaining* – ad una serie di prerogative costituzionali relative alla segretezza dei colloqui confidenziali tra avvocato e cliente nonché della documentazione difensiva (cc.dd. *attorey-client* e *work product privileges*)[6]; adottare o modificare il proprio *compliance program* a scopi prevenzionisti-

[1] La prassi conosce anche altre denominazioni: *settlement agreement, deals of justice,* ecc. Per una più approfondita disamina dei *deferred prosecution agreement* e dei *non prosecution agreement* nell'ordinamento statunitense, sia consentito il rinvio a Fed. Mazzacuva, Deferred prosecution agreements: *riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L'indice penale*, 2013, n. 2, 737 ss. Per i più recenti contributi della dottrina italiana in argomento, v. R.A. Ruggiero, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico,* in *Dir. pen. cont.,* 12 ottobre 2015. Tra la letteratura continentale, v.: Aa. Vv., Deals *de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée,* a cura di A. Garapon, P. Servan-Schreiber, Parigi, 2013.

[2] Effetto così denominato dal tracollo della società di revisione della Enron, la Arthur Andersen LLP, a seguito della condanna per il reato di ostruzione alla giustizia. In argomento, v. K. F. Brickey, *Andersen's Fall From Grace*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003.

[3] Secondo la felice formulazione coniata da B.L. Garrett, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations,* Harvard, 2014.

[4] Sul *plea bargaining* e, in generale, sui riti alternativi di tipo negoziale previsti dall'ordinamento processuale statunitense, v., per la letteratura italiana, V. Franchiotti, *Profili privatistici della giustizia penale statunitense,* in *Giurisprudenza italiana,* 1992, fasc. IV, 312; G. Mannozzi, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il* Just Desert Model *e la riforma del* Sentencing *nordamericano*, Padova, 1996.

[5] A proposito del rapporto tra diversione processuale e presunzione di innocenza, v. tra i più recenti contributi della letteratura italiana, B. Bertolini, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione,* in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2014, 6.

[6] Con la rinuncia all'*attorney-client privilege,* la società autorizza i propri legali interni a fornire, alle autorità inquirenti, tutte le informazioni delle quali siano venuti a conoscenza in ragione del loro ufficio; viceversa, sacrificando la *work product protection*, l'ente si impegna a consegnare, alle medesime autorità, tutta la documentazione interna predisposta in vista dell'apertura del procedimento.

ci, spesso sotto il controllo di commissari esterni (c.d. *monitor*)[7]; versare una somma di denaro a titolo, a seconda dei casi, di *financial penalty*, risarcimento del danno, donazioni a istituzioni pubbliche o private di beneficenza, e così via; infine, mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca[8].

Non vi è nemmeno nessuna norma che specifichi in che misura il giudice sia chiamato a vagliare i termini dell'accordo. Invero, l'unica disposizione in materia è contenuta nello *Speed Trial Act* (1974) il quale si limita a stabilire che, ai fini del calcolo dei limiti temporali massimi per la conclusione delle diverse fasi procedimentali, non si tiene conto di eventuali dilazioni dovute al raggiungimento di un accordo tra *prosecutor* e soggetto indagato, «da sottoporre al vaglio del giudice», che consenta a quest'ultimo di dimostrare la propria "buona condotta"[9].

I NPA si distinguono dai DPA per il fatto che essi intervengono prima della formale iscrizione della notizia di carico dell'ente (*filing*) e, quindi, assumono le forme di un accordo concluso privatamente tra organo inquirente ed ente indagato, che non comporta l'apertura di alcun procedimento e, di conseguenza, non è sottoposto a delibazione giudiziale; con tutti i problemi che una simile prassi pone rispetto ai principi sanciti dal IV emendamento alla Costituzione nordamericana, ossia l'imparzialità e la terzietà del giudice e la pubblicità del procedimento[10].

Quanto ai fattori orientativi della discrezionalità del *prosecutor*, i memorandum diffusi dal DOJ a partire dal 2000 (i più importanti sono *"Federal Prosecution of Corporations"* del 2000 e *"Principles of Federal Prosecution of Business Organizations"* del 2003, noti come *Holder Memorandum* e *Thompson Memorandum*, dal nome dei rispettivi *Deputy Attorney General* che li hanno redatti) individuano una serie di fattori volti a rendere il più possibile omogeneo l'esercizio dell'azione penale. In particolare, il Pubblico Ministero è tenuto a valutare: la natura e la gravità del reato per il quale si procede; la pervasività della condotta illecita nell'ambito dell'organizzazione e l'eventuale coinvolgimento del *management*; la storia giudiziaria dell'ente (precedenti azioni esperite in sede penale, civile ed amministrativa); la tempestività di un'eventuale denuncia da parte della società e la cooperazione di quest'ultima nelle indagini; l'esistenza di un effettivo *compliance program*; le azioni intraprese dall'ente per rimediare al reato commesso, compresa l'eventuale adozione/implementazione di un modello organizzativo; infine, la sussistenza di eventuali danni cagionati a terzi[11].

Quanto all'operatività dell'istituto nella prassi, dai dati a disposizione, relativi agli accordi conclusi dal DOJ e dalla SEC nell'ambito dei casi di maggior rilievo (di competenza, appunto, di organi federali), emerge che dal 2007 ad oggi la media è di circa 30 *agreement* ogni anno. Parallelamente alla crescita del numero di procedimenti conclusisi con un DPA o NPA, si assiste – come è ovvio – ad un incremento delle somme incamerate a vario titolo nelle casse federali: se si guarda solo al 2014, si registrano 20 DPA e 10 NPA i quali hanno consentito di incamerare somme pari a circa 5 miliardi di dollari[12].

Per ciò che concerne, invece, gli esiti della *deferred prosecution* e il "rischio di recidiva" collegato alle imprese "rientrate nella legalità" attraverso la diversione processuale, può anzitutto rilevarsi che, ad oggi, un solo DPA e un solo NPA hanno sortito esito negativo, dando luogo

[7] Si noti come la *diversion* dia un rilievo del tutto nuovo all'istituto del *compliance program*, originariamente previsto dall'*U.S. Federal Sentencing Guidelines, Chapter* 8, come circostanza attenuante. Più diffusamente sul punto, v. tra molti: G. Capecchi, *Le* sentencing guidelines for organisations *e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense,* in *Dir. comm. int.*, 1998; N. Bertolini, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: le* Federal Sentencing Guidelines, in *F. Ambr.*, 2003.

[8] Per una definizione dei DPA, cfr. tra gli altri S. Oded, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown,* in *Law Journal for Social Justice,* 2011, vol. 2, 6 ss.; C.A. Wray, R.K. Hur, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memorandum in Theory and in Practice*, in *American Criminal Law Review*, 2006, vol. 43, 1104-1105.

[9] [18] *U.S. Code Chapter* 208 - *Speed Trial Act* (1974), *Section* 3161 (a) e (b). Trattasi della disciplina statunitense del "processo rapido", attuativa del principio costituzionale della giustizia rapida di cui VI Emendamento alla Costituzione americana (il testo della legge è consultabile all'URL *https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-II/chapter-208*). Sul silenzio della legge in materia di *deferred prosecution* e sul conseguente ruolo "*wait-and-see*"attribuito al giudice, v. B. M. Greenblum, *What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements,* in *Columbia Law Review,* 2005, vol. 105, n. 6, 1901.

[10] Cfr. S. Oded, *op. loc. ultt. citt.*

[11] Ulteriori aggiornamenti si sono avuti, tra l'altro, con il *McCallum Memorandum* e il *Morford Memorandum* (tutti i *memorandum* redatti dal DOJ sono disponibili all'URL *http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual*). In argomento, v. tra i tanti C.A. Wray, R.K. Hur, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World*, cit., 1178 e ss.

[12] Statistiche elaborate da Gibson, Dunn & Crutcher, studio legale internazionale le cui banche dati sono spesso citate dalla letteratura nordamericana (*http://www.gibsondunn.com/publications/pages/2015-Mid-Year-Update-Corporate-Non-Prosecution-Agreements-and-Deferred-Prosecution-Agreements.aspx*). Un'altra importante risorsa è il database relativo ai DPA e NPA curato dai professori Garret e Ashley dell'Università della Virginia (*http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution_agreements/*).

alla riapertura del procedimento penale[13]; tuttavia, in un numero non stimato di casi i termini degli accordi vengono rivisti *in itinere* per consentire all'ente di adempiere i propri obblighi. Peraltro, dalle statistiche pubblicate dalla *Federal Commission* relative al 2014 emerge che la quasi totalità delle imprese condannate ai sensi del Cap. VIII delle *Federal Sentencing Guidelines* non avesse precedenti penali (DPA inclusi) negli ultimi 10 anni (il 98%) e non possedesse un modello organizzativo (il 96,5%)[14]: dato dal quale può desumersi che in genere le imprese, che si siano già sottoposte ad un programma di diversione, non vengono coinvolte in nuove inchieste.

Infine, va segnalato che solo l'8,8% delle società riconosciute responsabili di un illecito penale si è auto-denunciato, ha cooperato alle indagini o ha ammesso la propria responsabilità[15], il che spiega come la strada della *deferred prosecution* costituisca la via prediletta per il contrasto alla *corporate criminality*[16].

Tale scenario non è, certo, esente da critiche. Sotto il profilo di politica criminale, si è segnalato, da un lato, che l'effetto Arthur Andersen sarebbe privo di riscontri nella realtà, nel senso che, in un numero significativo di casi, le aziende sono "sopravvissute" al procedimento penale[17]; dall'altro, che l'estensione della *diversion* agli enti rappresenterebbe una sorta di "vittoria del mercato sulla giustizia"[18]. A ciò si aggiunga che, sotto il profilo delle garanzie, alcuni autori hanno evidenziato gli esiti distorti di alcuni *agreement*: eclatante è stato l'accordo concluso da una società, indagata per fatti di mendacio societario, che obbligò quest'ultima – tra l'altro – ad istituire una cattedra in etica di impresa in una *law school*[19]. Per quanto attiene alle persone fisiche indagate, spesso le indagini vengono delegate a soggetti privati, interni o esterni alle aziende, che non necessariamente assicurano il rispetto delle garanzie fondamentali previste per la persona sottoposta a procedimento penale[20]; analogamente, stentano ancora ad affermarsi regole che consentano di tutelare i "suonatori di fischietto" (i cc.dd. *whistleblowers*), ossia coloro i quali denunciano presunte attività illecite delle quali siano venuti a conoscenza in ragione dell'attività lavorativa svolta in azienda.

2. Il modello anglosassone: un primo tentativo di positivizzazione della *deferred prosecution*.

Il Regno Unito ha mutuato l'esperienza nordamericana dei DPA predisponendo, però, una disciplina positiva *ad hoc*, contenuta nel *Crime and Courts Act* (2013)[21], corredato di un apposito *Code of Practice* (2014)[22] pubblicato congiuntamente dal *Serious Fraud Office* e dal

[13] DPA con Aibel Group Ltd., stipulato nel 2007 e revocato nel 2008; NPA con la Banca UBS, stipulato nel 2012 e revocato nel 2015 (cfr. nota n. 12).
[14] *U.S. Sentencing Commission's, "Sourcebook of Federal Sentencing* Statistics", 2014 (*http://www.ussc.gov/research-and-publications/annual-reports-sourcebooks/2014/sourcebook-2014*). In realtà, le statistiche pubblicate dalla *Sentencing Commission* forniscono una visione solo parziale della situazione: la Commissione, infatti, si basa su un sistema di *self-report* da parte dell'autorità giudiziaria e non considera, per esempio, i casi nei quali il *prosecutor* decide di non perseguire l'ente oppure di esperire azioni nei confronti di quest'ultimo in sedi diverse da quella penale.
[15] Vedi nota n. 12.
[16] Vedi nota n. 14.
[17] Sul punto, v. G. B. Markoff, *Arthur Andersen and the Mythe of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century,* in *University of Pennsylvania Journal of Business Law,* 2013, 797 ss.
[18] Si è espresso in questi termini, R. Mokhiber, *Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements. A Report Released by Corporate Crime Reporter,* in *Corporate Crime Reporter,* 2005, 3 ss. (*http://www.corporatecrimereporter.com/news/200/crime-without-conviction-the-rise-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-2/).*
[19] Trattasi del DPA concluso tra Bristol Myers Squibb Company e l'*U.S. Attorney Office* del Dipartimento del New Jersey, datato giugno 2005 (consultabile su *http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution_agreements/*). In argomento, v. J. C. Jr. Coffee, *Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?*, in *The National Law Journal*, 2005, *passim.* Sui casi di "*prosecutorial abuse*", v. anche P. Nanda, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, 58, 605 ss.; E. Paulsen, *Imposing Limits On Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements*, in *New York University Law Review*, 2007, 1434 ss.
[20] Sul problema delle indagini interne alle aziende e la necessità di rispettare le garanzie processuali fondamentali a tutela dell'indagato e dell'imputato, v., tra i più recenti contributi della letteratura italiana, F. Nicolicchia, Corporate internal investigations *e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità "penale" degli enti: alcuni rilievi sulla base della "lezione americana"*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* 2014, nn. 3-4, 781 ss.
[21] *U.K. Crime and Courts Act* (2013), *Section* 45 e *Schedule* 17 (il testo della legge è consultabile all'URL *http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents/enacted).*
[22] *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, pubblicato dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service* (2014), testo disponibile all'URL *http://www.sfo.gov.uk/about-us/our-policies-and-publications/deferred-prosecution-agreements-code-of-practice-and-consultation-response-aspx*).

Crown Prosecution Service[23]. Alla pubblicazione delle linee guida è seguita l'entrata in vigore della riforma, limitata per un primo momento all'Inghilterra e al Galles[24].

Non si è inteso, invece, introdurre gli NPA, ritenuti incompatibili con i principi fondamentali del sistema di giustizia penale inglese proprio per l'assenza di qualsivoglia delibazione giudiziale sull'accordo tra *prosecutor* e *defendant*[25].

Merita segnalare che, tra le preoccupazioni del Governo inglese, vi è anche quella di attenuare l'onere probatorio richiesto nei procedimenti relativi alle cc.dd. *mens rea offences*, ossia – come è ben noto – per quei reati rispetto ai quali il Pubblico Ministero è tenuto a dimostrare non solo la configurabilità dell'elemento psicologico richiesto dal reato in capo ai *controlling officers* (cioè gli apicali), ma anche che l'illecito sia stato da costoro commesso nell'esercizio delle loro funzioni, secondo il *principle of identification*[26]. In questo senso, secondo le linee guida è sufficiente, ai fini della legittima conclusione di un DPA, un compendio indiziario tale da potersi verosimilmente ritenere che l'ente abbia commesso l'illecito e che la prosecuzione delle indagini potrà condurre, in tempi ragionevoli, ad una "realistica prospettiva di condanna", criterio "cardine" nell'esperienza della *prosecution* di matrice anglosassone[27].

Venendo al contenuto della disciplina, l'operatività della stessa è limitata sia *ratione subiecti* che *ratione materiæ*: solo le organizzazioni collettive in senso lato (con o senza personalità giuridica) possono usufruire della *deferred prosecution* e sempreché l'ente risulti indagato per uno dei reati espressamente previsti (trattasi di illeciti in materia economica e finanziaria: truffa, frode in commercio, falso in bilancio, reati doganali; contraffazione di merci; riciclaggio, evasione fiscale, ecc.)[28].

Tra gli aspetti di maggior pregio del modello inglese, va annoverata l'opportuna predeterminazione – ad opera, per vero, delle linee guida – dei contenuti dell'accordo, volta a scongiu-

[23] Anche per la disamina del modello anglosassone, si rinvia a Fed. Mazzacuva, Deferred prosecution agreements: *riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, cit.; per un commento al *Code of Practice,* v. Id., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del* Code of Practice *inglese: spunti per alcune riflessioni* de jure condendo, in *L'indice penale,* 2015, nn. 1-2, 179 ss.

[24] Come è noto, nel Regno Unito coesistono diversi ordinamenti penali; lo Statuto in commento, in particolare, è entrato in vigore in Inghilterra e in Galles e, in un secondo momento, dovrebbe essere esteso anche alla Scozia e all'Irlanda del Nord (cfr. *Ministry of Justice, "Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisation: Deferred prosecution agreements",* presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor and Secretary of State for Justice*, maggio 2012, 8, § 11, *https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/deferred-prosecution-agreements/supporting_documents/deferredprosecutionagreementsconsultation.pdf*).

[25] Cfr. *Ministry of Justice, "Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisation*", cit., 19, § 69.

[26] Principio elaborato dalla *House of Lords* nel caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass* (1972); criteri ascrittivi e standard probatori diversi valgono, invece, per le ipotesi di responsabilità vicariale della società (cfr. *Guidance on Corporate Prosecutions,* pubblicata dal *Director of Public Prosecutions*, dal *Director of the Serious Fraud Office* e dal *Director of the Revenue and Customs Prosecutions Office*, *http://www.sfo.gov.uk./media/65217/joint_guidance_on_corporate_prosecutions.pdf*). Più diffusamente, sul sistema inglese di *corporate criminality*, v. tra gli altri: G. Gobert, *Corporate Criminality: four models of fault,* in *Legal Studies*, 1994, 393 ss.; A. Pinto, M. Evans, *Corporate Criminal Liability,* Londra, 2001. Per studi comparati, nell'ambito della letteratura italiana, v.: C. De Maglie, *L'etica e il mercato,* Milano, 2002; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, S. Pagliaro, Milano, 2010; R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005. Sul funzionamento del Pubblico Ministero nel Regno Unito, v. tra gli altri: Aa. Vv., *Procedure penali d'Europa*, diretto da M. Delmas-Marty, ed. italiana a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, 231 ss.

[27] *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice,* cit., §§ 1.2, *i)* e 2.2, *ii)*. Il parametro della "realistica prospettiva di condanna", del resto, è previsto in generale anche dal § 4.4 del *Code for Crown Prosecutors* il quale, al successivo § 4.5, chiarisce che esso «è basato sull'oggettiva valutazione, da parte del *prosecutor*, delle prove, ivi compresa ogni istanza difensiva o informazione che l'indagato abbia presentato o sulla quale faccia comunque affidamento» e ricorre ogni qualvolta «dall'organo giudicante (giuria, *bench of magistrates* o giudice monocratico), che sia obiettivo, imparziale, ragionevole, correttamente edotto del caso e che agisca nel rispetto della legge, ci si possa aspettare con maggiore probabilità una sentenza di condanna» (cfr. *The Code for Crown Prosecutors*, pubblicato dal *Director of Public Prosecutions* in ottemperanza alla *section* 10 dell'*U.K. Prosecution of Offences Act* 1985, l'ultima versione del gennaio 2013 è disponibile all'URL *http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors*). È interessante notare come un accertamento condotto secondo criteri analoghi a quelli anzidetti sia richiesto anche agli organi di polizia nel caso in cui, nel corso di un'indagine a carico di un maggiorenne, si opti per la *simple caution* anziché per la *prosecution* (cfr. *Ministry of Justice, "Simple Caution for Adults Offenders",* 14 novembre 2014, §§ 41-45, *www.justice.gov.uk*). Sui rapporti tra organi di polizia e *Crown Prosecution Service* quanto all'esercizio dell'azione penale, v. tra gli altri, A. Ashworth, *Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales,* in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, vol. 8/2, 257 ss.

[28] *Crime and Courts Act* (2013), *s*. 45 e *Sched*. 17, Parte 1, § 4 (1) e Parte 2, §§ 15-27. In particolare, il catalogo legislativo elenca sia reati di *common law* che *statutory offences*. I reati di *commmon law* sono i seguenti: cospirazione finalizzata alla truffa; truffa ai danni dell'Erario. Le *statutory offences*, invece, sono: i reati di cui alle S*ections* 1, 17, 20 e 24 A del *Theft Act* del 1968 (furto, falso in bilancio, soppressione di documenti, indebita ritenzione di crediti); i reati di cui alle S*ections* 68, 167, 170 del *Customs and Excise Management Act* del 1979 (reati in materia di esportazione di merci vietate o limitate, false dichiarazioni, evasione fraudolenta); i reati di cui alle S*ections* 1, 2, 3, 4 e 5 del *Forgery and Counterfeiting Act* del 1981 (reati in materia di contraffazione di merci e falsificazione di documenti); il reato di cui alla *Section* 72 del *Value Added Tax Act* del 1994 (evasione dell'IVA); i reati di cui alle *Sections* 23, 25, 85, 346, 397 e 398 del *Financial Services and Markets Act* del 2000 (reati finanziari); i reati di cui alle *Sections* 327, 328, 329, 330 e 333 A del *Proceeds of Crime Act* del 2002 (ricettazione, riciclaggio e impiego di beni, denaro o utilità di provenienza illecita); i reati di cui alle *Sections* 658, 680 e 993 del *Companies Act* del 2006 (reati societari, frode in commercio); i reati di cui alle *Sections* 1, 6, 7 e 11 del *Fraud Act* del 2006 (truffe e frodi); i reati di cui alle *Sections* 1, 2, 6 e 7 del *Bribery Act* 2010 (reati in materia di corruzione); infine, il reato di cui alla *Regulation* 45 delle *Money Laundering Regulations* del 2007 (riciclaggio di denaro).

rare eventuali abusi da parte del *prosecutor* in sede di trattative[29]. Anzi, si prevede espressamente che detti contenuti debbano rispondere ai criteri di equità, ragionevolezza e proporzione rispetto ai fatti oggetto di contestazione[30].

La disciplina d'Oltremanica si caratterizza anche per una maggiore chiarezza circa il ruolo riservato al giudice. Dopo l'avvio delle trattative tra *prosecutor* ed ente indagato, ma prima del perfezionamento dell'accordo, il DPA deve essere sottoposto allo scrutinio della *Court* (*Crown Court*) in un'udienza preliminare e privata (*preliminary hearing*); al giudice non è affidato alcun potere nella formazione o nella modifica dei contenuti dell'accordo, pur potendo sempre rifiutare la proposta delle parti[31]. In particolare, la delibazione giudiziale ha ad oggetto – come si è detto – l'equità, l'adeguatezza e la proporzionalità dei contenuti del DPA nonché la rispondenza degli stessi alle esigenze di giustizia[32]. L'approvazione giudiziale del DPA avviene con decisione motivata in un'udienza pubblica e, in caso di esito positivo, il Pubblico Ministero è tenuto a pubblicare sia il DPA che la relativa decisione giudiziale[33], in ossequio ai principi della *consistency* (correttezza, lealtà, equità) e della *transparency* (trasparenza) che ispirano l'intera procedura[34]. In caso di inadempimento da parte dell'ente indagato ai termini dell'*agreement*, il *prosecutor* dovrà adire il giudice il quale, con provvedimento motivato, potrà invitare le parti a rinegoziare l'accordo oppure decretare la cessazione dello stesso e, quindi, l'inizio del processo, nell'ambito del quale – tra l'altro – lo *statement of facts* avrà valore di piena prova e non potrà essere ritrattato[35].

Non mancano, tuttavia, alcune criticità della disciplina in commento, come ad esempio la scarsa attenzione riservata ai diritti della vittima del reato la quale, invero, non è titolare di alcun potere nell'ambito della *deferred prosecution*[36], anche se il ristoro del danno cagionato dal reato costituisce – secondo le linee guida – contenuto "particolarmente consigliato" del DPA[37].

Dato il limitato arco temporale di riferimento (i DPA sono in vigore, nel Regno Unito, da poco meno di 2 anni), non sono disponibili dati ufficiali circa l'applicazione della procedure speciale[38].

Quanto al *Code of Practice,* l'aspetto più interessante ed innovativo riguarda (ancora una volta) i criteri orientativi della discrezionalità del *prosecutor*. In particolare, le linee guida sviluppano le acquisizioni della prassi nordamericana, dando un'inedita attuazione alla categoria della "colpa di reazione" (*reactive fault*)[39]. In altri termini, la strada privilegiata della *deferred prosecution* è riservata alla società che, in un ragionevole lasso di tempo dalla commissione del fatto, si dimostri in grado di "reagire" virtuosamente, attivandosi non solo per cooperare alle indagini ma anche per implementare la propria struttura aziendale in ottica prevenzionistica.

Ciò emerge, anzitutto, dal fatto che si suggerisce espressamente al Pubblico Ministero di non procedere qualora l'ente abbia adottato un modello organizzativo *post factum*[40]. Non im-

[29] *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., Parte 7, nella quale si indicano contenuti che grossomodo corrispondono a quelli cristallizzatisi nella prassi nordamericana.
[30] *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., Parte 7, §§ 7.2 e 7.5.
[31] *Crime and Courts Act* (2013), *S*. 45 e *Sched*. 17, Parte 1, § 7.
[32] *Crime and Courts Act* (2013), *S*. 45 e *Sched*. 17, Parte 1, § 7.1, (a) – (b).
[33] *Crime and Courts Act* (2013), *S*. 45 e *Sched*. 17, Parte 1, §§ 5 e 8.7.
[34] Cfr. *Ministry of Justice, "Deferred Prosecution Agreements: Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations",* presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor and Secretary of State for Justice*, ottobre 2012 (*https://www.gov.uk/government/publications/deferred-prosecution-agreements-government-response*).
[35] *Crime and Courts Act* (2013), *s*. 45 e *Sched*. 17, Parte 1, § 9.4 e 13.3-6.
[36] Poteri di intervento in favore della vittima del reato sono previsti, invece, in altre forme di diversione, come, ad esempio, nel caso della *simple caution* disposta dagli organi di polizia i quali, ai fini dell'archiviazione della *notitia criminis*, devono appunto garantire un contraddittorio con la persona offesa o danneggiata dal reato (cfr. *Ministry of Justice, Simple Cautions for Adults Offenders*, 14 novembre 2014, § 53, *https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/416068/cautions-guidance-2015.pdf*).
[37] *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice,* cit., § 7.8.
[38] Cfr. nota n. 12.
[39] Più diffusamente sul punto, v. Fed. Mazzacuva, ., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del* Code of Practice *inglese*, cit., 185 ss. La categoria della "*reactive fault*" è stata teorizzata da B. Fisse, J. Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, 49 ss., i quali osservano: «[q]uesto concetto [di colpa di reazione degli enti collettivi, *ndr*] riflette tre luoghi comuni: 1) la forza di atteggiamenti di risentimento verso aziende le quali si rifiutino o comunque non riescano a reagire con diligenza, ogni qualvolta ciò sia richiesto dalla natura nociva o eccessivamente rischiosa delle attività svolte dalle aziende medesime; 2) la prassi inevitabile in organizzazioni di medio-grandi dimensioni di delegare gli aspetti di *compliance* a funzioni subordinate, salvo le questioni di maggiore importanza; e 3) l'affidamento che le società ripongono negli strumenti civilistici di *enforcement* e la tipica percezione che il procedimento penale venga aperto solo qualora non siano disponibili altri rimedi in sede civile». Sul punto v. anche G. Gobert, *Corporate Criminality: four models of fault*, cit., 407 ss. In argomento, per la letteratura italiana, v.: C. De Maglie, *L'etica e il mercato,* cit., 373 ss.; A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 218 ss.
[40] *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., § 2.8.2, II.

porta, quindi, che la *company* non fosse sufficientemente *compliant* all'epoca della commissione del fatto, purché la stessa, una volta commesso l'illecito, colga l'occasione di reagire per colmare le lacune organizzative. A questo proposito, la *deferred prosecution* estende di gran lunga l'ambito di operatività dei *compliance programme*, sinora previsti solo dal *Bribery Act*[41]; del resto, il *Code of Practice* non manca di occuparsi dei contenuti specifici del modello organizzativo, al di là dei principi generali già contenuti nella *Guidance* in materia di corruzione[42].

In secondo luogo, peso considerevole è attribuito alla circostanza che gli organi amministrativi abbiano assunto "genuinamente", entro un ragionevole lasso di tempo dal fatto, un "*proactive approach*" che può estrinsecarsi in diversi modi: cooperazione alle indagini; irrogazione di sanzioni disciplinari; risarcimento del danno; ecc. Addirittura, si suggerisce al Pubblico Ministero l'opportunità di valutare se l'ente, che abbia nel frattempo posto in essere i rimedi suindicati, non debba essere considerato soggetto "diverso" rispetto a quello al quale è riferibile l'illecito e, in quanto tale, non meritevole di rimprovero[43].

Benché la "colpa di reazione" rappresenti una categoria ancora non sufficientemente indagata dalla dottrina in tutte le sue implicazioni, essa ha il pregio di rappresentare un criterio d'imputazione dell'illecito all'ente innovativo in quanto interamente "ritagliato" sulle peculiarità del soggetto collettivo.

Da questo punto di vista, l'esperienza anglo-americana rappresenta senz'altro un terreno di sperimentazione di straordinario interesse vieppiù che – come segnalato da più parti – in sistemi di giustizia basati sul principio di discrezionalità dell'azione penale (come quello statunitense e anglosassone), le linee guida, volte ad orientare l'operato degli organi inquirenti, acquisiscono un'importanza tale da poter addirittura stravolgere i regimi di responsabilità vigenti nel diritto sostanziale[44].

3. Conclusioni: l'esperienza anglo-americana come possibile modello per una riforma del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231?

Gli istituti di diversione processuale possono essere considerati come l'ultimo approdo del processo di cambiamento del paradigma di regolamentazione del mercato e, in definitiva, dell'evoluzione (o sarebbe meglio dire "involuzione", non priva di insidie) dello Stato di diritto verso quello che è stato autorevolmente definito uno "Stato minore"[45]. La giustizia, lungi dall'essere amministrata "dall'alto", viene attuata mediante tecniche di "privatizzazione" del giudizio nell'ambito delle quali la centralità del giudice cede rispetto alle iniziative assunte dalle parti in causa.

Per quanto attiene, più specificamente, gli ordinamenti di area europea, costituisce osservazione del tutto ricorrente quella che segnala una "dinamica di convergenza" della politica del processo, nel senso che mentre negli ordinamenti improntati alla doverosità dell'azione penale

[41] Sino alla riforma in commento, l'istituto del *compliance programme* era relegato, nel Regno Unito, all'ambito di applicazione della *Section* 7 del *Bribery Act* (2010), con riferimento alla fattispecie di *failure of relevant commercial organisations to prevent bribery*, illecito previsto – appunto – solo per le organizzazioni commerciali "rilevanti". In argomento, v. tra gli altri : V. Mongillo, *The Bribery Act 2010. Corporate criminal liability for bribery offences*, in A Fiorella, *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Liability* "ex crimine" *of Legal Entities in Member States,* Napoli, 2012, 315 ss.

[42] Ci si riferisce alla *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, pubblicata dal *Ministry of Justice* nel marzo 2011 (*https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf*). Più in dettaglio, la *Guidance* fornisce una lista di sei principi generali, corredati da commenti ed esempi: la proporzionalità (*proportionality*), ossia la necessità di predisporre un'organizzazione aziendale adeguata al grado di "rischio corruzione" stimato all'interno dell'ente, alle dimensioni di quest'ultimo e al settore di mercato in cui opera la società; il coinvolgimento degli organi di vertice nell'attività di "sensibilizzazione" ad ogni livello aziendale in ordine alla non tolleranza di attività illecite (*top level commitment*); la valutazione del "rischio corruzione" con riferimento alle aree aziendali "sensibili" (*risk assessment*); la predisposizione di procedure, di flussi informativi e di meccanismi di controllo (*due diligence*); la diffusione del *compliance programme* all'interno dell'impresa, anche attraverso appositi corsi indirizzati a dipendenti e collaboratori (*communication*) ed, infine, l'aggiornamento ed il controllo del modello organizzativo (*monitoring and review*). In argomento, v. tra molti: V. Mongillo, *op. loc. ultt. citt.*

[43] *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., § 2.8.2.

[44] In questi termini, v. tra gli altri L. Orland, *The Trasformation of Corporate Criminal Law,* in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law,* 2006, n. 45, 84 ss. Sull'influenza del formante processuale sulla formulazione stessa della norma penale sostanziale, cfr. per la dottrina italiana: F. Palazzo, M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 216 ss.; tra i contributi più recenti, M. Lavacchini, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese. Il Bribery Act del 2010 tra scelte di diritto sostanziale e discrezionalità applicativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2014. Gli intrecci tra diritto penale sostanziale e processuale nel settore della *diversion* sono evidenziati anche da F. Ruggieri, Diversion: *dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, cit., 538.

[45] Secondo la nota ricostruzione, di ispirazione foucaultiana, proposta da A. Garapon, *La raison du moindre État*, Parigi, 2010, *passim.*

si registra un'apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità mediante procedure di c.d. giustizia negoziata, in quelli tradizionalmente più distanzi al principio di opportunità si tende a vincolare l'agire del Pubblico Ministero mediante direttive gerarchiche di provenienza governativa[46]. Rispetto all'esperienza italiana, il riferimento è, ovviamente, all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati maggiorenni, introdotto con l. n. 67 del 2014, di modica del codice penale e di quello di rito[47]. In questa prospettiva, l'estensione agli enti della messa alla prova potrebbe rappresentare un "trapianto" a limitato rischio "di rigetto", e ciò per diverse ragioni.

Anzitutto, il settore del diritto penale d'impresa è – come noto – tradizionalmente pervaso dalla logica della contrattazione[48]: basti pensare a quell'insieme eterogeneo di istituti disseminati nelle pieghe della legislazione, come ad esempio nell'ambito della sicurezza sul lavoro e (più di recente) nel settore dei reati ambientali, che consentono in modi diversi la "fuga" dal procedimento penale a seguito di una sorta di ravvedimento operoso *post factum*[49].

Con specifico riguardo al d. lgs. n. 231 del 2001, può osservarsi come una sorta di "riabilitazione" (ancorché endoprocessuale) non sia certo estranea all'originaria logica del decreto: il riferimento è, evidentemente, all'art. 12 d. cit., che prevede un'attenuazione della sanzione qualora l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, abbia risarcito il danno o eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero ancora adottato ed attuato un modello organizzativo idoneo; nonché all'art. 17 del decreto medesimo il quale stabilisce che, nel caso in cui l'ente realizzi tutte le condotte riparatorie menzionate ed, inoltre, metta a disposizione il profitto ai fini di confisca, allo stesso non potranno essere comminate – in caso di condanna – sanzioni interdittive[50].

Per altro verso, margini di discrezionalità del Pubblico Ministero sono già previsti dalla normativa vigente nella disciplina dell'archiviazione del procedimento nei confronti della persona giuridica, di cui all'art. 58 del decreto.

Tuttavia, le ragioni di opportunità di una simile proposta di riforma risiedono soprattutto nel fatto che la diversione processuale potrebbe contribuire a superare l'*impasse* rappresentato dal giudizio di idoneità ed efficace attuazione del modello organizzativo *ex* art. 6 d. lgs. n. 231 del 2001[51], nel senso che l'adozione (ovvero implementazione) del *compliance program* costituirebbe il fulcro del "programma di riabilitazione" concordato tra le parti e sottoposto all'avallo

[46] In questi termini, v., tra gli altri., Aa. Vv., *Procedure penali d'Europa*, cit., 619; per i contributi più recenti nell'ambito della letteratura italiana, v. L. Luparía, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 8-9, 1752.

[47] Istituto, come noto, mutuato da quello già previsto, per i minorenni, dagli artt. 28 e 29 del d.P.R. n. 488 del 1988. Sulla messa alla prova per adulti, v. tra gli altri: F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.,* 2012; M. Colamussi, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa,* in *Processo penale e Giustizia*, 2012; B. Bertolini, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione,* in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2014; M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni,* in *Dir. pen. cont.,* 14 aprile 2014.

[48] Sul punto, v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., 317 ss.

[49] Artt. 20, 21 e 23 d. lgs. n. 758 del 1994, che prevedono un meccanismo di sospensione del procedimento e successiva estinzione del reato a seguito dell'adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza (nell'esercizio delle sue funzioni di polizia giudiziaria) e del pagamento di una somma calcolata in misura ridotta rispetto alla pena pecuniaria irrogabile in astratto: disciplina elevata a procedura generale per tutta la materia antinfortunistica dagli artt. 301 e 301-bis d. lgs. n. 82 del 2008. Modello, quest'ultimo, riproposto anche a seguito della riforma del diritto penale ambientale con l'entrata in vigore della l. n. 68 del 2015 la quale ha, tra l'altro, inserito una nuova parte VI *bis* al d. lgs. n. 152 del 2006 (Testo Unico Ambiente) che, appunto, si ispira al procedimento di estinzione delle contravvenzioni suindicato. In argomento, v. tra gli altri: M.C. Amoroso, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.,* 5 novembre 2015; L. Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in *Dir. pen. cont.,* 17 dicembre 2015; L. Siracusa, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2015.

[50] Nella stessa Relazione governativa al d. lgs. n. 231 del 2001, si afferma: «[…] le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale […] avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa» ("*Relazione al decreto legislativo recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*", testo reperibile su *www.rivista231.it*). Sulla "vocazione" special-preventiva delle sanzioni prevista dal d. lgs. n. 231 del 2001, v. tra gli altri: G. Flora, *Le sanzioni punitive per le persone giuridiche: un esempio di metamorfosi della sanzione penale?,* in G. Cerquetti e C. Fiorio, *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di, Padova, 2004, 19 ss.; M. Pellissero, *La responsabilità degli enti,* in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari,* a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 903; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* in G. Ubertis, G.P. Voena, *Trattato di procedura penale,* Milano, 2012, 92 e ss.

[51] Invero, l'intero sistema di imputazione della responsabilità *ex crimine* si espone al pericolo – già ampiamente segnalato dalla dottrina – che il giudice, sostituendo la (doverosa) valutazione *ex ante* con una (indebita) valutazione *ex post* e atteggiandosi così non da "fruitore" delle regole organizzative, bensì da vero e proprio "demiurgo" delle medesime, giunge ad un giudizio che è giocoforza di inidoneità o di inefficace attuazione dei protocolli aziendali nonostante i quali l'evento si è, appunto, verificato. Sul punto, v. tra molti: G. Carmona, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, 199; F. Giunta, *La responsabilità per omissione*, in G. A. De Francesco, *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspicii alla realizzazione?*, a cura di, Torino, 2001, 70 ss.

del giudice. Il che, tra l'altro, significherebbe positivizzare, con maggior chiarezza e certezza applicativa, ciò che già avviene di fatto nell'ambito del procedimento cautelare o in quello principale a carico dell'ente nei quali, invero, prevale la logica negoziale[52].

Ciò detto, anche alla luce dell'evidente differenza istituzionale che la Pubblica Accusa ricopre nei sistemi di *common law* ed in quelli di *civil law*, l'introduzione nel nostro ordinamento della diversione processuale per gli enti collettivi dovrebbe comportare una puntuale individuazione dei presupposti necessari per l'accesso alla procedura speciale nonché dell'oggetto della successiva delibazione giudiziale[53], al fine di rispettare il principio di obbligatorietà dell'azione "punitiva".

Inoltre, il "patto di riabilitazione", in ossequio all'autentica natura della *diversion*, dovrebbe contenere solo misure riabilitative (riferite, evidentemente, all'adozione ed implementazione del modello organizzativo) oltreché restitutorie e risarcitorie, mentre non potrebbe consentire di irrogare misure aventi natura sostanzialmente sanzionatoria[54]. In questo senso, guardando all'esperienza anglo-americana, mentre risulterebbe inammissibile una *financial penalty* disposta dall'accordo tra le parti, non pare potersi dire lo stesso circa la messa a disposizione del profitto "tratto dal reato" ai fini della confisca (anche, eventualmente, per equivalente), ciò ogni qualvolta la misura ablativa non abbia natura punitiva, bensì meramente "ripristinatoria" dell'ordine economico alterato dall'illecito[55].

In definitiva, l'esperienza anglo-americana rappresenta senz'altro un modello cui guardare, pur con le dovute cautele.

[52] Per considerazioni circa le funzioni del procedimento cautelare nell'ambito del d. lgs. n. 231 del 2001, v. tra gli altri G. Fidelbo, *Le misure cautelari,* in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, 503 ss.

[53] Come è stato osservato, l'art. 112 Cost. rende incompatibili con il nostro sistema penale processuale ipotesi di diversione di tipo "semplice" (imperniate cioè sulla totale discrezionalità dell'organo di accusa), non ti tipo "condizionato"; sul punto, v. M.G. Aimonetto, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Legislazione penale,* 2000, 125; V. Grevi, *Rapporto introduttivo su "diversion" e "médiation"*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1983, 1, 52; F. Ruggieri, Diversion: *dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. Pen.*, 1985, 539.

[54] Ciò intendendo per "*diversion*" «ogni deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia dell'imputazione; essa comprende: *(a)* le attività svolte dagli organi pubblici cui sono attribuite funzioni di controllo sociale, al di fuori del sistema penale; *(b)* l'esercizio, da parte della polizia e degli organi di accusa, di poteri volti ad evitare il promuovimento dell'azione penale; *(c)* le procedure alternative all'esercizio dell'azione penale», con la precisazione che essa può essere «accompagnata da misure non penali di risoluzione del conflitto (ad esempio provvedimenti di natura riabilitativa, terapeutica o educativa, ovvero misure risarcitorie e restitutorie [c.d. *diversion* con intervento, distinta da quella "semplice", *ndr*] (…)», secondo la tradizionale definizione fornita dalle *Risoluzioni del XII Congresso internazionale di diritto penale sul tema* "diversion *e mediazione*", con commento di F. Ruggieri, Diversion: *dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, cit., 533 ss. In argomento v., tra molti: M.G. Aimonetto, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 99 ss.; V. Grevi, *Rapporto introduttivo su "diversion" e "médiation" nel sistema penale italiano,* cit., 47.

[55] Non si intende, in questa sede, affrontare l'ampio dibattito circa la natura delle diverse forme di confisca previste dal nostro ordinamento; per le considerazioni esposte (e, in particolare, sul tema della natura della confisca prevista dall'art. 6, ult. co., d. lgs. n. 231 del 2001), ci si limita a rinviare a D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 335. Nello stesso senso, v. M. Leccese, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25 quater d. lgs. 231 del 2001),* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003, 1199 e, più di recente, L.D. Cerqua, D. Fondaroli, *sub* Articolo 9, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* diretto da M. Levis, A. Perini, Bologna, 2014, 259.

Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza

Discretion of the Judge and Automatisms: Problems in the Italian System of "misure di sicurezza"

Federica Urban
Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Udine

Discrezionalità del giudice, Misure di sicurezza
Judiciary Discretion, Security Measures

Abstract

Si parla di discrezionalità tutte le volte in cui si riconosce al giudice un dovere (conoscitivo) e un potere (dispositivo) finalizzato al raggiungimento di uno scopo predefinito dal legislatore. In questa ampia definizione, si contempla anche il potere del giudice penale di applicare le misure di sicurezza. Il presente contributo ripercorre le tappe fondamentali del percorso seguito dalla giurisprudenza costituzionale attraverso il quale si è giunti alla rimozione di presunzioni ed automatismi caratterizzanti l'originario impianto delle misure di sicurezza personali. Non senza un accenno agli interrogativi che si sono posti all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. n. 52/2014 (conv. l. n. 81/2014), con il quale il legislatore ha inteso porre fine ai c.d. "ergastoli bianchi". Si farà, poi, menzione alla questione della graduabilità da parte del giudice penale di una particolare forma di confisca - istituto nato quale misura di sicurezza patrimoniale ma che oggi assume sempre più frequentemente un "volto punitivo" - . Ciò che si intende dimostrare è come, anche nell'ambito delle misure di sicurezza, sia presente la tendenza del legislatore a limitare (o eliminare) la discrezionalità del giudice e come questa tendenza mal si combini con la funzione dell'istituto e, prima ancora, con i principi costituzionali.

We talk about "discretion of the judge" every time a Court is recognized the cognitive duty and the power to decide an appropriate sentence in accordance with the purposes of criminal punishment defined by the Parliament. This broad definition includes the power of the criminal courts to apply those that, in Italy, are called "misure di sicurezza".

This paper traces the steps followed by the Constitutional Court to remove the presumptions and automatisms that characterize the original structure of the "misure di sicurezza personali". It will mention the issues raised by the D.L. n. 52/2014, with which the Parliament sought to put an end to the so-called "ergastoli bianchi", as well as the question of the Court's power to determine the amount of a confiscation order, a measure that was born as a "misura di sicurezza patrimoniale" but, today, has become a proper criminal punishment.

The paper intends to show that, even in the context of the "misure di sicurezza", the Parliament has the tendency to limit (or eliminate) the discretion of the Court. This trend is not in accordance with the purposes of the instrument "misure di sicurezza" nor with the Constitutional principles.

Sommario

1. Premessa. Discrezionalità e misure di sicurezza. – 2. Automatismi e presunzioni assolute nell'applicazione delle misure di sicurezza personali. I plurimi interventi della Consulta. – 3. La "confisca" da misura di sicurezza patrimoniale a misura punitiva: la questione della graduabilità da parte del giudice. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa. Discrezionalità e misure di sicurezza.

Com'è noto, lo statuto del diritto penale moderno (sostanziale e processuale) esige, in linea generale, che condizioni e presupposti giustificanti l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale siano *apprezzati* dal giudice in relazione alla peculiarità ed irripetibilità della singola situazione concreta.

Gli stessi sono alla base del ragionamento logico che l'organo giudicante effettua e che trasferisce nella *motivazione* del provvedimento (provvisorio o definitivo) con il quale definisce il *trattamento sanzionatorio,* così da realizzare una piena *individualizzazione* della coercizione statuale.

Discrezionalità significa, al tempo stesso, *dovere (conoscitivo)* e *potere (dispositivo)* del giudice. La concezione della discrezionalità penale in chiave di rinvio al caso concreto – maggiormente idoneo ad esprimere una gamma di significati di valore che il legislatore si trova nell'impossibilità di tipizzare – esige necessariamente l'attribuzione di un carattere doveroso a tale tipo di accertamento[1].

Ecco, pertanto, che l'introduzione di *automatismi* nell'applicazione di talune misure, basati a loro volta su *presunzioni assolute o relative*[2], produce l'effetto di sostituire la valutazione concreta delle caratteristiche fattuali con un generalizzato, astratto e precostituito giudizio[3].

Le presunzioni sono state ampiamente utilizzate nella disciplina delle *misure di sicurezza*. Misure, queste, volte a prevenire la pericolosità sociale e costituenti – come si è soliti dire – strumento di "guarigione" e, al tempo stesso, di "difesa sociale"[4].

È noto che, quando si tratta di applicare una misura volta ad impedire la commissione di delitti, i "fatti" da accertare sono i "*sintomi*" di un *pericolo*. Come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa. La valutazione di tali "*sintomi*" dovrebbe essere compiuta *in concreto* dal giudice attraverso un processo di integrazione degli indici legislativi con criteri di prognosi validi secondo i dati della scienza e dell'esperienza.

Se questo è vero, la discrezionalità riconosciuta all'autorità giudiziaria dovrebbe assumere un ruolo rilevante nel settore delle misure di sicurezza.

Anzitutto per quanto riguarda l'accertamento del presupposto della *pericolosità sociale*[5],

[1] Così F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 128 ss.

[2] Tradizionalmente si è soliti distinguere le presunzioni legali da quelle semplici. Diffusamente si veda C. Pecoraro, *Le presunzioni nel diritto penale*, su http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/681/1/Lepresunzioninel dirittopenale.pdf. In argomento, si veda anche: P. Saraceno, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, 8 ss.

[3] La giurisprudenza costituzionale negli anni più recenti è stata chiamata a confrontarsi con lo sviluppo di una tale tendenza legislativa e, più in generale, con un ritorno in auge della figura del delinquente pericoloso. La c.d. "logica dell'autore" si manifesta su molteplici piani, da quello del diritto sostanziale a quello del diritto processuale, e forse ancor più nella fase dell'esecuzione penale, con i diversi statuti differenziali fondati sulla qualità della persona o sulla considerazione in astratto del reato commesso. Per approfondimenti si veda: G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011.

[4] Sulle conseguenze del reato nella logica del c.d. *doppio binario* fatta propria dal Codice penale del Trenta: G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 819 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 2011, 727 ss.

[5] Non è questa la sede per esaminare il significato intrinsecamente ambiguo del concetto di "pericolosità sociale". Per ulteriori approfondimenti si vedano: A. Calabria, voce *Pericolosità sociale*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1995, 451; Guarneri, voce *Pericolosità sociale*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 951; F. Tagliarini, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, Milano, 6. Ed inoltre: F. Schiaffo, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015; G. Balbi, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015; P. Di Nicola, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2015. Sulle incertezze e difficoltà connesse all'accertamento concreto della pericolosità in sede giudiziale si veda anche G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 828.
Sull'attuale disciplina della valutazione della pericolosità sociale, quale risulta a seguito della recente modifica frutto del d.l. n. 52/2014 (conv. l. n. 81/2014), si è da poco pronunciata la Corte costituzionale n. 186 del 2015. Sul punto si vedano: F. Fiorentin, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei* mentally ill offenders, in *Archivio penale*, 2014, 3; G.Leo, *La Consulta chiarisce l'attuale disciplina della valutazione di pericolosità sociale per i soggetti ad imputabilità ridotta od esclusa*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2015.

– pericolosità che deve, poi, permanere durante tutta l'esecuzione della misura di sicurezza, venendo meno, altrimenti, il presupposto per la sua applicazione – , e, inoltre, per ciò che concerne la scelta della misura di sicurezza adeguata tra quelle previste.

Eppure, nonostante queste considerazioni, anche nel settore delle misure di sicurezza non sono mancati i tentativi del legislatore di vincolare il potere del giudice.

Questo è avvenuto allo scopo di offrire maggiori *garanzie di obiettività* del giudizio attraverso la tipizzazione legislativa di fattispecie di pericolosità.

L'impianto originario che reggeva le misure di sicurezza (in particolare, nei confronti dei soggetti socialmente pericolosi a causa di condizioni personali o di patologie incidenti sulla imputabilità) era, infatti, improntato su compositi meccanismi di tipo presuntivo-automatico[6].

All'*equazione "infermità-pericolosità"* si aggiungeva la *presunzione di "permanenza" dell'infermità psichica* che si supponeva perdurare dal momento del delitto al momento del giudizio, sì da imporre l'applicazione della misura in assenza della "attualizzazione" del giudizio di pericolosità. In certi casi, poi, il Codice penale imponeva al giudice l'adozione *obbligatoria* delle misure più restrittive (ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario *ex* art. 222 cod. pen. o in riformatorio giudiziario *ex* art. 223 cod. pen.[7]), a prescindere dalla reale gravità della situazione concreta.

Infine, sempre nell'impianto originario, le misure di sicurezza *non potevano essere revocate* se non dopo il decorso del tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge per ciascuna di esse (art. 207, co. 2, cod. pen.), e ciò anche nel caso in cui la pericolosità sociale fosse in concreto cessata.

Tali meccanismi presuntivi sono stati via via demoliti dalla Corte costituzionale – come si vedrà di seguito – con una serie di pronunce, talune anche risalenti a qualche decennio fa. Ma l'attenzione al settore delle misure di sicurezza conosce, oggi, un rinnovato interesse da parte di dottrina e giurisprudenza.

Ciò per due ragioni.

In primis, a causa della recente riforma (d.l. n. 52/2014, conv. l. n. 81/2014) che ha introdotto la durata massima delle misure di sicurezza detentive, con conseguente *revoca automatica* di tutte quelle che superano il neo-introdotto tetto di durata.

In secondo luogo, a causa della "mutazione genetica" della confisca, nata come misura di sicurezza patrimoniale, e che pone oggi, in alcuni casi, problemi di ragionevolezza e proporzionalità analoghi a quelli che segnano le pene principali.

Di tutti questi profili si darà conto nei paragrafi che seguono.

2. Automatismi e presunzioni assolute nell'applicazione delle misure di sicurezza personali. I plurimi interventi della Consulta.

Come accennato, nel settore delle misure di sicurezza personali non sono mancati i tentativi del legislatore di vincolare il potere del giudice attraverso l'introduzione di automatismi e presunzioni.

Già da tempo il cospicuo dibattito dottrinale in tema di misure di sicurezza detentive puntava l'accento sulla necessità di superare taluni rigidi automatismi in sede di applicazione delle stesse[8]. Tali meccanismi, infatti, impedivano al giudice di disporre la misura adeguata alla peculiarità della situazione concreta, ovverosia alle caratteristiche del soggetto, al livello della sua pericolosità sociale e alla effettiva tutela della sua salute.

Si esamineranno, ora, le singole questioni di legittimità costituzionale a seguito delle quali si è giunti a una *destrutturazione delle norme a carattere presuntivo*, per il recupero di spazi a favore della discrezionalità giudiziale[9]. L'opera di *smantellamento* ha riguardato, com'è noto, sia le presunzioni assolute di pericolosità che condizionavano l'applicazione delle misure, sia

[6] G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

[7] Sul processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (c.d. OPG) e sostituzione con le attuali residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (c.d. REMS) a seguito del d.l. n. 52/2014 (conv. l. n. 81/2014), si veda la Relazione del 22 gennaio 2016 dei Ministri della Salute e della Giustizia, reperibile in Dir. pen. cont., con nota di G. Alberti, *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2016.

[8] Per approfondimenti si vedano A. Manna (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002; A. Manna, I*mputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1318 ss.

[9] Cfr. G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

le *rationes* che sostenevano la disciplina dell'esecuzione e della durata dei provvedimenti in discorso.

a) Le prime a cadere sono state le presunzioni concernenti i ragazzi di età inferiore ai 14 anni. Questi ultimi erano *automaticamente* e *obbligatoriamente* destinati al riformatorio giudiziario ai sensi dell'art. 224, co. 2, cod. pen. solo per il fatto di essersi resi autori di delitti di gravità medio-alta (delitti non colposi, punibili in astratto con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni).

Il giudice rimettente denunciava l'incostituzionalità di tale automatismo con riguardo agli artt. 27, 30, 31 Cost. e, più in generale, ne lamentava l'irragionevolezza *ex* art. 3 Cost.

Nella sentenza n. 1 del 1971, che ha deciso il caso in esame, si ritrova già sviluppata l'odierna teorizzazione della Corte costituzionale sulle presunzioni assolute.

Anzitutto, la Consulta osserva che la norma cesurata tratta in modo identico situazioni diverse (quelle dell'infante, del bimbo in tenera età, del minore prossimo al raggiungimento del quattordicesimo anno di età). Rispetto a tali situazioni non può negarsi che sia diverso l'atteggiamento psichico rispetto a una condotta qualsiasi (lecita o illecita che sia).

La Corte costituzionale afferma, poi, che «la presunzione di pericolosità, che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'*id quod plerumque accidit*, non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna»[10].

In altre parole, un sistema fondato su presunzioni non è di per sé incostituzionale; nondimeno, esso lo diventa – specie quando si incide su diritti fondamentali della persona – se la presunzione legale limitativa di diritti fondamentali non risponde né a dati di esperienza generalizzati, fondati su un preciso radicamento empirico, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, né ad esigenze di semplificazione probatoria. L'irragionevolezza del sistema si coglie evidentemente tutte le volte in cui è agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa. Il grado di tollerabilità delle presunzioni legali è tradizionalmente misurato con il metro della *ragionevolezza*, proprio delle presunzioni semplici, e declinato sulla necessità che il "pre-giudizio" legislativo risponda a dati di esperienza generalizzati e sia quindi fondato su un saldo radicamento empirico[11].

b) È stata poi la volta della dichiarazione di illegittimità della presunzione di "perduranza" dell'infermità psichica dell'imputato dal momento del fatto al momento del giudizio[12]. L'art. 222 cod. pen. prescindeva, infatti, dalla "attualizzazione" del giudizio di infermità mentale, guardando esclusivamente al momento del fatto.

Tale disposizione conteneva una presunzione duplice: innanzitutto quella che ricollegava infermità e pericolosità[13]; in secondo luogo, quella imponeva l'applicazione della misura a distanza di tempo dal fatto (*obbligatoria* ed *automatica* fino a che non fossero trascorsi cinque o dieci anni dal fatto). Quest'ultima poggiava sulla presunzione concernente il perdurare (non della sola pericolosità, ma) della stessa infermità psichica, senza mutamenti significativi, dal momento del delitto al momento del giudizio[14].

I ventidue giudizi alla base della questione in esame propongono argomenti identici o analoghi. In tutti i casi al vaglio dei giudici *a quibus*, si era, infatti, accertato, attraverso una perizia psichiatrica all'uopo disposta, che l'imputato era, al momento del fatto, totalmente incapace di intendere e di volere, ma attualmente (ossia al momento del giudizio) egli non risultava "persona socialmente pericolosa". Nondimeno, i giudici rimettenti si trovavano costretti a ordinare

[10] Corte cost. 12-20 gennaio 1971, n. 1, in *Giust. Pen*., 1971, I, 83. La Consulta precisa, inoltre, che «L'inidoneità di questi centri (e di questi riformatori) – a causa della loro struttura e dell'ormai superato indirizzo pedagogico –, allo scopo per il quale sono stati predisposti riguarda la concreta organizzazione funzionale degli stessi ad opera della pubblica amministrazione e, in ultima analisi, postula l'intervento del legislatore».

[11] Per approfondimenti sulle misure di sicurezza applicabili ai minori si veda V. Musacchio, *Il sistema delle misure di sicurezza minorili tra problematiche costituzionali, esigenze di difesa sociale e necessità di rieducazione*, in *Giur. di merito*, 1996, II, 413 ss.

[12] Corte cost. 8-27 luglio 1982, n. 139, in *Giur. it*. 1983, I,1,555; Corte cost. 15-28 luglio 1983, n. 249, in *Giur. It*., 1984, I,1, 394; Corte cost. 30 novembre – 13 dicembre 1988, n. 1102, in *Cass. Pen*., 1989, 772.

[13] Questa prima presunzione era stata già ritenuta non in contrasto con i criteri di comune esperienza in precedenti pronunce. Così Corte cost. 9-15 giugno 1972, n. 106, in *www.giurcost.org*.

[14] L'unico limite era che fra il fatto giudicato e la sentenza non fosse decorso un tempo superiore a cinque ovvero a dieci anni (art. 204,cpv., n. 1 e 2, cod. pen.), nei quali casi si doveva dare luogo a giudizio di pericolosità in concreto, secondo il principio enunciato come generale dall'art. 203 del cod. pen.

il ricovero dell'imputato in ospedale psichiatrico giudiziario: e ciò in base della menzionata pericolosità sociale *presunta* per legge (artt. 204 cpv. e 222, co. 1, cod. pen.).

Di qui, ad avviso dei giudici, il contrasto con una pluralità di parametri costituzionali (artt. 3, 4, 13, 24, 27, 32, 111) e sotto molteplici profili[15].

In accoglimento di alcune delle osservazioni avanzate dai giudici *a quibus*, la Corte costituzionale (sent. n. 139/1982) afferma che «una simile presunzione assoluta di durata dell'infermità psichica, lungi dall'esprimere esigenze di tutela discrezionalmente apprezzate dal legislatore, finisce per allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali. Dietro la presunzione non vi sono né dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione, né esigenze di semplificazione probatoria. Indurre, a distanza di tempo imprecisata, lo stato di salute mentale attuale da quello del tempo del commesso delitto, è questione di fatto che può e deve essere verificata caso per caso; totalmente privo di base scientifica sarebbe comunque ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante, come regola generale valida per qualsiasi caso d'infermità totale di mente. Quanto alle preoccupazioni probatorie […] è di tutta evidenza che la prognosi postuma, richiesta (al perito psichiatra) dall'accertamento della imputabilità o non imputabilità al momento del fatto, presenta difficoltà incomparabilmente maggiori della diagnosi dello stato di salute psichica presente al momento del giudizio od in quello successivo in cui la misura debba essere applicata. Di regola, anzi, sarà proprio questa diagnosi a fornire elementi basilari per la ricostruzione (induttiva, spesso opinabile) dello stato di salute nei periodi anteriori. Una regola "presuntiva", come quella implicita nell'art. 222 cod. pen., che imponga di ricostruire il presente dal passato, si rivela pertanto un'inversione totale della logica del giudizio scientifico, su cui poggia qualsiasi ragionevole disciplina dell'infermità di mente. La conseguenza pratica della norma denunciata è che, collegandosi la misura di sicurezza all'infermità psichica al momento del fatto, la misura andrà ugualmente applicata a soggetti che, al momento del giudizio, siano ancora infermi di mente, e ad altri il cui stato di salute (ovviamente oggetto dell'esame peritale concernente l'imputabilità) abbia invece subito una positiva evoluzione»[16].

Si è così risolto il problema della necessaria "attualizzazione" della valutazione di pericolosità sociale. La c.d. legge Gozzini[17] in tema di "miniriforma" penitenziaria è poi intervenuta nella disciplina delle misure di sicurezza, abrogando l'art. 204 cod. pen. e stabilendo che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate *previo accertamento* che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

Ne consegue che, il giudice, prima di applicare una misura di sicurezza, è sempre tenuto a disporre l'*accertamento concreto* della pericolosità sociale dell'autore[18].

c) Più recente è la pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della *obbligatorietà* della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, nei riguardi del soggetto prosciolto per infermità psichica, giudicato socialmente pericoloso.

L'art. 222 cod. pen. imponeva di applicare la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, senza consentire al giudice di disporre, in alternativa, misure diverse quando, in concreto, tale prima misura non appariva adeguata alle caratteristiche del soggetto, alle sue

[15] Tra i principali riferimenti costituzionali richiamati, si rammenta, anzitutto, l'art. 3, co. 1, Cost., in quanto le norme denunziate irragionevolmente assoggettano ad un identico trattamento il soggetto pericoloso e quello di cui sia accertata la non pericolosità prima della comminatoria della misura di sicurezza. In secondo luogo, "stante la natura di sanzioni penali" delle misure di sicurezza, ad esse dovrebbe ritenersi applicabile, secondo i giudice rimettenti, il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1, Cost.: e con questo contrasterebbe il ricollegare tali misure ad uno *status* presunto, e non concretamente accertato, di pericolosità criminale. Si aggiunga, inoltre, che, adempiendo il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ad una precipua funzione curativa (cioè di recupero mentale e sociale del soggetto), applicandolo, in base all'art. 222 cod. pen., anche a chi rispetto all'epoca del commesso reato sia psichicamente migliorato sino alla completa guarigione, si verrebbe ad obbligare al trattamento sanitario un soggetto che più non ne abbisogna. In tal modo, da un lato, la misura di sicurezza si trasformerebbe in una vera e propria sanzione, sostituendosi alla pena non applicata per difetto di imputabilità e, dall'altro, si verrebbe ad attentare irreparabilmente alla salute mentale del soggetto, con evidente violazione dell'art. 32 Cost.

[16] Corte cost. 8-27 luglio 1982, n. 139, cit. Per ulteriori approfondimenti: E. Musco, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1982, 1584; G. Vassalli, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost*., 1982, 1202; S. Manacorda, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it*., 1983, I, 292.

[17] Legge 10 ottobre 1986, n. 663. Per la parte che qui interessa si veda l'art. 31 n. 1) della legge citata. Per approfondimenti si veda S. Manacorda, *Pericolosità sociale e infermità psichica: dalle presunzioni legali alle prospettive di superamento*, in *Quest. giust*., 1987, 696.

[18] Da quel momento, l'applicazione della misura di sicurezza è subordinata al previo accertamento della pericolosità sociale dell'agente da parte del giudice, sulla base delle circostanze di cui all'art. 133 cod. pen. Ciò ha dato vita a un effetto collaterale, innestando un'annosa diatriba tra giudice penale e perito psichiatra: così M.T. Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2004, 297. Sulla scansione del giudizio di imputabilità, si veda D. Pulitanò, *L'imputabilità come problema giuridico*, in O. De Leonardis (a cura di), *Curare e punire*, Milano, 1988, 127 ss.

esigenze terapeutiche e al livello della sua pericolosità sociale[19].

Secondo il giudice rimettente, la rigidità di tale criterio – stabilendo la legge una presunzione di maggiore pericolosità dei soggetti affetti da vizio totale di mente, non confortata da alcun supporto scientifico – realizzava una irragionevole disparità di trattamento rispetto alle analoghe situazioni del minore non imputabile e del seminfermo di mente. La norma, inoltre, ancorava l'adozione della misura di sicurezza ad un criterio – la gravità astratta del reato – che finiva per attribuire ad esse funzione retributiva, anziché di prevenzione speciale. Si impediva, infine, l'adozione di soluzioni idonee a *difendere* la collettività e insieme a *curare* adeguatamente un soggetto pericoloso ma penalmente irresponsabile. Di qui la lamentata violazione degli artt. 3 e 32 Cost.

Oggetto di giudizio non attiene, a ben vedere, né all'eliminazione della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario né alla sua sostituzione con misure alternative di creazione giurisprudenziale, bensì all'*automatismo* della regola legale che imponeva di applicare, sempre e comunque, la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario. Ciò anche quando una misura meno drastica e non segregante (quale la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice) appariva capace di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale. La libertà vigilata, grazie alle prescrizioni che il giudice può imporre a norma dell'art. 228, co. 2, cod. pen., consente nello stesso tempo di attuare gli interventi terapeutici più idonei alla cura dell'infermo di mente e di disporre le opportune cautele per controllare e contenere la sua pericolosità sociale.

La Corte costituzionale (sent. n. 253/2003) ha rilevato che la situazione dell'infermo di mente che non sia penalmente responsabile a causa della sua infermità è, per molti versi, assimilabile a quella di persona bisognosa di specifica protezione come il minore. Ne consegue che «l'automatismo di una misura segregante e "totale", come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, imposta pur quando essa appaia in concreto inadatta, infrange l'equilibrio costituzionalmente necessario e viola esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona, nella specie del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione»[20].

La Consulta ribadisce che le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si muovono inevitabilmente fra due polarità – tutela della collettività e cura dell'incapace – e in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 Cost.), in quanto rispondono contemporaneamente a entrambe queste finalità collegate e non inscindibili. Le «esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente».

Le argomentazioni svolte in questa sentenza, *a fortiori*, ai attagliano alla disciplina dell'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, posto che «sarebbe irragionevole precludere al giudice l'applicazione in via provvisoria di una misura non detentiva consentita invece in via definitiva»[21]. Ecco perché la Corte costituzionale (sent. n. 367/2004) ha dichiarato l'illegittimità anche dell'art. 206 cod. pen. nella parte in cui preclude, in fase cautelare, di adottare una misura di sicurezza non segregante come la libertà vigilata. Tale preclusione viola il principio di ragionevolezza e, di riflesso, il diritto alla

[19] L'art. 222 cod. pen. era già stato oggetto di ben diciotto decisioni del giudice delle leggi. Le questioni precedenti erano volte a un intervento di natura meramente caducatoria, il cui accoglimento avrebbe condotta ad un vuoto di tutela, ovvero all'introduzione di una nuova disciplina non ancorata a contenuti normativi già esistenti (intervento additivo). Pur dichiarando le questioni inammissibili o infondate, la Consulta aveva espresso valutazioni circa il non soddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave e l'opportunità di una revisione della disciplina. Per ulteriori approfondimenti si vedano G. Di Chiara, *Pericolosità sociale del prosciolto infermo di mente ed ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 9, 1081. F. Felicetti-M.R. San Giorgio, *Applicabilità all'imputato maggiorenne infermo di mente della libertà vigilata in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Corriere giur.*, 2003, 10, 1353.

[20] Corte cost. 2-18 luglio 2003, n. 253, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 297, con nota di M.T. Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*.

[21] Corte cost. 17-29 novembre 2004, n. 367, in *Dir pen. e proc.*, 2005, 2, 153, con nota di G. Di Chiara, *Infermo di mente, ospedale psichiatrico giudiziario e misure di sicurezza non detentive: incostituzionale il "rigido automatismo" dell'art. 206 c.p.* Si vedano altresì R. Bricchetti, *Necessario contemperare esigenze terapeutiche e contenimento della pericolosità sociale*, in *Guida dir.*, 2004, 49, 76; F. Triulzi, *Infermo di mente e misure di sicurezza non detentive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 4, 425.

salute[22].

Si tratta di soluzioni ispirate al *principio del minor sacrificio possibile* della libertà personale (*extrema ratio*).

Il ragionamento quivi riprodotto è il medesimo che la Corte costituzionale, negli ultimi anni, ha elaborato nel diverso ambito delle misure cautelari[23] (queste ultime assolvono a finalità del tutto diverse da quelle proprie della pena e della misura di sicurezza, in nulla sovrapponibili[24]). Ma la conclusione a cui si arriva in quella sede, può essere in parte utilizzata anche in questo ambito.

L'attenzione verso il trattamento sanzionatorio dei non imputabili mira a recuperare l'inevitabile incertezza della diagnosi dell'infermità mentale.

Si è osservato in dottrina che alla specifica condizione dell'infermo psichico, autore di reato, dovrebbe corrispondere un ventaglio di soluzioni *lato senso* sanzionatorie altrettanto analitico e variegato, in modo che il giudice possa scegliere la misura più adeguata alle specifiche esigenze di tutela. L'apertura del diritto penale verso il ricco panorama delle nevrosi, delle psicopatie e dei disturbi della personalità in genere, comporta una maggiore specificità e differenziazione del trattamento sanzionatorio. Diventa, infatti, intollerabile la scelta unica – e fortemente segregativa – del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (ora, residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza)[25].

In un ordinamento personalistico, quale il nostro, incentrato sui principi di sviluppo della personalità, solidarietà, tutela della salute, rieducazione e risocializzazione, la difesa sociale nei confronti dei soggetti pericolosi deve attuarsi attraverso un trattamento terapeutico-risocializzante che venga effettuato non solo nell'interesse della collettività ma, anche, dello stesso soggetto pericoloso[26]. Ecco perché la presenza di una pericolosità sociale – pericolosità evidenziata con la commissione di un fatto costituente reato o "quasi-reato" – , pur giustificando la predisposizione di misure atte a contenere tale pericolosità, non può, tuttavia, mai giustificare l'applicazione di una misura tale da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del singolo.

d) Con riferimento alla regola della irrevocabilità delle misure di sicurezza personali per il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza n. 110/1974.

A seguito di tale pronuncia si è resa possibile la revoca, *in qualsiasi momento* – dunque, anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge – della misura disposta, ancorché dopo puntuali verifiche giudiziali sull'evolversi della situazione concreta[27]. Con il riesame della pericolosità viene in considerazione il concreto stato di pericolosità del soggetto[28].

[22] Corte cost. 17-29 novembre 2004, n. 367, cit. L'art. 312 cod. proc. pen. disponde che per applicare la misura provvisoria è sufficiente la sussistenza di "*gravi indizi di commissione del fatto*" e, perciò, «un sommario giudizio prognostico, mentre in caso di proscioglimento per infermità psichica l'applicazione in via definitiva della misura presuppone evidentemente un compiuto accertamento circa la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del fatto di reato». La disciplina censurata – prosegue la Corte – «si riferisce cioè a una fase processuale in cui – proprio alla luce della non definitività degli accertamenti sul fatto – assume particolare rilievo, in relazione alle condizioni di salute dell'indagato infermo di mente, l'esigenza di predisporre forme di cura e cautele adeguate e proporzionate al caso concreto, mediante interventi caratterizzati da flessibilità e discrezionalità, incompatibili con l'automatismo che contrassegna la disposizione in esame».

[23] La Consulta, negli ultimi anni, ha sgretolato *l'assolutezza della presunzione di adeguatezza* della custodia cautelare prevista per taluni reati compresi nell'elenco di cui all'art. 275 cod. proc. pen., restituendo al giudice il potere di applicare la misura corrispondente al grado effettivo di pericolo, con conseguente possibilità di acquisire elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Ciò che vulnera i principi costituzionali non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al *principio del minore sacrificio necessario*. Di contro, la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia cautelare (atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario) non eccede i limiti di compatibilità costituzionale. Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda: V. Manes, *Lo "sciame dei precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 4, 457.

[24] Cambiano funzioni e presupposti: la misura di sicurezza richiede gravi indizi di commissione del fatto e la pericolosità sociale, la misura cautelare richiede gravi indizi di colpevolezza e la sussistenza di una concreta e determinata esigenza cautelare. Le misure di sicurezza perseguono una funzione social preventiva in senso sostanziale, le misure cautelari perseguono una funzione strettamente cautelare in senso processuale. Sul punto si veda: Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2003, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 487, con nota di F. Alonzi, *Misure cautelari personali e misure di sicurezza provvisorie*.

[25] Così M.T. Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, cit. L'Autrice ripercorre il contenuto dei progetti di riforma del Codice penale sotto lo specifico ambito delle misure di sicurezza.

[26] F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit.

[27] Corte cost. 5-23 aprile 1974, n. 110, in *Giur. Cost.,* 1974, 779.

[28] La revoca anticipata prima del decorso della durata minima originaria era affidata dalla legge al Ministro di giustizia (art, 207, co. 3, cod. pen.). La Corte costituzionale ha però dichiarato illegittima, per violazione degli artt. 13 e 102 Cost., tale disciplina e la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (L. n. 354/1975) ha attribuito la competenza per la revoca anticipata alla sezione di sorveglianza.

Il principio sottostante è quello secondo il quale la misura di sicurezza perdura finché permane la pericolosità sociale; parallelamente, essa deve essere revocata nel momento in cui la pericolosità cessa.

Com'è noto, l'*indeterminatezza* originaria delle misure di sicurezza è strettamente connessa all'impossibilità di conoscere *a priori* il tempo massimo necessario per l'eliminazione della pericolosità nel singolo caso[29]. Si può, al più, prevedere, con una certa approssimazione basata sulle regole di esperienza, il minimo di tempo necessario. Sicché, una volta ammessa la pericolosità di certi soggetti e l'esigenza della prevenzione speciale, occorre anche accettare quella indeterminatezza necessaria perché la misura assolva la sua funzione special preventiva[30]. Ed, infatti, il Codice penale prevedeva, per ogni misura, una durata determinata nel minimo e indeterminata nel massimo.

Recentemente, il d.l. n. 52/2014 (convertito dalla l. n. 81/2014) ha statuito che le misure di sicurezza detentive, tanto provvisorie quanto definitive, non sono suscettibili di protrarsi *oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso* (fatta eccezione per i reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo), avuto riguardo alla previsione edittale massima (per la cui determinazione si richiama l'art. 278 cod. proc. pen.).

L'intento del legislatore della riforma è quello di superare il c.d. fenomeno degli "ergastoli bianchi" ovverosia la restrizione in ospedale psichiatrico giudiziario a tempo indeterminato (dopo la commissione di reati anche di limitatissima gravità) di soggetti affetti da vizio totale di mente e sottoposti a misure di sicurezza, anche solo provvisorie, perché "socialmente pericolosi"[31]. La *ratio* della norma è quella di impedire che le misure di sicurezza – anche alla luce di come esse sono concretamente eseguite[32] – possano avere durata superiore a quella della pena che sarebbe stata irrogata all'autore del reato nel caso in cui questo fosse stato ritenuto imputabile[33]. Si vuole evitare il tramutarsi della misura di sicurezza in una privazione della libertà personale a durata sostanzialmente infinita e, come tale, incompatibile con gli artt. 3 Cost. e 5 Cedu[34].

Senza entrare nel merito della accesa discussione circa l'opportunità o meno della previsione di tale termine massimo di durata[35], si può constatare come si sia in questo modo introdotto un nuovo *automatismo*. E ciò in quanto, stante la retroattività della nuova norma (*ex* art. 200, co. 2, cod. pen.), coloro che, il giorno dell'entrata in vigore della legge (1 giugno 2014), avevano superato il termine massimo di esecuzione della misura di sicurezza, ora previsto, si sono visti revocare *tout court* la misura stessa. Questo è avvenuto a prescindere dalla persistenza ed attualità della loro pericolosità sociale. La legge, infatti, non ha previsto un regime transitorio, né sono stati redatti, per questi soggetti, percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimis-

[29] Sui giudizi periodici di valutazione della pericolosità si veda P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 635.

[30] Così F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., 846.

[31] G. Balbi, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, cit. L'Autore osserva che «un intervento *stricto* o *lato sensu* punitivo, a tempo indeterminato, parametrato su di un concetto totalmente incerto, indifferente alla gravità di quanto realizzato, operato in un luogo pressoché indifendibile, nell'erosione dei principi di offensività, colpevolezza, proporzione, uguaglianza, e umanità della pena, travolgeva lo stesso modello identitario – e legittimamente fondante – del diritto penale del fatto in uno Stato democratico».

[32] La natura coercitiva più che terapeutica dell'ospedale psichiatrico giudiziario e i dubbi sull'adeguatezza di tale istituzione sono denunciati ormai da tempo. Si vedano tra gli altri: U. Fornari - S. Coda, *Dall'ospedale psichiatrico giudiziario al territorio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 41 ss.; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzioni. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 89 ss.

[33] La novità legislativa (art. 1, co. 1, lett. b) della l. n. 81/2014) ha anche definitivamente consacrato il generale principio di sussidiarietà della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (oggi residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, c.d. REMS) o in casa di cura e di custodia (*ex* art. 219 cod. pen.), portando in tal modo a compimento la strada tracciata dalla Corte costituzionale con le sentenze appena esaminate.

[34] Sull'evidente grado di afflittività delle misure di sicurezza personali detentive e sui possibili punti di tangenza rispetto alla nozione sostanziale di sanzione penale elaborata a livello europeo, si veda A. Massaro, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2015. L'Autrice ritiene che la novella legislativa abbia intaccato significativamente le basi sistematiche sulle quali si fonda il "doppio binario", giungendo a mettere in discussione la stessa distinzione tra misure di sicurezza e pene detentive. Infatti, se viene meno la necessaria corrispondenza tra l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva e la (perdurante) pericolosità sociale del soggetto e se la durata massima della misura resta in definitiva rapportata non alla pericolosità in concreto, ma alla gravità del reato commesso, il dualismo tra *responsabilità individuale-pena* e *pericolosità sociale-misura di sicurezza* fatica a delinearsi con sufficiente coerenza, tanto teleologica quanto strutturale.

[35] G.L. Gatta, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2014; F. Fiorentin, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei* mentally ill offenders, cit.

sione, dotati della necessaria graduabilità[36].

Stante la sua rigidità, l'introduzione della durata massima alle misure di sicurezza detentive si traduce in un automatismo che solleva i medesimi dubbi propri delle presunzioni prima esaminate. L'esigenza di comminare una sanzione certa anche nel massimo è propria della pena, ma non anche della misura di sicurezza: quest'ultima, come anzidetto, persegue una funzione special preventiva[37]. In altri termini, la predeterminazione della durata della misura di sicurezza (da parte del legislatore ovvero da parte del giudice), deve fondarsi sulla sussistenza dei presupposti necessari a conferire funzionalità alla relativa misura.

3. La "confisca" da misura di sicurezza patrimoniale a misura punitiva: la questione della graduabilità da parte del giudice.

Si è finora esaminato il settore delle misure di sicurezza personali. Accanto a queste, l'ordinamento conosce le misure di sicurezza patrimoniali[38].

Anche rispetto a queste ultime si sono avanzati interrogativi sull'ampiezza del potere discrezionale del giudice penale. Taluni problemi si sono posti, recentemente, con riguardo alla principale misura di sicurezza patrimoniale, ossia la confisca[39].

Prima di esaminare la questione, giova fare qualche considerazione sull'istituto della confisca.

Nella struttura originaria del Codice penale, la confisca era disciplinata dall'art. 240 cod. pen.

La norma si colloca nel Capo del Codice penale dedicato alle misure di sicurezza patrimoniali (Capo II del Titolo VIII) in quanto, avendo ad oggetto cose strettamente legate al reato, esplica la funzione, tipica per l'appunto delle misure di sicurezza, di *neutralizzazione* della pericolosità sociale. Per meglio dire, la pericolosità *oggettiva* della cosa passa per "induzione" al soggetto: la disponibilità di cose strumentali alla commissione di reati o di cose provenienti da reati, può costituire incentivo a compiere nuovi reati, mantenendo viva l'attrattiva a delinquere[40].

Di regola, la confisca è *facoltativa*. Essa *può* essere ordinata (art. 240, co. 1, cod. pen.) solo nel caso di sentenza di condanna sul presupposto della accertata pericolosità della cosa con riferimento all'uso che il reo può farne avendone la disponibilità[41]. È invece *obbligatoria* nei casi indicati dall'art. 240, co. 2, cod. pen. ove la pericolosità della cosa è considerata dal legislatore *in re ipsa*, quindi è presunta[42]. A differenza di quella facoltativa, la confisca obbligatoria può essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione.

In entrambi i casi, la *confisca non è comunque graduabile* (a differenza della pena), ossia variabile nel *quantum* in relazione alla colpevolezza o alla gravità del fatto: se la cosa è pericolosa, lo è nella sua totalità, a nulla importando la gravità della condotta posta in essere dal soggetto.

Se questo è il quadro di partenza, bisogna considerare che sono comparse, disseminate nel

[36] P. Di Nicola, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, cit. Circa gli effetti della declaratoria di cessazione del termine massimo della misura di sicurezza detentiva dell'OPG, in caso di attuale pericolosità dell'individuo, si sono affermati, dal 1 giugno 2014 ad oggi, due orientamenti. Parte della giurisprudenza, al fine di evitare l'elusione della *ratio* riformatrice, esclude che il giudice possa applicare allo stesso soggetto misure di sicurezza diverse e consente, in caso di perdurante sussistenza della pericolosità, solo la sua segnalazione alle strutture sanitarie territoriali. Altra parte della giurisprudenza, invece, ritiene che, in caso di perdurante pericolosità, il giudice possa applicare la misura della libertà vigilata con prescrizioni.

[37] F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., 846.

[38] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, cit., 844; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., 857 ss.

[39] Sulla esatta classificazione di questo istituto (misura di sicurezza, sanzione *sui generis*, pena accessoria) e sull'impossibilità di ridurre ad unità le diverse ipotesi di confisca previste dall'ordinamento si veda, *ex multis*, S. Furfaro, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento ***, Torino, 2005, 203; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, cit., 845.

[40] Per approfondimenti si veda, tra gli altri, M. Massa, voce *Confisca in diritto e procedura penale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 981 ss.

[41] E. Musco, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.

[42] Un dubbio che si pone in relazione alla confisca obbligatoria è quello della sua applicazione in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione. A detta della recente giurisprudenza europea, ciò impedisce la confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato, atteso che la misura ablativa è prevista non in ragione dell'intrinseca illiceità delle stesse, bensì in forza del loro peculiare collegamento con il reato, il cui positivo accertamento è necessario presupposto (Cass., Sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7860, che richiama la sentenza CEDU, 29 ottobre 2013 nel caso *Varvara c. Italia*; Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012-29 aprile 2013, n. 18799; Cass., Sez. VI, 9 febbraio – 2 marzo 2011, n. 8382; in senso conforme Cass., Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756; contra Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, nei casi in cui abbia avuto comunque luogo un accertamento incidentale, equivalente rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso pertinenziale tra oggetto della confisca e reato). Si veda, recentemente: Corte cost. 14 gennaio – 26 marzo 2015, n. 49, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 5, 531 (1), con nota di M.T. Sempreviva, *Lottizzazioni abusive e confische*.

Codice penale e nella legislazione speciale, nuove ipotesi di confisca[43], caratterizzate dall'obbligatorietà della loro applicazione e, sovente, anche dalla previsione nella loro versione "per equivalente" (o confisca di valore) – che permette di espropriare somme di denaro, beni e altre utilità in misura proporzionata al prezzo o al profitto del reato, in assenza di qualsiasi prova di un rapporto di pertinenzialità tra i beni appresi e il fatto illecito cui si riferisce la sentenza di condanna – . Queste caratteristiche fanno sì che le nuove confische si allontanino dalla definizione dogmatica di "misura di sicurezza", per essere ricondotte all'area della tutela assicurata dalle norme costituzionali e sovranazionali alle "*misure punitive*"[44].

Ne consegue che, per queste, si pongono problemi di ragionevolezza e proporzionalità analoghi a quelli che segnano le pene principali, non solo in termini di *facoltatività-obbligatorietà* della confisca ma anche in termini di *graduabilità qualitativa-quantitativa* della stessa. In altri termini, nel momento stesso in cui si riconosce alla "confisca" natura afflittiva (e non preventiva), ecco che essa acquista tutti i caratteri della pena sicché deve rapportarsi alla colpevolezza dell'agente e alla gravità del reato, per essere, infine, graduabile nel *quantum* da parte del giudice[45].

La questione della riconoscibilità al giudice penale della discrezionalità nella determinazione del *quantum* della confisca si è posta recentemente con riguardo alla confisca prevista dall'art. 187-*sexies*, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria)[46]. In breve, tale norma dispone l'obbligatorietà della confisca (anche "per equivalente") di prodotto, profitto e dei beni utilizzati per commettere gli illeciti ivi richiamati (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato).

Il giudice rimettente aveva posto in luce l'afflittività esorbitante della misura in un contesto nel quale è normale che vengano impiegate grandi somme per conseguire illecitamente un profitto che, per quanto eventualmente cospicuo, rappresenta pur sempre una porzione molto ridotta del capitale investito[47].

Stante la natura "punitiva" di questa confisca[48], è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della stessa dal momento che non si consente al giudice di decidere il *quantum* delle somme confiscabili[49].

La Corte costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità della questione, ha affermato che «nell'attuale panorama ordinamentale, la confisca – tanto penale che amministrativa – è sempre e soltanto una misura "fissa". L'alternativa "di sistema" al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività»[50]. In altre parole, la confisca può essere disposta o meno: ma, se disposta, colpisce comunque nella loro interezza il bene o i beni che ne costituiscono l'oggetto

[43] Tra le prime, si pensi all'art. 644 cod. pen. in tema di usura, all'art. 600-*septies* cod. pen. in materia di delitti contro la personalità individuale, all'art. 270-*bis* cod. pen. per il reato di associazione con finalità di terrorismo, agli artt. 322-*ter* e 335-*bis* cod. pen. nell'ambito dei delitti contro la PA. Tra le seconde, si può ricordare l'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992 (conv. l. n. 356/1992) sulla c.d. confisca "allargata", l'art. 301 del d.P.R. n. 43/1973 in materia di contrabbando, l'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

[44] S. Furfaro, voce *Confisca*, cit., 202. Esclusa la possibilità che, salvo casi determinati, le cose possano avere una pericolosità in sé e rilevato come, in altri casi, contrariamente ad ogni criterio di necessario accertamento in concreto, la pericolosità è considerata *a priori* dal legislatore, la scelta che vuole la confisca sempre e comunque una misura di sicurezza appare più dettata da esigenze classificatorie che da motivazioni che riflettano effettivamente gli aspetti che essa, di volta in volta, assume.

[45] Le perplessità di ordine costituzionale per la preclusione di ogni potere discrezionale del giudice nella valutazione quantitativa della misura ablatoria della confisca obbligatoria riflettono un dubbio presente nella dottrina penalistica, in questo senso si vedano: A. Alessandri, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 943; F. Sgubbi, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in F. Sgubbi - D. Fondaroli - A.F. Tripodi, *Diritto penale dei mercati finanziari - Lezioni*, Padova 2008, 54 ss. Nella manualistica si veda A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II, Padova, 2008, 241.

[46] Per approfondimenti si vedano V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *questa Rivista*, 1-2012, 107; E. Amati, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, 151; F.E. Santonastaso, *Abusi di mercato e confisca obbligatoria degli «strumenti finanziari movimentati» (art. 187-sexies d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per mancata graduazione della sanzione, il cui accoglimento realizzerebbe una «novità di sistema»*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4072B; G. Petroni, *La confisca negli abusi di mercato: profili di (il)legittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, I, 89.

[47] G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. Garofoli, T. Treu (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014.

[48] In questo senso, D. Fondaroli, *Sanzioni amministrative accessorie e confisca*, in F. Sgubbi - D. Fondaroli - A.F. Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 130.

[49] I profili di irragionevolezza messi in evidenza dal giudice rimettente concernevano, anzitutto, il carattere obbligatorio della confisca conseguente alla commissione dell'illecito amministrativo (specie con riferimento ai beni utilizzati per commettere l'illecito), specialmente se posto a confronto con la facoltatività prevista invece per le corrispondenti figure delittuose (art. 187 cit.). In secondo luogo, apparivano sproporzionate le conseguenze economiche derivanti dalla confisca rispetto all'ammontare, pur rilevante, della sanzione amministrativa pecuniaria edittale. Non infrequente era, infatti, la situazione per cui, al conseguimento di un profitto non particolarmente ingente, si accompagnava l'utilizzazione di mezzi economici – e, dunque, di valori da confiscare obbligatoriamente – per importi molto consistenti e, soprattutto, totalmente disancorati dal rapporto di proporzione con il profitto stesso.

[50] Corte cost. 5-15 novembre 2012, n. 252, in *www.giurcost.org*.

tipico, senza alcun potere discrezionale del giudice.

Accogliere la richiesta del rimettente, giustificata dalla concezione "sanzionatoria" della misura, a detta della Corte, avrebbe significato introdurre un innovativo "terzo regime", a carattere intermedio, che avrebbe consentito all'autorità amministrativa o al giudice non già di decidere se disporre o meno la misura ma di decidere il *quantum* della stessa[51]. Si consideri, inoltre, che così facendo, si andrebbe in contro a una seconda difficoltà: quella di stabilire la "cornice" (valore massimo e minimo) entro la quale poter graduare la confisca. L'individuazione di tali limiti è *proprium* del legislatore.

L'esito della pronuncia non esclude, in astratto, la proponibilità di una nuova questione di legittimità costituzionale. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha definito il problema «in sé reale e avvertito, da sottoporre all'attenzione del legislatore».

La nuova questione, però, potrà al più essere tesa a trasformare la misura ablativa in esame (art. 187-*sexies* cit.) da obbligatoria a facoltativa, sì che l'irragionevolezza della sanzione comminata sarebbe "bilanciata" dal margine di discrezionalità riconosciuto al giudice in sede di valutazione della gravità del fatto concreto[52].

4. Riflessioni conclusive.

Come esaminato, non sono pochi i casi in cui la Corte costituzionale è intervenuta a correggere o eliminare *presunzioni* e *automatismi* nell'ambito delle misure di sicurezza.

I problemi maggiori si sono posti, come visto, nell'ambito delle misure di sicurezza personali detentive, stante l'incisione diretta sulla libertà personale del singolo. Solo di recente la questione della discrezionalità, sotto forma di graduabilità nel *quantum*, ha interessato la confisca, seppur nei termini e con le specificità e peculiarità del caso menzionato.

La ragione dell'introduzione di automatismi nell'ambito delle misure di sicurezza è probabilmente connessa alla difficoltà di spiegare, in uno Stato democratico, l'esistenza di istituti *lato sensu* punitivi – perché comunque restrittivi di libertà fondamentali – parametrati su un concetto incerto – quello di "pericolosità sociale" – , indifferente alla gravità di quanto realizzato e rapportato ad un giudizio prognostico di difficile controllo.

Sono sottese due contrapposte esigenze costituzionali che richiedono un bilanciamento[53]. L'unico modo per realizzarlo è attraverso il riconoscimento di una certa discrezionalità al giudice penale[54]; discrezionalità controllabile mediante la predisposizione di un elenco ordinato di *criteri fattuali* che il giudice dovrà considerare nella valutazione del caso concreto e dell'obbligo di una puntuale e trasparente *motivazione*.

Le sentenze esaminate costituiscono un significativo esempio di una tendenza sempre più frequente nella giurisprudenza costituzionale: quella della dichiarazione di illegittimità di norme che impongono vincoli troppo rigidi ai giudici, precludendo loro di effettuare un bilanciamento in concreto, collegato alle esigenze del caso concreto.

Non è questa la sede per richiamare i diversi esempi di automatismi sottoposti al vaglio della Consulta che hanno interessato la commisurazione della pena e l'applicazione di benefici e misure alternative in sede di esecuzione[55]. È sufficiente osservare che il tratto unificante della multiforme produzione giurisprudenziale sul tema del "delinquente pericoloso" consiste nella resistenza opposta a ogni forma *assoluta* di presunzione. Attraverso le scelte interpretative, o il ricorso all'incidente di costituzionalità, si manifesta la tendenza a risolvere il problema del

[51] Per questo verso, l'intervento richiesto assume, dunque, il carattere di una "novità di sistema": circostanza che lo colloca al di fuori dell'area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva alle scelte del legislatore. E. Amati, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, cit.

[52] Così E. Amati, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, cit.

[53] Sulla tecnica del bilanciamento degli interessi, si vedano L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, 613 ss.; A. Cerri, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1994, 3, ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 42 ss.

[54] Ciò determina il passaggio a un diritto fortemente esposto alla pressione dei "casi della vita", nel quale il ruolo del giudice viene ad essere determinante. Con tutte le conseguenze che questo produce, in termini di concentrazione di pressioni e richieste sul potere giudiziario, che sono sotto gli occhi di tutti. In questi termini: T. Groppi, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, in *Quaderni Costituzionali*, 29 luglio 2003.

[55] Molteplici esempi di questa tendenza sono riscontrabili, negli ultimi anni, in sede di commisurazione della pena (pene "fisse", limiti al bilanciamento di circostanze, pene accessorie) e di esecuzione penale (divieti automatici alla concessione di benefici penitenziari e misure alternative). Per approfondimenti si veda G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, cit.; G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

trattamento differenziato in un recupero della discrezionalità[56].

Certo è, che la discussione sui vincoli apposti alla discrezionalità giudiziale nella definizione del trattamento sanzionatorio dei singoli casi concreti, anche per ciò che concerne il profilo delle misure di sicurezza, è da sempre presente nel dibattito penale. Lo conferma l'analizzata giurisprudenza sulle misure di sicurezza personali (risalente agli anni Settanta) e lo sottolinea la dottrina con riguardo agli elementi di novità menzionati – durata delle misure di sicurezza detentive e nuove forme di confisca – , rispetto ai quali non si escludono nuovi ed ulteriori interventi normativi o giurisprudenziali.

[56] G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, cit.

La motivazione del decreto che dispone il sequestro "impeditivo"*

*The Duty to Give Reasons for a Preventive Seizure Decision**

Luca Pressacco
Dottorando di ricerca in Procedura penale e diritto delle prove presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Obbligo di motivazione, Sequestro preventivo, *Fumus Commissi Delicti*

Duty to Give Reason, Preventive Seizure, *FUMUS COMISSI DELICTI*

Abstract

La relativa indeterminatezza del dettato legislativo ha stimolato un'elaborazione giurisprudenziale particolarmente vivace in merito ai presupposti di applicazione del sequestro preventivo "impeditivo" o "tipico". Attraverso la motivazione del relativo provvedimento, il giudice dovrebbe rendere conto, alla collettività e ai soggetti interessati alla vicenda cautelare, dell'itinerario logico e giuridico compiuto. Al fine di verificare se tale garanzia sia sostanzialmente rispettata, si rende necessaria una ricognizione della materia, anche per porre ordine nella congerie degli orientamenti giurisprudenziali e comprendere le prospettive di sviluppo dell'istituto in esame.

The partial vagueness of the legislative requirements provided by section 321 par. 1 of the Italian Code of Criminal Procedure has given rise to a lively case law and a fierce debate in literature about the legal conditions for the application of preventive seizure. Through the justification of the legal order, the court should be accountable to the community - including all the parties concerned by the measure - for the logical and legal route of the decision. In order to verify if this fundamental guarantee is actually respected, it is necessary to reconstruct the "state of art" by carefully organizing the case law and the literature in this field. Moreover, in our opinion this approach opens the way for a clear comprehension and further development of the subject examined.

* Il testo della presente relazione, è stato precedentemente pubblicato in Ind. pen., 2016, p. 569 ss.

Sommario

1. Sequestro preventivo e procedimento penale. – 2. Sequestro "impeditivo" ed obbligo di motivazione. – 3. *Segue*: le stagioni del *"fumus commissi delicti"*. – 4. *Segue:* variazioni sul tema del *"periculum in mora."* – 5. Proporzionalità, adeguatezza e gradualità del sequestro "impeditivo". – 6. Prospettive.

1. Sequestro preventivo e procedimento penale.

Il sequestro preventivo è sorto attraverso un processo di gemmazione, grazie alle iniziative ed elaborazioni giurisprudenziali – tanto creative quanto ardite – che lo hanno estratto dalla matrice unitaria del sequestro probatorio per conferirgli autonoma consistenza[1]. Nonostante siano trascorsi quasi trent'anni dal suo recepimento nel tessuto normativo del codice "Vassalli-Pisapia"[2], risulta tutt'oggi gravato da un certo sospetto. Viene, infatti, considerato – in special modo dalla dottrina[3] – come un istituto che introduce logiche parzialmente estranee al sistema processuale, la cui disciplina e – in misura ancora maggiore – le cui applicazioni pratiche rappresentano il sintomo di una patologia della giustizia penale[4]. A ben vedere, il dibattito concernente l'istituto in esame non potrebbe essere circoscritto agli aspetti strettamente tecnici della disciplina, venendo in rilievo alcune tra le opzioni di fondo di un determinato sistema processuale. Tale consapevolezza obbliga l'interprete, prima di procedere oltre, a rendere manifesti i presupposti da cui muove l'analisi: occorrerà, dunque, soffermarsi brevemente sulle caratteristiche generali del sequestro preventivo "tipico" o "impeditivo" di cui all'art. 321 comma 1 c.p.p. (così detto per distinguerlo dal sequestro preventivo funzionale alla confisca, disciplinato dal comma secondo della medesima disposizione) e sul ruolo che tale istituto ricopre all'interno del complesso procedimentale[5].

Anzitutto si ritiene, sulla scorta dell'opinione espressa da autorevole dottrina, che la finalità di prevenzione – caratterizzante la misura cautelare in esame – non possa essere considerata del tutto eccentrica, o addirittura antitetica, rispetto agli altri scopi istituzionali del processo penale: se, infatti, la funzione garantistica del processo consiste nel proteggere le libertà individuali implicate nell'accertamento dei reati[6], per converso non si possono «trascurare quelle situazioni di pericolo per i beni protetti dalle norme penali che abbiano a manifestarsi nel corso dell'*iter* procedimentale»[7]. Al contrario, in tali circostanze, è la funzionalità complessiva del sistema penale a richiedere l'adozione di misure provvisorie per scongiurare il rischio che

[1] E. Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della «coercizione reale» nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1073, il quale, analizzando l'itinerario giurisprudenziale del sequestro preventivo (inquadrato all'epoca entro gli incerti confini delineati, volta per volta, dagli art. 219, 231 e 232 e 337 c.p.p. 1930) distingueva in questo ambito tra «prassi devianti» e «prassi promozionali», nate in assenza di istituti giuridici confacenti alle esigenze di tutela manifestate dalla collettività in pendenza dell'accertamento di un fatto di reato. Una ricostruzione accurata delle origini dell'istituto, effettuata in chiave critica a cavallo tra i due codici, si trova in P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, p. 53 ss.

[2] Tra i primi commenti della norma che ha codificato l'istituto in esame, si segnalano in particolare: N. Galantini, sub *art. 321*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio - O. Dominioni, III, 2, Milano, 1990, p. 265 ss.; E. Selvaggi, sub *art. 321*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, III, Torino, 1990, p. 359 ss.

[3] Cfr., autorevolmente, A. Scalfati, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni di "tipo" cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 533 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439 ss.

[4] Quest'ultima, invece di attendere al proprio fine istituzionale – vale a dire la verifica dell'ipotesi formulata dalla pubblica accusa – diverrebbe strumento di difesa sociale e, tradendo in tal modo la sua funzione, degraderebbe a puro mezzo di contrasto agli interessi (soprattutto patrimoniali) della criminalità.

[5] Sulle differenze strutturali – tali da configurare istituti specifici ed autonomi – tra le tipologie di sequestro previste dai primi due commi dall'art. 321 e ss. c.p.p., v. Cass., sez. VI, sent. 19 gennaio 1994 n. 151, Pompei, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3459 ss., con nota di R. Mendoza. Da ultima, v. Cass., sez. III, sent. 17 settembre 2014 n. 47684, Mannino, in *CED*, rv. 261242. In dottrina, su tale distinzione, v. P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, cit., p. 124, nonché M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 119 ss.

[6] Riconoscendo, in tal modo, che la disciplina del processo penale riguarda direttamente «la regolamentazione dei rapporti tra i poteri attribuiti agli organi giudiziari e la salvaguardia dei diritti individuali», ragion per cui risulta condivisibile il «rilievo dottrinario di considerare la procedura penale alla stregua di 'diritto costituzionale applicato'»: G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, p. 17.

[7] E. Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della «coercizione reale» nella prassi e nella giurisprudenza*, cit., p. 1073.

vengano commessi reati[8]. In effetti, l'idea di «paralizzare lo *status quo*»[9] rientra perfettamente nella logica propria delle misure interinali e, occorre riconoscere, il sequestro preventivo svolge una funzione particolarmente efficace in questa prospettiva[10], operando concretamente come una «inibitoria di attività illecite rafforzata dalla indisponibilità delle cose il cui uso è implicato dall'agire vietato»[11].

In conclusione, con il sequestro "impeditivo" il processo penale non solo risponde alle esigenze di tutela espresse dalla collettività nel momento in cui emerge il sospetto che sia stato commesso un fatto costituente reato, ma protegge al contempo sé stesso o – più precisamente – la credibilità della propria funzione giuridica e sociale[12]. Conviene, dunque, verificare se lo strumento in questione sia presidiato, a livello normativo, da adeguate garanzie procedurali (tanto sul piano dei presupposti che legittimano l'adozione della misura, quanto sul versante dei controlli azionabili su di essa) che ne scongiurino la deriva in direzione di un'anticipata espropriazione di beni e di diritti individuali. Se così non fosse, sarebbe obbligatorio riconoscerne il perdurante «temperamento autoritario» e proporre gli opportuni correttivi sia dal punto di vista interpretativo che in prospettiva *de jure condendo*[13].

2. Sequestro "impeditivo" ed obbligo di motivazione.

In questa prospettiva – prendendo atto del significato profondo e delle molteplici funzioni che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali assolve nel sistema delle

[8] Nel medesimo senso, G. Viciconte, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, p. 367, secondo cui «la nuova disciplina sul sequestro preventivo si inserisce nella linea di tendenza che informa l'intera materia delle misure cautelari nell'ambito del nuovo codice, rappresentata da un allargamento di quella che può definirsi come l'area della prevenzione realizzabile nell'ambito del procedimento penale, con istituti di natura processuale»; osservando che «l'importanza riconosciuta ad una siffatta esigenza è strettamente correlata alla obiettiva necessità di evitare il verificarsi di nuovi episodi criminosi, riconducibili per connessione al procedimento in corso, non potendo che apparire paradossale lo svolgimento della funzione repressiva, senza che possano assicurarsi idonei meccanismi di prevenzione per evitare il pericolo di recidive».

[9] A. Scalfati, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni di "tipo" cautelare*, cit., p. 533.

[10] Cfr. M. Castellano - M. Montagna, *Misure cautelari reali*, in *D. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 99: «Poiché la dinamica processuale non procede di pari passo con la fattispecie concreta può accadere che mentre il processo si svolge lungo un percorso logico astratto, volto alla ricostruzione del fatto illecito e all'accertamento della responsabilità dell'imputato, la realtà, oggetto del giudizio, continui inarrestabilmente il suo evolversi … Dal che l'esigenza di garantire che l'emanazione del provvedimento finale esplichi i suoi effetti su una situazione di fatto corrispondente a quella operante al momento della domanda giudiziale». Secondo L. Ludovici, sub *art. 321*, in *Misure cautelari*, a cura di P. Bronzo (in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, diretta da G. Lattanzi - E. Lupo, IV), Milano, 2013 p. 1625, «nel caso di sequestro la fruttuosità del processo è assicurata prevenendo il verificarsi di altri fatti criminosi, collegati a quello oggetto del procedimento penale», considerando anche che «l'aggravamento del reato, la protrazione delle sue conseguenze e la commissione di altri reati…sono eventi tali da pregiudicare l'effettività del processo penale, che è finalizzato a far diventare 'il reato impossibile'» (*ibidem*, p. 1626).

[11] Così si esprime E. Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della «coercizione reale» nella prassi e nella giurisprudenza*, cit., p. 1081.

[12] A livello dogmatico, P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, cit., p. 113-114, osserva che «se è pacifica l'esistenza di un rapporto di strumentalità [fra il sequestro e il processo], non altrettanto pacifica è l'individuazione del primo dei due termini del rapporto: se cioè lo si debba riferire ai soli provvedimenti (quello provvisorio e quello definitivo) concretamente emanati; se la prospettiva in cui debba inquadrarsi la strumentalità sia quella del rapporto fra azioni, rispettivamente, cautelare e principale; o se, ancora, la relazione debba instaurarsi tra procedimento cautelare – incidentale ed accessorio ma dotato di una reale consistenza ed autonomia funzionale – ed il procedimento principale», arrivando infine a propendere per quest'ultima soluzione.

[13] All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, con intento programmatico si affermava che «le preoccupazioni relative alla significativa indeterminatezza dei presupposti del sequestro preventivo devono stimolare adeguate difese interpretative volte ad evitare che la misura si sveli nella prassi (o comunque venga utilizzata) come strumento affrettato di repressione immediata e di deterrenza indiscriminata»: P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, cit., p. 155. Nel medesimo senso, v. anche G. Viciconte, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, cit., p. 369-370.

garanzie processuali[14] – sia il legislatore delegato[15] che la dottrina[16] hanno tempestivamente sottolineato la centralità dell'apparato giustificativo da porre a fondamento del provvedimento che dispone il sequestro con finalità di prevenzione. Tuttavia, tali auspici hanno dovuto misurarsi *ab initio* con l'assenza di un modello normativo esplicito, che indicasse analiticamente i contenuti essenziali ed irrinunciabili per la motivazione del relativo provvedimento. Sotto questo profilo, la disciplina delle cautele reali si differenzia nettamente da quella dettata per l'applicazione delle misure cautelari personali: mentre in relazione a queste ultime spicca la disposizione di cui all'art. 292 c.p.p.[17], per quanto riguarda le prime si prescrive "solamente" che il sequestro preventivo debba essere adottato dal giudice con decreto motivato su richiesta del pubblico ministero. Spetta, dunque, all'interprete procedere ad una ricostruzione dei requisiti e dei contenuti specifici della motivazione del provvedimento di sequestro a scopo di prevenzione, con l'ausilio dei tradizionali criteri ermeneutici sistematico e teleologico, dal momento che il dato letterale fornisce indicazioni scarne e piuttosto generiche[18].

Alcune osservazioni preliminari e, per certi versi, immediate discendono direttamente dalla configurazione della struttura esterna del provvedimento come «decreto motivato».

Anzitutto, l'opzione in favore della forma decretale del provvedimento parrebbe collegata alla mancata instaurazione del contraddittorio (anche nella forma meramente cartolare) anteriormente all'emanazione dello stesso. Ciò potrebbe, evidentemente, riverberarsi anche sul contenuto della motivazione, escludendo la possibilità di un andamento dialettico del discorso giustificativo. In realtà, anche le misure cautelari personali vengono applicate "a sorpresa" in assenza di un previo contraddittorio, ma ciò non ha impedito al legislatore di imporre al giudice l'enunciazione dei motivi per cui ritiene non rilevanti i dati conoscitivi forniti dalla difesa o quelli che, comunque, depongano a favore dell'imputato (art. 292 commi 2 lett. *c-bis* e 2-*ter* c.p.p.)[19]. Occorre, tuttavia, riconoscere che l'effettiva incidenza di tali regole sull'ampiezza e la profondità del discorso giustificativo riposa in ampia misura sugli obblighi di *discovery* imposti al pubblico ministero[20]. Viceversa, è opportuno precisare, nella disciplina del sequestro preventivo non si rinvengono analoghe garanzie procedurali[21].

[14] Sulle molteplici funzioni adempiute dall'obbligo giuridico di motivare i provvedimenti giurisdizionali, con particolare riferimento alle implicazioni di esso in ambito penale, cfr. G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, p. 131 ss.; F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 4 ss.; E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 185 ss. Da ultimo v., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, P. Dell'Anno, *Vizio di motivazione e controllo della Cassazione penale*, Milano, 2015, p. 5 ss.

[15] Sul punto, la lettura della *Relazione prog. prel. c.p.p.* (in *G.U.* 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.* n. 93, p. 3 ss.) è emblematica: «È sembrato che i rilevanti effetti che scaturiscono dalla misura cautelare penale… rendessero necessaria una previsione normativa tale da obbligare il giudice ad enunciare le finalità della misura al momento della sua applicazione, in modo da consentire sempre, alla persona che ne è colpita, di provocare un controllo sul merito e sulla legittimità della stessa, anche per quanto attiene alla ragione d'essere della sua persistenza» (*ibidem*, p. 80).

[16] Cfr., sul punto, M. Castellano - M. Montagna, *Misure cautelari reali*, in *D. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 104, secondo cui «l'esigenza di motivazione dei provvedimenti cautelari reali assume una rilevanza fondamentale al fine di garantire un effettivo controllo sulla legittimità deli stessi»; v. anche P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, p. 189 ss. Già nel vigore del codice di procedura penale abrogato si era affermata la necessità di definire compiutamente e precisamente l'estensione dell'obbligo di motivazione del sequestro penale con finalità di prevenzione: G. Betocchi, *Il sequestro penale preventivo: delimitazione dell'ambito di operatività; presupposti; conseguenze peculiari della autonomia funzionale; tutela dei soggetti passivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 991 ss.

[17] L'attenzione riservata dal legislatore alla motivazione dei provvedimenti cautelari personali, nell'evidente tentativo di limitare l'applicazione di queste ultime, è testimoniata dai plurimi interventi che hanno apportato nel tempo significative modifiche al dettato dell'art. 292 c.p.p.: cfr., in ordine cronologico, art. 9 l. 8 agosto 1995 n. 332; art. 6 l. 7 dicembre 2000 n. 397; art. 8 l. 16 aprile 2015 n. 47.

[18] Secondo F. Porcu, *Variazioni cromatiche del* fumus commissi delicti *nel sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1344, l'assenza di precisi indici normativi cui ancorare l'adozione del provvedimento di sequestro a scopo di prevenzione «rafforza il connubio, sorto nel previgente codice di rito e mai interrotto, fra sequestro preventivo e *vacuum* normativo».

[19] Per l'analisi dei contenuti della motivazione nell'ambito delle ordinanze cautelari personali cfr., ad esempio, L. Kalb, *Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014, p. 126 ss.; M. Menna, *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, p. 233 ss.; F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 103 ss. In tutti i contributi citati si evidenzia come il parametro fondamentale attorno a cui ruota l'apparato motivazionale in sede cautelare è quello di "rilevanza" (consistente nella idoneità e nella necessità rispetto al *thema probandum*) degli elementi probatori, che si differenza dalla "attendibilità" dei medesimi (riferita alla concludenza della prova), contemplata nel contesto della sequenza argomentativa della sentenza dibattimentale.

[20] Quest'ultimo è tenuto, ai sensi dell'art. 291 c.p.p., a presentare al giudice competente non solo gli elementi su cui si fonda la richiesta, ma anche tutti gli elementi raccolti a favore dell'imputato, nonché le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.

[21] Cfr., sul punto, A. SCALFATI, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni di "tipo" cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 535: «la disciplina registra una certa flessibilità nelle condotte del pubblico ministero. Innanzi tutto non contempla l'obbligo di depositare gli atti posti a base della decisione cautelare, mettendo la difesa nelle condizioni di effettuare richiesta di riesame al solo scopo di prendere visione degli elementi d'accusa trasmessi al tribunale…Inoltre, non è previsto che il pubblico ministero trasmetta – al giudice del riesame – gli elementi favorevoli ad una pronuncia di segno diverso, contrariamente a quanto emerge dall'art. 309, comma 5, c.p.p. in materia di misure personali; cosicché la selezione dell'organo d'accusa condiziona non solo il giudizio cautelare originale, ma anche quello del controllo».

Sicuramente, ciò che la norma esclude, nel momento in cui allude alla necessità che il decreto sia "motivato", è la possibilità di predisporre un discorso giustificativo parziale o incompleto[22]. L'obbligo di motivazione, invero, non si riflette solamente sull'*an* del discorso giustificativo, ma coinvolge anche il relativo *quomodo*, vale a dire la sua estensione esplicativa[23]. Di conseguenza, non solo «'tutti' i provvedimenti devono essere motivati, ma 'tutto' il provvedimento deve trovare il suo apparato giustificativo nell'esposizione dei motivi»[24], vale a dire che tutte le questioni affrontate per giungere alla decisione – necessarie in relazione alla fattispecie processuale in esame – debbono trovare corrispondenza nell'ambito del discorso giustificativo. La Corte di legittimità si è espressa anche di recente sul punto, affermando che «in tema di riesame delle misure cautelari reali, nella nozione di 'violazione di legge', per la quale soltanto può essere proposto ricorso per cassazione a norma dell'art. 325, comma 1, c.p.p., rientrano la mancanza assoluta di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente»[25]. In entrambi i casi, all'accertamento del vizio consegue l'annullamento del provvedimento impugnato in base al combinato disposto degli art. 125 comma 3 e 606 comma 1 lett. c[26].

Per comprendere pienamente la *ratio* dell'istituto occorre, poi, guardare alla fase in cui interviene la pronuncia sulla richiesta di sequestro preventivo. Quest'ultimo, infatti, non subisce le limitazioni temporali stabilite dall'art. 316 c.p.p. per l'analogo provvedimento a fini conservativi: di conseguenza, può essere adottato anche nel corso delle indagini preliminari quando l'imputazione non si è ancora stabilizzata e l'ipotesi accusatoria si caratterizza per una certa fluidità[27]. Si tratta, dunque, di un provvedimento assunto allo stato degli atti, nel corso di una procedura incidentale collocata a lato del procedimento principale. Tuttavia, ciò non dovrebbe condurre ad una svalutazione del ruolo "selettivo" che la fattispecie penale svolge anche in tale frangente.

Si tratta ora di analizzare i singoli elementi che compongono la fattispecie processuale del sequestro preventivo "impeditivo", come configurata dall'art. 321 comma 1 c.p.p. I tradizionali requisiti delle misure cautelari – *fumus commissi delicti* e *periculium in mora* – necessitano, infatti, di essere declinati in relazione alle finalità e alle esigenze specifiche sottese alla tipologia di sequestro in esame.

3. *Segue*: le stagioni del "*fumus commissi delicti*".

Quanto al primo profilo, un'indicazione significativa si ricava implicitamente dalle prescrizioni concernenti l'oggetto dell'apprensione. Quest'ultimo può consistere solamente in una «cosa pertinente al reato»: dal che si ricava che presupposto indefettibile per l'esercizio del potere cautelare, sarebbe, anzitutto, la consistenza dell'ipotesi che un reato sia stato commesso

[22] Nel medesimo senso, M. Castellano - M. Montagna, *Misure cautelari reali*, cit., p. 104: «l'assenza in ordine alle misure cautelari reali di un'analitica descrizione dei requisiti in cui la motivazione deve sostanziarsi…non autorizza la carenza di 'singoli momenti esplicativi' né, tantomeno, la 'totale mancanza della parte espositiva delle ragioni della decisione' concretizzandosi, altrimenti, l'ipotesi di omessa motivazione.

[23] La completezza della motivazione costituisce, in questa prospettiva, un corollario imprescindibile della regola dettata dall'art. 111 comma 6 Cost., innalzando un argine decisivo per contenere il rischio che la garanzia ivi contenuta possa venire concretamente elusa.

[24] E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 194.

[25] Cass., sez. III, sent. 18 febbraio 2015 n. 28241, Baronio e altri, in *CED*, rv. 264011 (confermando un orientamento giurisprudenziale consolidato, seppur declinato secondo sfumature non sempre pienamente coincidenti, soprattutto in riferimento al significato da attribuire alla nozione di "motivazione apparente": cfr. Cass., sez. un., sent. 28 gennaio 2004 n. 5876, Bevilacqua, in *CED*, rv. 226710; Cass., sez. V, sent. 11 gennaio 2007 n. 8434, Ladiana ed altro, *ivi*, rv. 236255; Cass., sez. un., sent. 29 maggio 2008 n. 25932, Ivanov, *ivi*, rv. 239692; Cass, sez. V, sent. 25 giugno 2010 n. 35532, Angelini, *ivi*, rv. 248129; Cass., sez. I, sent. 31 gennaio 2012, n. 6821, Chiesi, *ivi*, rv. 252430). Per gli opportuni approfondimenti sul punto, v. D. Poletti, *Il ricorso per Cassazione* ex *art. 325 c.p.p. tra vizio di violazione di legge ed interesse ad impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1447.

[26] Nel medesimo senso, v. P. Gualtieri, *Le misure cautelari reali*, in *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola (in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, diretto da G. Spangher - A. Marandola - G. Garuti - L. Kalb), Torino, 2015, p. 374; M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 143.

[27] Secondo G. De Amicis, *Contrasti giurisprudenziali in tema di oggetto del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1876, «l'inevitabile fluidità della materia oggetto di indagine preliminare può determinare una costante espansione della base di giudizio, obbligando le parti ad una continua riconsiderazione critica dei presupposti stessi della domanda cautelare».

in precedenza[28]. Peraltro, tale presupposto è stato variamente declinato dalla giurisprudenza, con significative variazioni in ordine alle modalità di formazione del convincimento giudiziale in ordine al *"fumus delicti"*. Secondo un primo orientamento, affermatosi nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, doveva ritenersi sufficiente – ai fini dell'adozione del provvedimento di sequestro "impeditivo" – la «astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato»[29]. Di conseguenza, il giudice non avrebbe dovuto effettuare alcuna prognosi, neppure superficiale, circa la fondatezza dell'ipotesi di accusa, né indagare i profili soggettivi del reato in relazione ad un soggetto gravato da addebiti provvisori, potendo limitarsi ad accertare la congruenza del caso concreto, così come prospettato dall'organo inquirente, rispetto al titolo di reato enunciato nella richiesta di applicazione della misura cautelare reale. A ben vedere, una visione così edulcorata del livello di verifica della fattispecie penale sviliva, al medesimo tempo, sia i diritti della difesa che le *chances* di un autentico controllo sul provvedimento in sede di impugnazione. Alla prima era sostanzialmente richiesta una *probatio diabolica*, dovendo – salva la palese difformità tra fattispecie legale e fattispecie reale, riconducibile a sua volta ad errori compiuti dal pubblico ministero o dal giudice in ordine alla liceità del fatto o alla sua qualificazione giuridica – contestare quello che a tutti gli effetti costituiva un puro teorema logico[30]. D'altra parte, per quanto riguarda i controlli eventualmente esperibili, risultava arduo ipotizzare un'effettiva ed autonoma valutazione critica da parte degli organi giurisdizionali competenti in presenza di criteri tanto evanescenti. Rimanevano, peraltro, ambigui i termini dell'operazione di sussunzione, non essendo chiaramente precisato se rilevassero esclusivamente le prospettazioni del pubblico ministero o se l'esame potesse estendersi fino a ricomprendere le risultanze emergenti dagli atti allegati alla richiesta di emissione del provvedimento.

La Corte di legittimità, chiamata in seguito ad esprimersi sul punto, ha optato per la prima soluzione – assai meno impegnativa dal punto di vista degli obblighi motivazionali – specificando che gli elementi rappresentati dalla pubblica accusa non sarebbero stati censurabili in punto di fatto per apprezzarne l'effettiva coincidenza con le risultanze processuali[31]. Dal punto di vista pratico tale impostazione conferiva al magistrato requirente un improprio potere di manipolazione delle risultanze fattuali, con sostanziale elusione dello stesso principio di legalità, il quale presuppone una ricostruzione tendenzialmente attendibile degli accadimenti cui la fattispecie ricollega l'insorgere del potere cautelare.

Giova, peraltro, precisare che – in tempi più recenti – la Corte di cassazione sembra aver rimodulato il proprio approccio interpretativo, esortando il tribunale del riesame a valutare, in modo puntuale e coerente, le concrete risultanze processuali e l'effettiva situazione emergente dai dati forniti dalle parti, indicando le ragioni che rendono allo stato degli atti sostenibile

[28] In dottrina, cfr. F. Lattanzi, *Sul* fumus *richiesto per il sequestro preventivo*, in *Cass. pen*., 1995, 352: «Basta considerare che, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., il sequestro può essere disposto solo per impedire alcune conseguenze di un reato o la commissione di altri reati, e che inoltre oggetto del sequestro possono essere solo le cose pertinenti al reato, tralasciando il fatto che se non si può ipotizzare la commissione di un reato non si può neanche iniziare un procedimento penale e tanto meno perciò può disporsi un sequestro preventivo». In giurisprudenza, nel medesimo senso, Cass., sez. VI, sent. 6 agosto 1992 n. 3021, Liotti, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1995, p. 539 ss., con nota di L. Fiore: «il richiamo normativo, costante e reiterato, al "reato" – sotto i due profili che solo cose ad esso pertinenti ben possono essere oggetto di sequestro e che questo deve mirare a evitare l'aggravarsi o il protrarsi delle relative conseguenze, nonché la commissione di altri fatti di reato – rende evidente che presupposto perché possa essere disposto il sequestro preventivo è che un reato sia stato commesso».

[29] Cass., sez. un., sent. 25 marzo 1993 n. 4, Gifuni, in *Cass. pen*., 1993, p. 1969 ss., con nota di R. Mendoza. L'arresto in questione ha goduto di ampia fortuna, probabilmente dovuta anche ad una lettura piuttosto superficiale, condizionando fortemente gli sviluppi applicativi successivi. L'eco della sentenza "Gifuni" risuonava ancora in tempi relativamente recenti nella giurisprudenza della Corte di legittimità. Cfr., a titolo esemplificativo, Cass., sez. V, sent. 18 dicembre 2008 n. 46321, in *Dir. pen. proc*., 2009, p. 994 ss. con commento fortemente critico di M. Pierdonati.

[30] Sul punto, cfr. M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4441, per il quale in base all'orientamento descritto «a fondare il potere coercitivo reale basta un'equazione astratta tra la descrizione del fatto fornita dall'inquirente e quella normativamente tipizzata».

[31] Cass., sez. un., sent. 20 novembre 1996 n. 23, Bassi, in *Cass. pen*., 1997, p. 1677; in *Dir. pen. proc*., 1997, p. 237 ss. A dir la verità, la decisione in esame non brilla affatto per chiarezza, essendo tutta imperniata sull'ambiguità di fondo (forse voluta, nel tentativo di ricercare un improbabile compromesso) tra valutazioni di corrispondenza logica da condurre in astratto e disamina delle concrete risultanze processuali. Infatti, dopo aver correttamente rilevato che non va «appiattito il ruolo di garanzia [della giurisdizione], ristretto negli angusti steccati della semplice constatazione dell'astratta asserzione di un'ipotesi di reato, senza la verifica del collegamento con la realtà processuale», giungeva alla poco condivisibile (nonché contraddittoria, rispetto a quanto enunciato in precedenza) affermazione secondo cui «alla giurisdizione compete…il potere-dovere d'espletare il controllo di legalità, sia pure nell'ambito delle indicazioni di fatto, offerte dal pubblico ministero», specificando ulteriormente a scanso di equivoci che «l'accertamento della sussistenza del *fumus commissi delicti* va compiuto sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati, che non possono essere censurati sul piano fattuale, per apprezzarne la coincidenza con le reali risultanze processuali, ma che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica». Giudica "criptico" l'intervento effettuato dalla Corte di cassazione con la sentenza "Bassi", R. Adorno, *Sequestro preventivo,* fumus commissi delicti *e cognizione del tribunale del riesame*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 914 ss.

l'impostazione accusatoria[32]. Con ciò, si è giunti a colmare il divario – tanto accentuato in precedenza – rispetto ai requisiti previsti dall'art. 292 comma 2 lett. c, laddove si specifica che il giudice è tenuto ad esporre e valutare autonomamente gli indizi che giustificano l'adozione della misura in concreto, con indicazione degli elementi di fatto da cui i primi sono desunti e dei motivi che inducono ad attribuire rilevanza a questi ultimi. Inoltre, nel caso in cui siano già presenti nel fascicolo del pubblico ministero o sopraggiungano – magari grazie al contraddittorio differito in sede di riesame[33] – allegazioni a favore del soggetto sottoposto ad indagini preliminari, l'organo giudicante dovrebbe esporre pure i motivi per i quali tali elementi sono stati ritenuti non rilevanti[34].

Al di là delle formule su cui la giurisprudenza tende più o meno fisiologicamente ad adagiarsi, anche l'idea che l'applicazione della misura cautelare reale possa prescindere del tutto dall'analisi dei profili soggettivi del reato ipotizzato[35] rievoca – in una prospettiva storica – l'antica contrapposizione (tipica della procedura inquisitoria) tra una *inquisitio generalis* diretta a circoscrivere gli elementi materiali del reato (vale a dire le possibili manifestazioni esteriori dell'illecito penale) e una *inquisitio specialis* tesa all'individuazione dell'autore del delitto e all'esplorazione dei suoi atteggiamenti psicologici[36]: il sequestro "impeditivo" rappresenta, da questa angolazione, lo spartiacque ideale di un'indagine preliminare da svolgersi in due tempi[37]. Ciò rende la misura in esame particolarmente duttile, poiché capace di adattarsi a contesti investigativi pure sensibilmente differenti.

4. *Segue*: variazioni sul tema del *"periculum in mora"*.

Passando al requisito del *periculm in mora*, esso viene delineato dalla normativa processuale come il «pericolo che la libera disponibilità della cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso» oppure, alternativamente, «agevolare la commissione di altri reati». Anche su questo versante, apparentemente più specifico di quello descritto nel paragrafo precedente, è necessario formulare alcune osservazioni.

In primo luogo, l'idea di un aggravamento o di una protrazione degli effetti lesivi della condotta sembrerebbe implicare che il sequestro preventivo possa essere autorizzato solo in

[32] Cfr. da ultima Cass., sez. V, sent. 16 settembre 2014 n. 49596, Armento, in *CED*, rv 261677, secondo cui «per l'applicazione delle misure cautelari reali è sufficiente e necessaria la sussistenza del *fumus commissi delicti*, ovvero una verifica delle risultanze processuali che consenta di ricondurre alla figura astratta del reato contestato la fattispecie concreta e renda plausibile un giudizio prognostico negativo per l'indagato», specificando comunque che non spettava al tribunale del riesame «entrare nel merito della tesi difensiva, con la quale era contestata la concreta fondatezza dell'accusa», ma solamente la valutazione circa «le risultanze concrete dell'indagine». Sul punto, v. anche Cass., sez. V, sent. 21 maggio 2014 n. 28515, Ciampani e altri, *ivi*, rv. 260921; Cass., sez. VI, sent. 21 giugno 2012 n. 35786, Buttini e altro, *ivi*, rv. 254394; Cass., sez. IV, sent. 14 marzo 2012 n. 15448, Vecchione, *ivi*, rv. 253508; Cass., sez. V, sent. 26 gennaio 2010 n. 18078, De Stefani, *ivi*, rv. 247134.

[33] Sui «privilegi epistemici» di cui gode il collegio del riesame, grazie all'arricchimento del materiale probatorio rispetto alla deliberazione genetica della misura e all'apporto argomentativo dei soggetti interessati, v. R. Adorno, *Sequestro preventivo,* fumus commissi delicti *e cognizione del tribunale del riesame*, cit., p. 922.

[34] Sotto questo profilo, Cass., sez. V, sent. 21 maggio 2014, Ciampani e altri, cit., specifica che il più recente orientamento giurisprudenziale in tema di *"fumus commissi delicti"* e cognizione del tribunale del riesame, deve essere «coordinato con quello secondo il quale tale organo deve limitare il proprio sindacato alle deduzioni difensive che abbiano una oggettiva incidenza sul *fumus*, senza doversi pronunciare su qualsiasi allegazione che si risolva in una mera negazione degli addebiti o in una diversa lettura degli elementi probatori già acquisiti». Il precedente specifico è un arresto di poco precedente: Cass., sez. III, sent. 28 febbraio 2013 n. 13038, Lampadula e altro, in *CED*, rv. 255114, secondo cui « compito del Tribunale del riesame è pure quello di espletare il proprio ruolo di garanzia non limitando la propria cognizione alla astratta configurabilità del reato, dovendo invece considerare e valutare tutte le risultanze processuali in modo coerente e puntuale esaminando, conseguentemente, non solo le allegazioni probatorie del pubblico ministero, ma anche le confutazioni e gli altri elementi offerti dalla difesa degli indagati che possano influire sulla configurabilità e sussistenza del *fumus* del reato ipotizzato», tenendo comunque presente che «il sindacato del Tribunale del riesame, lungi dall'estendersi ad ogni questione prospettata dall'indagato, resta comunque vincolato entro limiti ben precisi, rappresentati dalla effettiva influenza della questione dedotta sulla fondatezza del *fumus* del reato». Peraltro, se è corretto ritenere che la cognizione del tribunale del riesame debba estendersi a tutte e sole le questioni che abbiano un'effettiva incidenza sulla sussistenza del *fumus*, occorre contestualmente riconoscere che – contrariamente a quanto affermato dalla Cassazione nel citato caso Ciampani – «una diversa lettura [proposta dalla difesa] degli elementi probatori già acquisiti» costituisce indubbiamente un fattore idoneo ad esercitare tale influenza.

[35] Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, in relazione ai provvedimenti che dispongono misure di cautela reale, nella valutazione del requisito del *fumus commissi delicti* può rilevare anche l'eventuale difetto dell'elemento soggettivo del reato, purché lo stesso risulti di immediata evidenza, dal momento che la verifica giudiziale della sua mancanza impedisce la stessa astratta configurabilità del reato ipotizzato.

[36] Per gli opportuni approfondimenti, anche di natura bibliografica, si rinvia alle interessanti considerazioni svolte da D. Negri, "*Fumus commissi delicti". La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, spec. p. 67 ss.

[37] Secondo D. Negri, "*Fumus commissi delicti". La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 103, per quanto riguarda il provvedimento che dispone il sequestro preventivo, il livello di equilibrio tra le opposte ragioni del singolo e dell'autorità, «traslato all'interno della struttura del reato, non giunge a toccare l'elemento della colpevolezza e si ferma ai profili materiali della tipicità».

presenza di situazioni criminose in atto, al fine di interrompere l'*iter* di queste ultime[38]. Tuttavia, la giurisprudenza consolidata pare orientata in senso contrario, affermando la legittimità di sequestri "impeditivi" anche in presenza di reati già completamente perfezionati e consumati[39]. Ciò posto, se non si ritiene che la commissione di un reato legittimi di per sé stessa l'adozione di un provvedimento coercitivo e nell'impossibilità di limitare la cautela reale ai soli casi in cui si tratti di interrompere la permanenza o l'abitualità del reato, occorre almeno pretendere che il sequestro sia necessario per impedire la produzione di ulteriori conseguenze offensive del bene giuridico tutelato dalla fattispecie sostanziale provvisoriamente ipotizzata[40], essendo inaccettabile il ricorso ad esigenze di tutela di beni giuridici non penalmente rilevanti, individuati in sede giudiziaria[41]. Spetta, dunque, all'organo giurisdizionale individuare, con congrua motivazione sul punto, le conseguenze antigiuridiche (ulteriori rispetto all'avvenuta consumazione del reato) della condotta, che si appalesano idonee a ledere il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice invocata; esplicando, inoltre, quali elementi inducono a considerare attuale il pericolo che tali conseguenze si producano concretamente[42]. Qualora, invece, la persistente disponibilità del bene costituisse un elemento neutro rispetto al profilo dell'offensività, la misura cautelare reale non potrebbe essere concessa.

Ulteriori precisazioni si impongono in riferimento all'esigenza cautelare contemplata in via alternativa dalla disposizione: risulta evidente, infatti, che il sequestro preventivo non possa essere disposto adducendo genericamente la necessità di impedire che la libera disponibilità della *res* agevoli la commissione di altri reati. Questi ultimi – eventualmente esorbitanti rispetto alla cornice giuridica del procedimento in corso – non solo devono essere indicati specificamente nel provvedimento (e ancor prima, si deve ritenere, nella richiesta avanzata dal pubblico ministero), ma la loro commissione deve anche apparire, in base a circostanze concrete, come lo svolgimento logicamente conseguente alla realizzazione della fattispecie,

[38] Nell'intento di raccordare la lettera della disposizione con alcune categorie tradizionali del diritto penale sostanziale Cass., sez. III, sent. 2 febbraio 1996 n. 490, Morandi in *CED*, rv. 205404, ha osservato che «il concetto di protrazione del comportamento illecito è proprio del reato permanente, mentre la reiterazione della condotta criminosa richiama le caratteristiche del reato abituale e l'agevolazione della commissione di altri reati quello continuato»; precisando, tuttavia, che «le espressioni utilizzate non si limitano ad individuare solo dette figure di reati, ma tutti quelli che producono alcune delle conseguenze su evidenziate (*ex. gr*. istantanei con effetti permanenti e delitto tentato per rimanere alla enucleazione di alcune categorie generali)».

[39] Non importa che la condotta si sia già esaurita o l'evento naturalistico si sia già prodotto, con riferimento – rispettivamente – ai reati formali e a quelli materiali: le conseguenze che il sequestro preventivo tende ad evitare – si afferma – non si identificano con gli elementi costitutivi della fattispecie. Cfr., tra le molteplici pronunce emanate soprattutto in relazione a ipotizzate violazioni della normativa in materia edilizia e ambientale, Cass., sez. III, sent. 15 gennaio 2015 n. 5954, Chiacchiaro, in *CED*, rv. 264370. V. anche Cass., sez. III, sent. 18 settembre 2013 n. 42363, Colicchio, *ivi*, rv. 257526; Cass., sez, II, sent. 16 novembre 2006 n. 5225, Oro, *ivi*, rv. 235861; Cass., sez. III, sent. 4 dicembre 2001 n. 45986, Carletto, *ivi*, rv. 220329.

[40] A ben vedere nel medesimo senso si esprimeva già Cass., sez. un., sent. 29 gennaio 2003 n. 12878, Innocenti (in *Cass. pen*., 2003, p. 1829 ss.), ove si affermava che «le conseguenze antigiuridiche, ulteriori rispetto alla consumazione del reato, attengono sostanzialmente al volontario aggravamento o protrarsi della offesa del bene protetto anche dopo la commissione della fattispecie penalmente illecita, ponendosi in stretta connessione con la stessa. D'altro canto, il collegamento di detti effetti pregiudizievoli con il procedimento di repressione del reato comporta necessariamente che l'accertamento irrevocabile di questo sia idoneo ad impedire definitivamente il verificarsi delle conseguenze antigiuridiche». In dottrina, nel medesimo senso, v. P. Gualtieri, *Sequestro preventivo*, in *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati (in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, II, 2), Torino, 2008, p. 380.

[41] Diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al giudice di oltrepassare i confini segnati dalla fattispecie penale, conferendogli il potere di apprestare una tutela anticipata (mediante l'apposizione di un vincolo di indisponibilità su determinati beni) ad interessi non reputati meritevoli di presidio penale da parte dell'ordinamento. In questa prospettiva, ad esempio, la Corte di legittimità ha correttamente escluso che il sequestro preventivo possa essere disposto unicamente allo scopo di impedire la consumazione di un illecito amministrativo: Cass., sez. III, sent. 24 marzo 2011 n. 15614, Mengozzi, in *CED*, rv. 250391. Il problema del rapporto tra giudice ed interessi o situazioni giuridiche meritevoli di tutela è stato avvertito, nei suoi caratteri essenziali, anche in altri rami dell'ordinamento: cfr., ad esempio, il dibattito sul significato da attribuire al sintagma "danno ingiusto" nell'ambito dell'art. 2043 c.c., su cui si sofferma C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 2 ss. e 45 ss.

[42] Vi sono state pronunce che hanno accolto coerentemente l'impostazione fatta propria dalle sezioni unite con la sentenza "Innocenti": cfr., ad esempio, Cass., sez. II, sent. 23 aprile 2010 n. 17170, De Monaco, in *CED*, rv. 246854; Cass., sez. III, sent. 12 dicembre 2007 n. 4745, Giuliano, *ivi*, rv. 238783. Da ultima, per la lucidità delle argomentazioni impiegate, merita di essere richiamata Cass., sez. VI, sent. 17 marzo 2015 n. 11308, Marioli, *ivi*, rv. 262832: secondo la Corte di legittimità, «circa il *periculum in mora*, occorre specificare come lo strumento cautelare non possa essere utilizzato per rimuovere le conseguenze dannose del reato», poiché «a tale scopo sono deputate le misure risarcitorie e ripristinatorie che possono essere adottate in seguito all'accertamento del fatto»; mentre «il sequestro preventivo mira ad evitare in concreto l'aggravamento delle conseguenze del reato», tenendo presente che queste ultime «non possono coincidere con il semplice fatto che la legalità sia stata violata». Facendo leva su queste premesse di carattere generale, nel caso di specie la Corte «registra [nel provvedimento impugnato] una carenza assoluta di motivazione circa il *periculum in mora* che legittima l'applicazione della misura cautelare», dal momento che tale provvedimento «non illustra le conseguenze dannose del reato, né le ragioni per cui tali conseguenze sarebbero in concreto rese più gravi in assenza della misura cautelare»; limitandosi, invece, a fare riferimento «in modo apodittico a fantomatiche esigenze di 'protezione idrogeologica dell'area', per colmare la lacuna costituita dalla mancata lesione ad un interesse diverso da quello all'esistenza di un regolare regime di concessione di beni demaniali».

che funge da presupposto per l'adozione della misura cautelare reale[43].

La motivazione circa la sussistenza del *periculm in mora* assume rilievo peculiare anche perché il codice di procedura penale distingue le tipologie di sequestro in base alle finalità che sostengono in concreto l'adozione della misura, ricollegando a tale distinzione anche conseguenze di ordine pratico[44]. Per questa ragione, è indispensabile che il giudice esplichi le finalità del provvedimento al momento della sua applicazione «non solo al fine di garantire una verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione della misura, ma anche per permettere l'identificazione della natura propria del provvedimento»[45].

Dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che l'accertamento del *periculum*, analogamente a quanto avviene per le misure cautelari personali, debba essere effettuato in concreto, sulla base di circostanze di fatto che inducano a ritenere altamente probabile ed imminente l'utilizzo della *res*, di cui si dispone il sequestro, in funzione strumentale ad un aggravamento o alla protrazione delle conseguenze del reato, oppure ancora alla commissione di ulteriori illeciti penali. Eppure, anche su questo versante permangono imprecisioni e incertezze interpretative: meritano, invero, di essere considerate con attenzione le interazioni fra il requisito della pertinenza della *res* al reato (che delimita, seppur in modo elastico, il complesso degli oggetti suscettibili di sequestro) e il giudizio prognostico di cui si discorre.

In primo luogo, la disposizione fa riferimento ad oggetti che possano agevolare l'aggravamento del reato o la commissione di altri illeciti penali: di conseguenza, non è strettamente necessario che l'oggetto del sequestro costituisca il mezzo imprescindibile per la prosecuzione o la realizzazione dell'intento criminoso, essendo sufficiente che esso fornisca un apprezzabile contributo in tal senso[46]. Ciò detto, l'errore logico in cui spesso incorre la giurisprudenza consiste nel ritenere l'accertamento in ordine alla pericolosità dell'oggetto del sequestro, in funzione di aggravamento del reato o della commissione di ulteriori illeciti penali, assorbito nel giudizio circa la pertinenza della medesima *res* rispetto al reato ipotizzato. A ben vedere i due profili, che – almeno in certi casi – tendono a sovrapporsi sul piano pratico, rimangono tuttavia concettualmente distinti e, come tali, necessitano di motivazioni autonome e indipendenti (seppur collegate), giacché autonomi e indipendenti sono anche i parametri di riferimento cui la valutazione deve rimanere ancorata[47].

[43] In questi termini si esprimeva la risalente pronuncia Cass., sez. III, sent. 26 gennaio 1998 n. 336, Vargeto, in *CED,* rv. 210331. Se così non fosse, il sequestro risulterebbe totalmente avulso da esigenze di prevenzione speciale correlate alla commissione di un (precedente) reato, venendo in tal caso il procedimento penale a costituire unicamente l'occasione contingente per imporre un vincolo di indisponibilità giuridica e materiale su determinati beni. In dottrina, si è correttamente rilevato che «il sequestro preventivo non presuppone propriamente un'indagine finalizzata all'esito finale del processo, ma alla situazione di pericolo 'immediato' che le cose pertinenti al reato, se lasciate nella libera disponibilità dell'imputato, indagato, terzo detentore o proprietario, possano aggravare o protrarre le conseguenze di esso, ovvero agevolare la commissione di altri reati. Solo rispetto a tali nuovi episodi di reato si potrà porre un problema di previsione circa l'effettività della qualificazione criminosa»: P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, p. 145.

[44] Cfr., sul punto, M. Montagna, *Pluralità delle specie di sequestro ed onere di motivare*, in *Giur. it*., 1993, II, p. 295 ss.

[45] Così si esprimono M. Castellano - M. Montagna, *Misure cautelari reali*, in *D. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 104. Sul punto, v. anche Cass., sez. V, sent. 30 ottobre 2014 n. 52251, Bianchi, in *CED*, rv. 262164, nella quale, con riferimento al sequestro preventivo disposto dal giudice per le indagini preliminari, successivamente confermato dal tribunale del riesame, in relazione ad una fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione, si afferma: «per quanto attiene più specificamente a somme di denaro depositate presso banche, ossia beni normalmente non destinati alla commissione di reati, il sequestro preventivo comporta la previa individuazione del rapporto di pertinenza con i reati per i quali si procede, *di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento*, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o sia, comunque, concretamente destinato alla commissione del medesimo. Ciò comporta che il sequestro preventivo non può colpire, indistintamente e genericamente, beni o somme di denaro dell'indagato o dell'imputato (*caratteristica del sequestro conservativo*), ma solo i beni legati dal rapporto di pertinenzialità dinanzi specificato».

[46] È legittimo dubitare della reale efficacia delle formule utilizzate in giurisprudenza per delimitare il perimetro degli oggetti passibili di sequestro. In dottrina, infatti, si è correttamente osservato che «il sostrato fattuale della 'pertinenza' esprime la necessità di un collegamento – quale che sia – con la realizzazione della fattispecie criminosa oggetto di indagine e l'ambito di applicazione della formula normativa – lungi dall'essere rigidamente predeterminato e costante – viene a definirsi proprio nell'estrema variabilità del suo contenuto e nella conseguente flessibilità di utilizzo, in considerazione dell'impossibilità di predeterminare i confini delle esigenze cautelari in relazione all'estrema varietà dei reati ed alle infinite forme di manifestazione delle condotte criminose»: G. De Amicis, *Contrasti giurisprudenziali in tema di oggetto del sequestro preventivo*, in *Cass. pen*., 1999, p. 1876.

[47] Nel medesimo senso, v. *amplius* F. Porcu, *Variazioni cromatiche del fumus commissi delicti nel sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc*., 2014, p. 1350 - 1351. Anche P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, cit., p. 149, riconosce il valore della distinzione tra i due profili in esame, pur ritenendo le rispettive valutazioni concretamente inscindibili. In giurisprudenza, si segnala Cass., sez. VI, sent. 18 luglio 2012 n. 32807, Bellina Terra, in *CED*, rv. 253219, in cui si afferma: «se è vero che ogni bene può essere ritenuto pertinente al reato astrattamente ipotizzato in un provvedimento cautelare reale, salvo verificarne in concreto la necessaria presenza di un legame, anche indiretto, è pur vero che il presupposto del nesso pertinenziale della cosa al reato deve essere collegato – al fine di evitare una indiscriminata compressione del diritto di proprietà e di uso del bene – alla finalità di impedire che la libera disponibilità della cosa stessa da parte dell'indagato comporti il pericolo di aggravamento o protrazione delle conseguenze dell'attività delittuosa. Si tratta, dunque, di una valutazione di merito che il giudice deve congruamente motivare sia con riguardo al profilo della specifica intrinseca e stabile strumentalità della cosa sottoposta a sequestro all'attività illecita che si ritiene commessa dalla persona indagata…sia con riferimento alla possibilità che quella attività venga reiterata o aggravata».

Fatte queste premesse, sulla scorta di considerazioni già emerse in dottrina[48], è forse possibile ipotizzare una distinzione tra due diverse ipotesi che si presentano nella prassi: giova differenziare – nell'ambito di applicazione della fattispecie processuale di cui all'art. 321 comma 1 c.p.p. – le situazioni in cui il pericolo derivante dalla libera disponibilità della *res* si collega direttamente alla natura o alle caratteristiche intrinseche del bene medesimo, da quelle in cui – sempre ai fini del giudizio di pericolosità in concreto – assumono rilevanza le posizioni di soggetti determinati[49]. Tale distinzione potrebbe trovare riscontri anche nell'ambito del discorso giustificativo del provvedimento di sequestro preventivo: mentre nella prima ipotesi risulta logicamente possibile e giuridicamente legittimo esimersi dall'approfondimento circa i profili soggettivi del reato e la personalità di coloro che ne siano eventualmente indiziati, ciò non dovrebbe essere consentito là dove la situazione di pericolo (che, si ricorda, costituisce il presupposto indefettibile per l'adozione della misura) derivi dalla libera disponibilità della medesima da parte di soggetti specificamente individuati[50]. In quest'ultima evenienza, il giudice dovrebbe motivare le proprie valutazioni sia in riferimento agli indizi di colpevolezza a carico dell'accusato (altrimenti mancherebbe il referente cui ricollegare l'insorgere delle esigenze di prevenzione) sia in riferimento al rischio che – in mancanza di un'apprensione immediata da parte dell'autorità – il predetto utilizzi la *res* per la realizzazione di intenti criminosi[51].

Rimane da precisare che la ben nota pronuncia della Corte costituzionale – peraltro assai risalente – con cui si è negata la rilevanza dei "gravi indizi di colpevolezza" ai fini del giudizio

[48] Sul punto, v. *amplius* F. Porcu, *Variazioni cromatiche del fumus commissi delicti nel sequestro preventivo*, cit., p. 1343 ss., spec. p. 1350 ss.; in precedenza nel medesimo senso, G. Caneschi, *Connotazione oggettiva e soggettiva del sequestro preventivo e valutazione del* fumus commissi delicti *dopo il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 594 ss.

[49] Si sarà notata la differenza di impostazione teorica rispetto alle posizioni dottrinarie richiamate nella nota precedente, pur meritevoli e scientificamente originali. In effetti, nell'opinione di chi scrive, l'eventuale rilevanza degli indici di colpevolezza viene in rilievo – in ambito cautelare reale – non tanto in relazione al requisito del *fumus*, quanto invece in riferimento al cosiddetto *periculum*. In giurisprudenza, cfr. Cass. sez. un. sent. 29 gennaio 2015 n. 31022, Fazzo e altro (in *Cass. pen.*, 2015, p. 3437 ss., con nota di L. Paoloni), in cui si afferma: «La nozione di pertinenza di cui all'art. 321 c.p.p. delimita il campo di operatività del sequestro preventivo alla sua finalità, con l'effetto che la misura, come si è osservato in dottrina, finisce con l'assumere una 'connotazione di natura sostanziale', nel senso che il vincolo d'indisponibilità al quale la cosa è sottoposta scongiura il pericolo della *perpetuatio criminis* ovvero della commissione di altri reati»; per questo motivo, «la finalità di prevenzione che la misura persegue è mediata dalla cosa, considerata nel rapporto con la persona che ne ha la disponibilità, il che legittima il sequestro nei casi in cui lo stretto legame tra la persona e il bene sia la causa del pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di reiterazione dell'attività criminosa» (*ibidem*, p. 3441).

[50] Si pensi alle situazioni in cui la pericolosità della *res* sia riconducibile principalmente all'utilizzo di essa da parte dell'indagato/imputato in virtù di competenze specifiche che egli possiede o al contesto organizzativo e operativo in cui potrebbe essere verosimilmente inserita (ad esempio, mezzi di trasporto impiegati per gli atti preparatori o successivi alla commissione di un reato; beni immobili utilizzati per l'esercizio di attività illecite; atti pubblici, documenti di identificazione o autorizzazioni amministrative utili per la commissione di frodi in danno al patrimonio privato o all'ordine economico). In tali circostanze, il discrimine tra beni episodicamente e beni strutturalmente collegati alla commissione di reati rischia di diventare evanescente (anche per la possibile sovrapposizione e concorrenza tra attività lecite e illecite in relazione al medesimo oggetto), come testimoniano le numerose pronunce giurisprudenziali sovente in contrasto l'una con l'altra (una esaustiva panoramica della casistica giurisprudenziale si trova in L. Milani, sub. *art. 321*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso - G. Illuminati, Padova, 2015, p. 1410 ss.). Piuttosto, si tratta di verificare se la mancata apposizione del vincolo reale crei una situazione di pericolosità, in quanto lasci la *res* nella disponibilità di un soggetto in grado di "valorizzarla" a fini penalmente illeciti. Frequente nella prassi è anche la richiesta di sequestro preventivo orientata al complesso dei beni aziendali in relazione ai reati di lesioni personali colpose (commesso in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro) o di impiego di lavoratori privi del permesso di soggiorno. In effetti, sembra logico distinguere due situazioni differenti. Se l'attività imprenditoriale viene svolta nel totale dispregio delle precauzioni tese ad evitare la verificazione di infortuni o il criterio di economicità viene rispettato solo grazie all'impego illecito di manodopera, la cautela reale rappresenta il mezzo indispensabile per impedire la prosecuzione dell'intento criminoso. Al contrario, nel caso in cui l'esercizio di legittime attività imprenditoriali conviva con taluni ipotizzati comportamenti illeciti, l'esame delle posizioni individuali dei soggetti coinvolti in ordine al reato presupposto, così come la valutazione circa il pericolo di protrazione degli illeciti in relazione al contributo dei predetti, diviene ineludibile al fine di giustificare la misura ablatoria in esame: sul tema, cfr. Cass., sez. IV, sent. 24 aprile 2013 n. 18603, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1066 ss., con nota di D. Iarussi.

[51] Naturalmente, in tale contesto, potrebbero assumere rilevanza anche circostanze ulteriori, come la sopravvenuta circolazione giuridica del bene rispetto al momento in cui si ipotizza sia stato commesso il reato ovvero lo stato soggettivo di buona fede del soggetto che ne abbia la materiale disponibilità al momento in cui il provvedimento debba essere concretamente assunto. In queste ipotesi, per disporre l'apprensione coattiva del bene, dovrebbe essere necessaria una motivazione "rafforzata", che espliciti le ragioni per cui la situazione di pericolosità si protrae nonostante le mutate circostanze di fatto rispetto al *tempus commissi delicti*. In giurisprudenza, sul punto, cfr. Cass., sez. II, sent. 17 aprile 2015 n. 32647, Catgiu, in *CED*, rv. 264524; Cass., sez. VI, sent. 18 febbraio 2014 n. 18766, Giacchetto, *ivi*, rv. 259131; Cass., sez. II, sent. 28 gennaio 2014 n. 5657, Scozzaro, *ivi*, rv. 258210. V. anche Cass., sez. II, sent. 30 novembre 2011 n. 47411, Renerco, *ivi*, rv. 252049, che ritiene debba essere annullata l'ordinanza del tribunale del riesame che, violando l'obbligo stabilito dall'art. 125 comma 3 c.p.p., non abbia fornito una congrua motivazione in ordine al sequestro su beni del terzo acquirente in buona fede. Secondo Cass., sez. II, sent. 11 gennaio 2007 n. 5649, Ferri e altri, *ivi*,, rv. 236122, «la peculiarità della funzione del sequestro preventivo prescinde dalla liceità o meno delle cose, valorizzando invece la destinazione, sia pure indiretta, delle medesime, a fungere da mezzo di comunione con altri reati…pertanto, se è vero che oggetto di sequestro preventivo può essere qualsiasi bene – a chiunque appartenente e, quindi, anche a persona estranea al reato – è altrettanto vero che è sempre necessario che il tale oggetto sia collegato al reato e, ove lasciato in libera disponibilità, sia idoneo a costituire pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato».

cautelare reale[52], non sembra precludere l'opzione ermeneutica qui riferita. In quell'occasione, infatti, i giudici di Palazzo della Consulta operarono una ricostruzione del sequestro preventivo in termini di pericolosità intrinseca ed obbiettiva delle *res* interessate dall'apprensione[53]. Considerato che ben altra è la realtà che si registra nella prassi giudiziaria – ove alla nozione di "cosa pertinente al reato" si riconducono oggetti anche non intrinsecamente collegati all'illecito penale che funge da presupposto per la cautela – non pare insensato proporre una rimodulazione dell'approccio originario.

5. Proporzionalità, adeguatezza e gradualità del sequestro "impeditivo".

Altro profilo assai significativo, intimamente collegato al precedente, riguarda l'obbligo di motivare l'adozione del provvedimento di sequestro preventivo in relazione ai criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità delle misure cautelari. Anche in questo caso, il dibattito si è polarizzato sulla possibilità di applicare per analogia la disciplina dettata in materia di misure cautelari personali (art. 275 c.p.p.) al settore delle cautele reali. Al di là delle argomentazioni prettamente tecniche, si è spesso sottolineata la circostanza per cui mancherebbero i presupposti per l'applicazione di tale disciplina, dal momento che nel settore delle cautele reali non si riscontra quella varietà di misure (ordinate in base alla graduazione del livello di afflittività delle medesime) che caratterizza l'ambito delle misure cautelari personali[54].

La Corte di cassazione, chiamata ad esprimersi in una vicenda concernente il sequestro di impianti produttivi per violazione della normativa penale a tutela dell'ambiente, ha preso esplicitamente posizione sul punto, ritenendo che la motivazione del decreto di sequestro preventivo debba esibire argomentazioni specifiche in ordine a ciascuno dei suddetti parametri[55]. E ciò non sulla base di un'applicazione analogica dell'art. 275 c.p.p.[56], bensì in ossequio a quella che è stata considerata una corretta interpretazione del requisito del *periculum* nell'ambito dello stesso art. 321 c.p.p. In particolare, per oltrepassare l'ostacolo empirico costituito dall'assenza di una pluralità di misure cui fare ricorso in sede cautelare reale, la Cassazione ha fatto esplicitamente riferimento alla possibilità di applicare una «meno invasiva misura interdittiva», analogamente a quanto consentito per le misure cautelari personali[57].

A ben vedere, l'approccio interpretativo descritto contiene il germe di un'innovazione di più ampio respiro nell'ambito del sistema cautelare. Invero, ritenere «meno invasiva» una misura interdittiva rispetto al sequestro "impeditivo" significa presupporre il passaggio da una concezione "statica" delle misure cautelari, incentrata sui differenti beni giuridici che ne vengano incisi, ad una concezione "dinamica", in cui – ferma restando la diversità dei rispettivi presupposti – è il giudice a stabilire quale sia la misura maggiormente gravosa in considerazione degli interessi in gioco nel caso concreto[58]. Ciò comporta conseguenze precise, sotto il profilo degli oneri motivazionali a carico del giudice investito di una richiesta di sequestro preventivo. Invero, ove ritenesse indispensabile la sua applicazione, egli sarebbe tenuto ad esporre le concrete e specifiche ragioni per cui le esigenze previste dall'art. 321 c.p.p. non possono essere

[52] Corte cost., sent. 9 febbraio 1994 n. 48, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1455 ss.
[53] Se ne avvede G. Caneschi, *Connotazione oggettiva e soggettiva del sequestro preventivo e valutazione del* fumus commissi delicti *dopo il rinvio a giudizio*, cit., p. 605. Non a caso, nelle motivazioni redatte a sostegno della pronuncia viene conferito particolare rilievo all'ipotesi di sequestro preventivo funzionale alla confisca: cfr. Corte cost., sent. 9 febbraio 1994, cit., spec. § 6 (in *Cass. pen.*, 1994, p. 1467).
[54] Cfr., sul punto, M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, spec. p. 50-51.
[55] Cass., sez. III, sent. 15 dicembre 2011 n. 12500, Sartori, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4166 ss., con nota di L. Milani. Tale orientamento si è successivamente consolidato, anche in riferimento a vicende giudiziarie significativamente differenti dalla precedente: cfr. Cass., sez. V, sent. 7 maggio 2014 n. 21271, Konovalov, in *CED*, rv. 261509; Cass., sez. V, sent. 16 gennaio 2013 n. 8382, Caruso, *ivi*, rv. 254712.
[56] In questo senso, invece, si era espresso Cass., sez. V, sent. 21 gennaio 2010 n. 8152, Magnano e altro, in *CED*, rv. 246103.
[57] Cfr. Cass., sez. III, sent. 15 dicembre 2011, Sartori, cit., spec. § 3.1 (in *Cass. pen.*, 2012, p. 4168). In questa prospettiva, particolare interesse riveste il divieto temporaneo di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese, di cui all'art. 290 c.p.p.
[58] Di conseguenza, non si potrebbe escludere *a priori* che una misura destinata ad incidere direttamente sulla libertà personale di un determinato individuo (che pure è un bene sovraordinato, nel nostro sistema costituzionale, rispetto alla proprietà privata e alla libertà di iniziativa economica) possa rivelarsi, alla luce delle circostanze del caso concreto, meno "grave" rispetto al sequestro preventivo. In dottrina, sul punto, v. R. Loffredo, *Procedimento decisorio e controlli in tema di sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 1991, II, p. 255-256: «seppure a prima vista provvedimenti limitativi della libertà fisica delle persone, potrebbero suscitare maggiore sensazione di afflittività rispetto ad analoghi provvedimenti limitativi destinati, però, ad incidere su interessi meramente patrimoniali, non si può disinvoltamente trascurare che il destinatario di un sequestro preventivo riceve pur sempre una cospicua limitazione della libertà personale nell'ottica dei rapporti economici».

soddisfatte attraverso misure diverse[59]. Residuerebbe, in ogni caso, un'aporia di fondo del sistema cautelare, ineliminabile a dettato normativo invariato: il sequestro "impeditivo", infatti, rimarrebbe sottoposto a requisiti differenti – nonché meno stringenti – rispetto alle misure interdittive che fossero alternativamente applicabili, nonostante queste ultime possano venire considerate concretamente meno gravose[60].

6. Prospettive.

Al legislatore processuale repubblicano va riconosciuto il merito di aver ricondotto entro una cornice unitaria le molteplici manifestazioni giurisprudenziali del sequestro con finalità preventive; tuttavia, la regolazione appare lacunosa, non includendo nella disciplina della cautele reali alcuna disposizione concernente la motivazione dei relativi provvedimenti. Si è, in tal modo, sottovalutata l'autonomia del dovere giuridico di motivare rispetto a quello di decidere, appiattendo – più o meno consapevolmente – il primo sul secondo. Quando, invece, si prenda coscienza del fatto che «il discorso giustificativo giudiziale non appartiene tanto alla sfera della psiche del giudice, ma piuttosto al dominio dei fatti osservabili», si comprende anche l'importanza di uno statuto normativo della motivazione, nell'ambito del quale spetta alla legge regolare variabilmente – nel rispetto dei limiti costituzionali – le premesse e i caratteri della sequenza argomentativa che forma la struttura della motivazione[61].

In assenza di questi presupposti, la motivazione rischia di cadere nell'irrilevanza giuridica, senza poter svolgere le fondamentali funzioni di garanzia cui si è accennato in apertura[62]. Il ritardo sul punto appare ancor più grave, ove si consideri che proprio in riferimento al sequestro "impeditivo" – particolarmente esposto alle pressioni derivanti dalle istanze di difesa sociale – il giudice necessiterebbe di un modello legale di motivazione[63]. Inoltre, si trascura che l'obbligo giuridico di motivare secondo una sequenza logica definita potrebbe avere sulle decisioni cautelari un impatto ancora maggiore rispetto alle sentenze di merito, dal momento che nel contesto cautelare risulta praticamente annullato lo iato temporale che normalmente separa il contesto di decisione da quello di giustificazione (reciprocamente influenzantesi, secondo le acquisizioni della epistemologia contemporanea)[64].

Tutto è perduto, dunque? Non necessariamente, se è vero – come si è cercato di dimostrare – che dagli arresti giurisprudenziali, non di rado ispirati dall'elaborazione dottrinale, emerge faticosamente una struttura in *fieri* della motivazione del sequestro "impeditivo"[65]. Naturalmente, si procede per tentativi ed errori, ma in ogni caso deve essere visto positivamente il percorso di arricchimento dei contenuti e delle sfumature dei requisiti del sequestro "impeditivo", dal momento che «un minor rigore nell'individuazione dei presupposti della misura cautelare si traduce da una parte in obblighi motivazionali meno stringenti, dall'altra nella limitazione

[59] Nel medesimo senso, v. E. Conforti - A. Montesano Cancellara, *Il sequestro nel procedimento penale*, Milano, 2014, p. 44.

[60] In ultima analisi, a parere di chi scrive, per attuare coerentemente le proposte interpretative descritte – estendendo al settore delle cautele reali i criteri di scelta delle misure di cui all'art. 275 c.p.p. – sarebbe necessario riconsiderare la rigida partizione sistematica tra misure cautelari personali e reali, enfatizzata a suo tempo dalla Corte costituzionale al fine di giustificare la diversa declinazione dei diritti spettanti alla difesa, in considerazione dei beni giuridici rispettivamente interessati dalle misure medesime: cfr. Corte cost., sent. 9 febbraio 1994 n. 48, in *Cass. pen.*, 1994, spec. p. 1467).

[61] Per una critica serrata alla cosiddetta "fallacia mentalistica" nell'ambito della teoria generale della motivazione, cfr. E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p.196 ss., da cui è tratta anche la citazione che precede nel testo (*ibidem*, p. 197).

[62] V. *supra*, § 2.

[63] In assenza di quest'ultimo, egli rischia di divenire – alternativamente – sostenitore od oppositore dei malumori della comunità interessata dagli effetti lesivi o pericolosi del reato ipotizzato, soprattutto nei casi in cui l'attività di vigilanza degli organi amministrativi preposti alla tutela di interessi diffusi o collettivi si sia dimostrata inadeguata o intempestiva.

[64] Sui rapporti tra *context of discovery* e *context of justification*, v. *amplius* G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, p. 25 ss., ove si evidenzia come nei casi in cui «la persona che opera una opzione sa di doverla motivare (ed è la situazione tipica in cui si trova il giudice), non può prescindere completamente da tale obbligo e quindi già si trova il campo delle eventuali soluzioni ridotto a quello delle scelte ragionevolmente giustificabili» (*ibidem*, p. 27).

[65] A parere di chi scrive, dunque, alla luce delle evoluzioni più recenti vi sarebbero elementi per rivedere – almeno in parte – il giudizio fortemente critico espresso autorevolmente in passato (v. *supra*, § 1 nt. 3). Tuttavia, occorre riconoscere che tale evoluzione ha riguardato principalmente l'istituto del sequestro preventivo "tipico" o "impeditivo", senza intaccare la diversa ed autonoma figura del sequestro finalizzato alla confisca, nel cui contesto si assiste ancora innegabilmente ad una significativa semplificazione degli obblighi motivazionali. Cfr., sul punto, A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 3, p. 1 ss. e G. Caneschi, *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, n. 1, p. 13 ss.

dei profili censurabili in sede di impugnazioni cautelari»[66].

Quale futuro, in conclusione, per la motivazione nell'ambito del sequestro preventivo "tipico"? Nel breve periodo è possibile individuare due scenari alternativi. Il primo ricalcherebbe, con un intervento legislativo, le recenti evoluzioni in tema di misure cautelari personali[67]. Se così non fosse, potrebbe proseguire lo sviluppo pretorio dell'istituto.

Per quanto riguarda il futuro meno prossimo, è legittimo chiedersi – anche sulla scorta delle osservazioni formulate in precedenza[68] – se la rigida partizione sistematica del libro IV del c.p.p. sia destinata a reggere l'urto del tempo o se, invece, non subirà un processo di progressiva armonizzazione nella disciplina delle differenti tipologie di misure, con l'emersione di una sorta di "parte generale", contenenti i principi comuni alle misure cautelari nel procedimento penale[69].

Nell'ottica degli equilibri generali tra diritto penale e processo, comunque, il sequestro preventivo pare destinato a rivestire ancora un ruolo "strategico", poiché attraverso di esso il processo penale si fa direttamente carico delle istanze di protezione espresse dalla collettività, soprattutto quando vengano in rilievo interessi collettivi o diffusi meritevoli di protezione[70].

[66] In questi termini, F. Porcu, *Variazioni cromatiche del* fumus commissi delicti *nel sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1360. Nel medesimo senso si esprimeva, con incisive osservazioni, già G. Viciconte, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 360-361.

[67] Per un'analisi del più recente provvedimento normativo concernente, tra l'altro, la disciplina della motivazione in ambito cautelare personale, non si può che rinviare al complesso e ricco contributo di G. Illuminati, *Verso il ripristino delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1131 ss. Ancor più specifico, in merito al significato e alla portata delle recenti modifiche in tema di motivazione del provvedimento restrittivo della libertà personale in funzione cautelare, il contributo di C. Scaccianoce, *Il controllo sul potere cautelare dopo la legge n. 47 del 2015*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 3, p. 136 ss.

[68] V. *supra*, § 5 spec. nt. 60.

[69] Sulle significative similitudini normative tra i due versanti cautelari, riferibili attualmente soprattutto ai rispettivi procedimenti applicativi, cfr. G. Caneschi, *Connotazione "oggettiva" e "soggettiva" del sequestro preventivo e valutazione del* fumus commissi delicti *dopo il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 603. Di «promiscuità culturale» tra coercizione personale e coercizione reale, in funzione del convergente impegno di tutela delle posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate, discorreva in tempi non recenti A. Bevere, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, 1999, p. 159 ss. Successivamente, il parallelismo è stato ripreso anche da M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 46 ss., pur riconoscendo non solo i «dati comuni» ma anche gli «elementi differenziali» che caratterizzano il sistema cautelare penale. Insiste, invece, sulla legittimità di una netta demarcazione normativa tra le misure cautelari personali e quelle reali, alla luce delle scelte assiologiche compiute con l'adozione della Costituzione repubblicana, Cass., sez. un., sent. 28 marzo 2013 n. 26268, Cavalli (in *Cass. pen.*, 2013, p. 4338 ss., con nota di M.E. Gamberini), spec. § 11 (*ibidem*, p. 4347 - 4348).

[70] Questa osservazione – originariamente avvalorata dalle "prassi promozionali" registratesi nel decennio antecedente alla codificazione processuale – risulta confermata anche oggi, tanto che il legislatore ha ritenuto di intervenire per ridisegnare la disciplina dell'istituto in uno specifico settore di applicazione, a seguito delle vicende cautelari aventi per oggetto complessi aziendali e impianti produttivi (sul punto, cfr. P. Tonini, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1153 ss.).

I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale

Limits of Application of the Adversarial Principle in Non-criminal Proceedings

Gaia Caneschi
Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università Commerciale L. Bocconi di Milano

Diritti umani, Principio del contraddittorio, Procedimenti extra-penali, Sentenza Grande Stevens c. Italia.

Human Rights, Adversarial Principle, Non-criminal Proceedings, Grande Stevens vs. Italy

Abstract

Prendendo spunto dall'acceso dibattito che ha animato gli interpreti a proposito della duplicazione delle sanzioni, in sede penale ed amministrativa, viene da domandarsi se, sul piano dell'accertamento del fatto, le garanzie tipiche della giurisdizione penale debbano essere attuate anche nel procedimento sanzionatorio extrapenale. Si pensi in particolare al principio del contraddittorio, inteso come metodo di partecipazione dialettica alla formazione della prova, in grado di assicurare il miglior risultato possibile in termini di qualità dell'accertamento, nonché come componente fondamentale del diritto di difesa dell'accusato.

Occorre comprendere se il riconoscimento del principio nei procedimenti "ispettivi" (della specie, ad esempio, di quelli condotti dalla Banca d'Italia o dalla Consob), debba ritenersi imposto alla luce del sistema delle fonti non soltanto interne di rango costituzionale, ma anche sulla base dei vincoli di natura sovranazionale derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Del resto, se proprio dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo viene riconosciuto che la sanzione applicata all'esito del procedimento extrapenale, possa avere natura sostanzialmente penale, non si giustifica un approccio meno garantistico – rispetto a quello del processo penale – nell'accertamento del fatto.

Starting from the debate on the doubling of the sanctions between criminal and regulatory proceedings, the paper analyses whether the typical guarantees of criminal jurisdiction granted in the finding of the fact must be granted in non-criminal proceedings aimed to the application of sanctions as well. This must be referred to the adversarial principle both as a method of participation in the gathering of evidence – able to ensure the highest standard of quality in the finding of the facts – and as a fundamental part of the defendant's right of defence.

The paper evaluates if the application of the principle in regulatory proceedings (such as the ones conducted by Bank of Italy or CONSOB, for instance) must be regarded as mandatory, in the light of the law provided both by internal norms of constitutional rank and by international obligations deriving from the European Convention of Human Rights.

Indeed, if the jurisprudence of the Strasbourg Court itself recognizes that a sanction applied at the end of a non-criminal proceeding can have a substantial criminal nature, the method for the finding of the fact in non-criminal proceedings cannot be less guaranteed than in the criminal ones.

Sommario

1. Premessa: la pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*. – 2. Le carenze del procedimento sanzionatorio amministrativo in punto di garanzie. – 3. La centralità del principio del contraddittorio. – 4. Conclusioni e prospettive.

1. Premessa: la pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*.

Dopo la sentenza Grande Stevens della Corte europea dei diritti dell'uomo[1] che, come noto, ha inequivocabilmente dichiarato il contrasto tra il doppio binario sanzionatorio e il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[2], il problema è salito alla ribalta e si profila di estrema attualità sia su un piano sostanziale che processuale.

Ebbene, la pronuncia Grande Stevens si è occupata, tra l'altro, del tema dell'equiparazione, ai fini del *ne bis in idem*, del giudicato amministrativo al giudicato penale. In estrema sintesi, ad avviso della Corte Edu, il sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato (art. 185 quanto alla fattispecie penale, art. 187-*ter* sul piano dell'illecito amministrativo, del medesimo Testo Unico della Finanza)[3], così come oggi in vigore, pone seri dubbi di compatibilità dell'ordinamento con due fondamentali principi statuiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo: il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n. 7) e il diritto – anch'esso convenzionalmente garantito – ad un equo processo (art. 6).

Quanto al primo aspetto, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che, dopo le sanzioni irrogate, in questo caso dalla Consob, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il principio del *ne bis in idem*. Si è giunti ad una simile conclusione premettendo un'analisi sulla natura delle sanzioni definite solo nominalmente amministrative, e si è argomentato che, nonostante la dichiarata qualificazione come "amministrativo" del procedimento Consob, le sanzioni inflitte all'esito di questo giudizio possono essere considerate a tutti gli effetti penali, avuto riguardo principalmente alla loro natura repressiva, alla eccessiva severità (sia per l'importo in concreto inflitto e in astratto comminabile, sia per la presenza delle sanzioni accesso-

[1] Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. n. 18640/10, n. 18647/10, n. 18663/10, n. 18668/10, n. 18698/10. Come è noto, la sentenza è diventata definitiva dal 7 luglio 2014, a seguito del rigetto della richiesta di rinvio alla Grande Camera presentata dal Governo italiano. Tra i molteplici commenti della decisione, si segnala: A. Alessandri, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 855; M. Allena, *Il caso "Grande Stevens" c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, p. 1053; F. D'Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 614; M. Fidelbo, *Il principio del* ne bis in idem *e la sentenza "Grande Stevens": pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *www.dirittopenaleeuropeo.it*, p. 1; A. Giovannini – L. Murciano, *Il principio del* "ne bis in idem" *sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 1548; A. F. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; M. Ventoruzzo, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Società*, 2014, p. 693; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *questa Rivista*, n. 3-4, 2014, p. 219; V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il* ne bis in idem *nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1196.

[2] Per un commento della norma si rinvia a T. Rafaraci, Ne bis in idem *e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 622; G. Spangher, *Art. 4, Protocollo addizionale n. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001, p. 957; S. Allegrezza, *Art. 4, Protocollo 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 894.

[3] Per un approfondimento sull'impianto sanzionatorio in tema di abusi di mercato previsto dalla legge italiana si richiamano: A. Crespi, *Le difficili intese sull'aggiotaggio informativo*, in *Banca borsa*, 2010, I, p. 247; Id., *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in *Banca borsa*, 2009, I, p. 107; G. Gasparri, *Manipolazione del mercato*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini – G. Gasparri, Torino, 2012, p. 2477; M. Miedico, *La manipolazione del mercato: illecito penale o illecito amministrativo?*, in *Società*, 2007, p. 623; E. Molinaro, *Il pericolo concreto della fattispecie di manipolazione del mercato al banco di prova del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3584; F. Mucciarelli, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465; Id., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di* market abuse, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 137; Id., *Manipolazione del mercato*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini – G. Gasparri, Torino, 2012, p. 2378; C.E. Paliero, «Market abuse» *e legislazione penale: un connubio tormentato*, *in Corr. mer.*, 2005, p. 809; S. Seminara, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 9; P. Sorbello, *Economia e sanzione: il (possibile) disimpegno della pena in materia di* market abuse, in *Ind. pen.*, 2008, p. 565; M. Vizzardi, *Manipolazione del mercato: un «doppio binario» da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 704.

rie collegate)[4], oltre che alle loro ripercussioni sugli interessi del condannato.

Si osservi che dalla qualificazione come «accuse penali» delle sanzioni amministrative discende l'applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dunque l'attribuzione all'accusato del diritto ad un equo processo. La nozione autonoma (rispetto a quella accolta nei vari ordinamenti nazionali) di *matière pénale* è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo proprio per evitare che i cittadini fossero privati delle garanzie previste dalla Convenzione per i procedimenti penali, qualora nell'ordinamento nazionale tale qualifica non venisse attribuita all'illecito contestato[5]. Insomma, se è senz'altro vero che l'art. 6 Cedu e le garanzie in esso riconosciute sono applicabili se una determinata procedura è qualificata *ab origine* come "penale" dall'ordinamento interno, viceversa, il fatto che un illecito non venga formalmente dichiarato "penale", non esclude *a priori* l'applicazione delle garanzie dell'equo processo.

Come è noto, i criteri interpretativi da utilizzare per individuare il carattere penale delle sanzioni applicate dai vari ordinamenti, richiamati nella sentenza Grande Stevens, sono il frutto di una giurisprudenza europea ormai consolidata, che trova origine nella pronuncia *Engel e altri c. Paesi Bassi*[6].

Il primo degli indici ha riguardo alla qualificazione data alla violazione nell'ambito del diritto interno: tale verifica, risolvendosi in un riscontro solo formale, non rappresenta nulla di più di un punto di partenza, perchè sebbene la Convenzione non vieti agli Stati di stabilire o di mantenere al proprio interno una netta distinzione tra le varie categorie di illecito, dalla classificazione non discende alcun valore vincolante ai fini della Convenzione stessa.

Gli altri due criteri presentano invece carattere sostanziale, dunque assumono una portata più significativa dal punto di vista valutativo. Da un lato, si rende necessario verificare la natura dell'infrazione, che deve essere ricondotta all'alveo penale quando il precetto presenta portata generale ed astratta; dall'altro lato, occorre valutare la severità della sanzione applicabile: in questo senso, ha valore "penale" solo quella misura che presenti carattere punitivo e deterrente e che, dunque, non abbia una dimensione meramente indennitaria o risarcitoria.

I due ultimi requisiti sono tra loro alternativi e non cumulativi, anche se potrebbe doversi procedere ad una valutazione complessiva di sussistenza degli indici qualora un'analisi parziale non consentisse di giungere ad un punto fermo sull'esistenza di una «accusa penale». In questo senso, in effetti, è stato riconosciuto dalla Corte europea che la gravità-severità non possa essere ritenuta dirimente se nella sanzione è riscontrabile una funzione punitiva[7]; allo stesso modo si è valutato che, anche misure in cui il carattere afflittivo non risulti prevalente, ma che comunque siano foriere di conseguenze gravi per il destinatario, possono essere considerate di

[4] La sanzione pecuniaria di fatto può raggiungere importi «vertiginosi», così G.M. Flick – V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e* ne bis in idem *nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul* market abuse, in *Società*, 2014, p. 953. In effetti, il massimo edittale, che era pari a 5.000.000 di euro all'epoca dei fatti, è poi stato innalzato a 25.000.000 di euro con l'introduzione della l. 28 dicembre 2005, n. 262, e può essere aumentato fino al triplo di tale importo o fino a dieci volte il profitto conseguito, se l'importo viene comunque ritenuto inadeguato ancorché applicato nel massimo. Oltre alla sanzione pecuniaria sono previste misure accessorie, nonché la confisca amministrativa obbligatoria, anche per equivalente, sia del profitto dell'illecito, sia dei beni impiegati per commetterlo.

[5] A riguardo v. V. Manes, *Art. 7 Cedu*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 259; F. Mazzacuva, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1899; E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

[6] Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, § 81: «*Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonnè à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'object de la Convention*». A proposito del *leading case*, in quell'occasione la Corte dovette stabilire se avessero natura di *penalty* alcune sanzioni restrittive della libertà personale, applicate dall'Amministrazione olandese nell'ambito di misure disciplinari contro alcuni militari. Tali principi vennero successivamente perfezionati da altre pronunce: Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, Öztürk *c. Germania*, ric. n. 8544/79, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di C.E. Paliero, "*Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta "radicale"* e Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90. Si noti che la Corte, mentre nel primo caso aveva incentrato il proprio ragionamento sulla severità che discende da una sanzione privativa della libertà personale (nel caso di specie la natura penale venne esclusa perché in concreto la restrizione si era risolta in un numero esiguo di giorni), nelle due successive decisioni – l'una riguardante una sanzione pecuniaria di modesta entità per una violazione del codice della strada e l'altra riguardante un'ipotesi di confisca – i Giudici europei cercarono di valorizzare lo scopo preventivo e punitivo della misura. V. G. Abbadessa, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio* "ne bis in idem", in *Giur. comm.*, 2014, p. 543.

[7] Così Corte eur. dir. uomo, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95; Id., 23 settembre 1998, *Malige c. Francia*, ric. n. 27812/95; Id., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01.

natura penale, e quindi essere ricondotte entro i confini applicativi dell'art. 6 Cedu[8].

Insomma, pur essendo stata spesso invocata la necessità di una maggiore specificazione dei criteri, i Giudici di Strasburgo hanno progressivamente fatto confluire nella materia penale sanzioni amministrative di tipo diverso, come quelle doganali, quelle attinenti a violazioni tributarie e le sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate dalla legge n. 689 del 1981[9]: con riguardo a queste ultime, la Corte Edu ha affermato la natura penale sia di sanzioni senz'altro contenute, quali quelle derivanti dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale[10], sia di sanzioni più consistenti, come quelle applicate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato[11].

Proprio a questo ultimo proposito, è stata efficacemente ribadita la non decisività, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 Cedu, della qualificazione formalmente amministrativa ricevuta dalla sanzione *antitrust* nell'ordinamento italiano, argomentando che la pesante sanzione pecuniaria inflitta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad un'impresa farmaceutica accusata di aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza debba ricadere, per i suoi caratteri sostanziali, nella materia penale. Nel caso di specie, i Giudici di Strasburgo hanno precisato che tale disposizione non impedisce, in linea di principio, che una "pena" sia applicata da un'autorità amministrativa; al contempo, hanno però confermato la necessità, ove ciò accada, che la decisione emanata a seguito di un procedimento che non soddisfi le condizioni di cui all'art. 6 Cedu sia soggetta ad un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale avente cognizione piena.

Nella pronuncia *Menarini*, tra l'altro, i Giudici europei hanno osservato come la specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM a tutelare un dato interesse pubblico (ossia la concorrenza del mercato) non fosse affatto incompatibile con un carattere punitivo, visto che è del tutto fisiologica (come del resto avviene anche nel diritto penale) la coesistenza tra carattere punitivo e finalità preventiva di una determinata misura.

Inoltre, non può essere trascurato che gli argomenti impiegati nella decisione da ultimo richiamata sono i medesimi trattati nella sentenza *Grande Stevens* con riguardo al procedimento sanzionatorio Consob. Quest'ultimo, infatti, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente amministrativo, è stato ritenuto dalla Corte Edu finalizzato alla verifica di una «accusa penale». A tale conclusione decisamente non può essere opposta la riserva formulata dall'Italia nel ratificare il Protocollo 7 della Convenzione[12], a dimostrazione del fallimento del tentativo di chi intenda sottrarsi all'applicazione degli *Engel criteria*, sulla base di una (ritenuta) qualificazione formale degli illeciti.

Pertanto, è stato un esito non imprevedibile, – anzi tutto sommato scontato, alla luce della giurisprudenza *Engel* – che le sanzioni previste dall'art. 187-*ter* T.u.f. siano state qualificate come "penali", tenuto conto della loro prevalente funzione preventiva-deterrente, nonché della loro gravità.

[8] Corte eur. dir. uomo, 1° febbraio 2005, *Ziliberberg c. Moldavia*, ric. n. 61821/00. Il caso aveva ad oggetto una sanzione amministrativa pecuniaria di importo contenuto, applicata ad uno studente che aveva preso parte ad una manifestazione non autorizzata: la misura è stata considerata «penale» in rapporto alla capacità economica del destinatario, con ciò confermando che il criterio della severità non è un indicatore rigido, perché viene valutato a volte con riguardo al profilo astratto (gravità della pena prevista), e altre volte a quello concreto (effetti sulla situazione del destinatario).

[9] Per una disamina completa dell'argomento si veda M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

[10] Cfr. Corte eur. dir. uomo, 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*, ric. n. 35260/97: nella pronuncia veniva qualificata «penale» una sanzione amministrativa pecuniaria per eccesso di velocità dell'ammontare di 62.000 lire. La sentenza sembra suggerire una sorta di assimilazione, sotto il profilo della finalità di prevenzione generale e speciale, delle sanzioni previste dalla legge 14 novembre 1981, n. 689, a quelle penali. In particolare, il punto di contatto risiederebbe nel carattere afflittivo delle misure amministrative in questione, così M. Allena, *op. ult. cit.*, p. 56 e ss.. V. inoltre, E. Paliero – A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

[11] Queste ultime sono state espressamente qualificate come «penali», ai fini convenzionali, da una recente pronuncia. Il caso è ben noto: Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2011, con nota di S. Zirulia, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni "penali" dell'AGCM è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione EDU*. V. inoltre M. Siragusa – C. Rizza, *Violazione delle norme* antitrust, *sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità di concorrenza e diritto fondamentale ad un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze* Menarini, KME *e* Posten Norge, in *Giur. Comm.*, 2013, p. 408; M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali* versus *obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602; F. Cintoli, *Giusto processo, Cedu e sanzioni* antitrust, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507.

[12] "*La République italienne déclare quel es articles de 2 à 4 du protocole ne s'apliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux dècisions qualifiées pènales par la loi italianne*", passaggio richiamato da F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit., p. 224.

2. Le carenze del procedimento sanzionatorio amministrativo in punto di garanzie.

Il secondo profilo trattato dalla sentenza *Grande Stevens* riguarda, come anticipato, la violazione del diritto all'equo processo stabilito dall'art. 6 Cedu.

In accoglimento delle doglianze dei ricorrenti, la Corte europea ha riconosciuto che il procedimento sanzionatorio che si svolge dinanzi alla Consob presenta dei difetti che lo disallineano rispetto alle previsioni convenzionali. Ad essere frustrata è sia la parità delle armi tra accusa e difesa, sia il diritto al contraddittorio (la sanzione era stata inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti); inoltre non è prevista un'udienza pubblica (la procedura ha carattere puramente "cartolare") e, da ultimo, il giudizio è affidato ad un organo che non può essere ritenuto imparziale, atteso il cumulo di funzioni – di indagine e di giudizio – che dipendono dallo stesso soggetto (il presidente della Commissione)[13].

Una serie di mancanze, quelle segnalate, che tuttavia non hanno determinato una declaratoria di violazione complessiva dell'art. 6 Cedu, come invero ci si sarebbe potuti attendere. Come già accaduto nel caso *Menarini*[14], la Corte di Strasburgo si limita a ribadire che, anche nell'applicazione di una sanzione a tutti gli effetti punitiva, irrogata da un'autorità amministrativa che non rispetti pienamente i parametri dell'equo processo, è sufficiente che sia garantita, almeno "a valle", la giurisdizione di un organo dotato di poteri pieni di controllo (*full iurisdiction*).

Il concetto è stato elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo almeno a partire dagli anni '80 ed è considerato un meccanismo di attuazione del giusto processo nelle controversie amministrative[15]. Secondo l'approccio della Corte, dunque, il procedimento sanzionatorio dovrebbe essere considerato per l'intero, ossia avendo riguardo sia alla fase propriamente amministrativa, sia a quella giurisdizionale: solo un vaglio complessivo dell'intera procedura restituirebbe all'interprete un quadro chiaro dell'eventuale detrimento delle garanzie convenzionali.

In altre parole, la «*full iurisdiction*», difficilmente riconducibile alle categorie nazionali, comporta una vera e propria potestà sostitutiva dell'organo giurisdizionale chiamato al controllo, che si traduce nella possibilità di riesaminare completamente la vicenda sulla base dei motivi dedotti dai ricorrenti, in una sorta di "riesercizio" del potere sanzionatorio. D'altra parte, viene da dire che se così non fosse, sarebbe difficile ritenere realizzabile quella compensazione delle garanzie carenti nella fase procedimentale.

Nel caso di specie, un'opportunità processuale di controllo di un organo a giurisdizione piena era stata rinvenuta, perché nel procedimento sanzionatorio della Consob, il provvedimento emesso era stato impugnato davanti alla Corte d'Appello che, in linea di principio, avrebbe potuto garantire il rispetto e la piena espansione delle prerogative difensive (art. 187-*septies*, comma 4, T.u.f.)[16].

L'unico *deficit* riscontrato dai Giudici di Strasburgo, nella forma non più grave di una moderata censura, è stato quello relativo alla mancanza di un'udienza pubblica dinanzi alla corte territoriale; e non poteva valere a sanare tale vizio la circostanza che un'udienza pubblica si fosse poi svolta dinanzi alla Corte di Cassazione, attesa la limitatezza dell'orizzonte conoscitivo dei giudici di legittimità.

[13] I *deficit* del procedimento amministrativo sanzionatorio sono stati evidenziati anche prima della pronuncia *Grande Stevens*. Cfr. R. Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, p. 981; R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, p. 405.

[14] In questo caso, la Corte Edu, a maggioranza, aveva ritenuto convenzionalmente compatibile il procedimento amministrativo in materia di sanzioni *antitrust*, grazie alla possibilità di impugnare le decisioni dinanzi al Tar del Lazio e al Consiglio di Stato. È da notare che, come accaduto nel caso *Grande Stevens*, il giudice Pinto de Albuquerque era stato autore di un'opinione dissenziente, fondata sul rilievo che nell'allora vigente assetto nazionale (prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo), il Tar non poteva sostituire le considerazioni già operate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma al più poteva verificare che la stessa avesse esercitato correttamente le proprie funzioni. Per un raffronto tra le due pronunce G. Bozzi, *Manipolazione del mercato: la Corte Edu condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del* ne bis in idem, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3104.

[15] Cfr. Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 1987, ric. n. 9749/82, *W. c. Regno Unito*; della successiva evoluzione giurisprudenziale v. anche Corte eur. dir. uomo, 23 ottobre 1995, ric. n. 15523/89, *Schmautzer c. Austria*; Corte eur. dir. uomo, 17 aprile 2012, ric. n. 21539/07, *Steininger c. Austria.* Sul tema F. Goisis, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546.

[16] Sul tema, sebbene prima della modifica del 2005, C. Cavallini, *Il procedimento di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa*, 2003, p. 266.

Come è stato giustamente rilevato, non si può certamente dire che il procedimento sanzionatorio della Consob sia stato messo in crisi dalla sentenza *Grande Stevens*[17]. Ed è altrettanto difficile non notare che la posizione assunta dalla Corte europea sull'argomento sia stata alquanto cauta, evidenziando sì le carenze – in punto di garanzie – del procedimento, ma al contempo considerando tali carenze riparabili nella fase giurisdizionale di opposizione che si celebra successivamente dinanzi alla Corte d'Appello[18].

L'unica violazione che si è rivelata determinante, e che si è risolta nella dichiarazione di non compatibilità con l'art. 6 della Convenzione, è stata quella dell'assenza di un'udienza pubblica. Lacuna quest'ultima certamente non marginale, ma neppure tanto dirimente da relegare sullo sfondo gli altri gravi *deficit* riscontrati.

Maggiormente condivisibile, come si dirà più avanti, sembra allora l'opinione dissenziente resa dai giudici Karakas e Pinto de Albuquerque, che hanno lucidamente affermato che «il cuore della violazione dell'art. 6 Cedu» non risiede nella mancata celebrazione di un'udienza pubblica, quanto piuttosto nella grave contrazione del contraddittorio che connota il procedimento sanzionatorio in discorso[19].

Ma per comprendere appieno se e quanto il procedimento sanzionatorio che si svolge di fronte alla Consob si discosti dal modello dell'equo processo di matrice convenzionale, occorre a questo punto accennare alle sue caratteristiche centrali[20].

Il fondamento normativo è da individuare nell'art. 195 T.u.f., il quale prevede che «il procedimento sanzionatorio è retto dai princìpi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie»; previsioni simili sono quelle riportate nell'art. 187-*septies* T.u.f. con riguardo alla procedura sanzionatoria.

Tali articoli sono stati introdotti nel testo del T.u.f. con la l. 18 aprile 2005, n. 62, mediante la quale, in attuazione della disciplina europea in materia di abusi di mercato, la normativa interna veniva aggiornata con alcune novità di natura procedimentale, come l'accorpamento di funzioni – istruttorie e decisorie – in capo alla Consob (fino al 2005 era in vigore una divisione di funzioni tra la Consob e il Ministero del Tesoro che, secondo un sistema di tipo binario, assegnava alla prima la fase istruttoria e di proposta della sanzione, attribuendo invece al secondo la potestà sanzionatoria vera e propria).

Alla luce della modifica intervenuta, la Commissione ha regolato il proprio procedimento sanzionatorio con due delibere del 2005[21], sulla scorta delle quali è stata prevista una sorta di fase preliminare, finalizzata alla raccolta degli elementi su cui fondare la fase istruttoria vera e propria.

All'esito di questo passaggio, potrebbe avere inizio il procedimento sanzionatorio, attraverso la formale contestazione dell'addebito per iscritto agli interessati. Secondo l'art. 195 T.u.f., tale contestazione deve avvenire entro 180 giorni (che divengono 360 se l'interessato risiede o ha la sede all'estero) dall'accertamento. Dalla notifica dell'addebito, l'interessato ha 120 giorni per difendersi presentando memorie o documenti.

Il procedimento sanzionatorio è poi diviso in due sotto-fasi, quella istruttoria e quella decisoria: la prima si divide in "parte istruttoria di valutazione delle deduzioni" e "parte istrut-

[17] Considerano la pronuncia della Corte europea nulla più che un «pungolo» quanto all'adeguamento del procedimento sanzionatorio Consob alle garanzie dell'art. 6 Cedu, G.M. Flick – V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e* ne bis in idem *nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul* market abuse, cit., p. 962.

[18] Secondo la Corte europea, infatti, «le sanzioni lamentate dai ricorrenti non sono state inflitte da un giudice all'esito di un procedimento giudiziario in contraddittorio, ma da un'autorità amministrativa, la Consob. Se affidare a tali autorità il compito di perseguire e reprimere le contravvenzioni non è incompatibile con la Convenzione, occorre tuttavia sottolineare che i ricorrenti devono poter impugnare qualsiasi decisione adottata in questo modo nei loro confronti dinanzi a un tribunale che offra le garanzie dell'art. 6». Cfr. Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 138.

[19] Così Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 2 e § 7, passaggi in cui viene affermato che «*ce qui este* réellement choquant, c'est l'absence totale d'examen contradictoire dans le cadre d'une audience devant un tribunal de élément de preuve contestés, qui portaient sur des fait *cruciaux*».

[20] Per approfondimenti specifici sul procedimento sanzionatorio della Consob, W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012; A. Tonetti, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, p. 1227; inoltre, R. Rordorf, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del* market abuse, in *Società*, 2005, p. 981.

[21] Delibera 21 giugno 2005, n. 15086, «*Diposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative*»; nonché delibera 5 agosto 2005, n. 15131, «*Regolamento di attuazione degli art. 2, comma 2, e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente la determinazione dei termini di conclusione delle unità organizzative responsabili dei procedimenti della Consob*». Per un quadro completo del sistema delle fonti, rimangono sullo sfondo la l. 24 novembre 1981, n. 689 in materia di sanzioni amministrative e la l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché la l. 28 dicembre 2005, n. 262.

toria della decisione"; per quest'ultima è competente l'Ufficio Sanzioni Amministrative[22], che invia agli interessati una relazione, cui è possibile rispondere entro 30 giorni. Successivamente, l'Ufficio Sanzioni trasmette le proprie valutazioni ai Commissari, senza che le stesse vengano condivise con gli interessati che, di conseguenza, non hanno ulteriori possibilità di controbattere alle considerazioni ivi svolte. A questo punto la Commissione, con decreto motivato, decide o per l'applicazione di una sanzione, o per l'archiviazione del procedimento: come si vede, l'interessato in questa fase è totalmente assente.

Le principali criticità si riscontrano soprattutto con riferimento al rispetto del diritto al contraddittorio, che pare del tutto inibito proprio durante una fase in cui la dialettica potrebbe rivelarsi cruciale, stante l'impossibilità per l'interessato di confrontarsi con l'Ufficio Sanzioni; ma altrettanto problematica è l'impossibilità di svolgere le proprie difese nella fase decisoria dinanzi alla Commissione. Sullo sfondo la considerazione che tutte le funzioni menzionate sono sottoposte alla direzione del presidente della Commissione, che a sua volta è chiamato a partecipare alla fase decisionale.

Di recente la Consob ha emanato un nuovo regolamento, con la delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013, entrata in vigore il 10 marzo 2014. La modifica non pare però avere risolto le numerose perplessità segnalate: in particolare, atteso che è rimasto sostanzialmente invariato il passaggio maggiormente critico (la trasmissione della relazione da parte dell'Ufficio Sanzioni alla Commissione, senza che gli interessati possano avere accesso a tale atto ed eventualmente svolgere delle controdeduzioni)[23], continua ad essere preclusa la possibilità concreta di interloquire prima dell'assunzione della decisione finale.

Non è stato accolto con particolare entusiasmo nemmeno l'ultimo sforzo regolamentare compiuto pochi mesi fa dalla Commissione, con la delibera n. 19158 del 29 maggio 2015. Rispetto alla disciplina del 2013, bisogna riconoscere un più profondo tentativo di rafforzare il diritto di difesa e la garanzia del contraddittorio, realizzati soprattutto attraverso la previsione che consente oggi agli interessati nella fase istruttoria di presentare deduzioni scritte e memorie, di accedere agli atti e di chiedere di essere ascoltati personalmente e, nella fase decisoria, di replicare alle valutazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative. Tuttavia, ancora soggetta a critiche è la scelta di circoscrivere l'obbligo di trasmettere la relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni alle sole difese che abbiano in precedenza manifestato interesse, ovvero ai soggetti che nella fase istruttoria abbiano presentato deduzioni scritte o a coloro che abbiano richiesto ed abbiano partecipato all'audizione, così da evitare – si dice – comportamenti strategicamente dilatori.

Accennare alle altre autorità amministrative indipendenti è certamente difficile, attesa soprattutto la mancanza di una disciplina generale che impedisce di svolgere, come converrebbe, un ragionamento unitario[24]. Il tutto poi diviene quasi insormontabile se si tiene conto che occorrerebbe muoversi tra fonti di rango diverso (come è noto, in alcuni casi il procedimento sanzionatorio è disciplinato dalla legge, in altri da un regolamento governativo, in altri ancora da una normativa predisposta dalla stessa autorità che dovrà applicarla)[25].

Cercando comunque di tracciare delle linee generali, per quanto possibile e pur scontrandosi con i limiti riferiti, i procedimenti sanzionatori in questione non offrono maggiori garanzie di quelle già previste dalla l. 24 novembre 1981, n. 689: anzi, per molti aspetti, il livello sembra perfino abbassarsi[26].

Nella seppur eterogenea disciplina del procedimento amministrativo dinanzi alle autorità indipendenti (si pensi oltre alla Consob, tra le altre alla Banca d'Italia o all'Ivass), si legge chiaramente come sia prevalsa la preoccupazione di fare in modo che le garanzie non costituissero un ostacolo all'efficienza della funzione sanzionatoria.

[22] Un ufficio analogo, che ricopre la funzione di "filtro", ossia analizza gli atti acquisiti nel fascicolo del procedimento e lo predispone per la decisione finale, esiste anche in altre autorità indipendenti: il Servizio Concorrenza, normativa e affari generali (REA) per la Banca d'Italia e il Servizio Sanzioni per l'Isvap.

[23] Ciò nonostante durante la fase di consultazione pubblica fosse stata sottolineata questa lacuna. Per una disamina delle osservazioni giunte proprio nel corso della procedura di consultazione si rinvia al sito *www.consob.it*.

[24] Per non parlare delle differenze di impostazione che informano le due leggi applicabili: ossia la l. 7 agosto 1990, n. 241 e la l. 24 novembre 1981, n. 689. Nella prima è previsto solo un contraddittorio scritto, nella seconda invece si rinviene un'apertura nella facoltà di richiedere un'audizione orale.

[25] Su questo argomento si rimanda a M. Clarich – L. Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 358.

[26] Così M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 132, secondo cui ciò è la conseguenza del fatto che al l. 689 del 1981 si ispira ampiamente a principi di derivazione penale, quindi, per quanto la procedura richiami in parte l'esperienza inquisitoria, essa appare comunque più garantista rispetto ai singoli procedimenti dinanzi alle autorità amministrative.

Senza contare poi che le varie leggi istitutive delle autorità indipendenti hanno attribuito al potere normativo secondario di queste ultime la disciplina procedimentale, con il risultato che il diritto al contraddittorio o non è affatto ammesso, oppure dipende dal volere dell'autorità procedente.

Eppure, come si è visto, alle medesime autorità viene attribuito un potere sanzionatorio che spesso rivela una natura pienamente punitiva, che suggerisce l'inadeguatezza di un modello di correzione *ex post* delle carenze verificatesi.

3. La centralità del principio del contraddittorio.

Tra tutte le garanzie previste dall'art. 6 Cedu, il principio del contraddittorio è probabilmente quello più difficile da imbrigliare entro i confini di una definizione, posto che si tratta di un concetto complesso che, atteggiandosi in modo non univoco, pervade più versanti dell'ordinamento. Ciò che invece è certo è che insieme alla parità delle armi tra le parti, esso rappresenta una delle componenti fondamentali dell'equo processo[27].

Infatti, pur non essendo stato enunciato in modo espresso dall'art. 6, § 3, lett. *d)* della Convenzione, emerge dalla stessa nozione anglosassone di *hearing* il rilievo della prerogativa che l'accusato sia messo nelle condizioni di "farsi sentire", ossia di svolgere le proprie difese e di poter replicare agli argomenti avversari.

ìSi osservi in proposito che la mancata esposizione del principio del contraddittorio nel testo convenzionale non equivale affatto ad una contrazione della valenza accordata, in quella sede, alla garanzia in questione: è ben noto, infatti, che la Convenzione europea si limita a definire uno *standard* minimo di protezione dei diritti fondamentali, lasciando agli Stati membri una facoltà di innalzamento delle garanzie[28].

Sul piano nazionale, la nozione di «giusto processo», che al suo interno accoglie e ulteriormente precisa quella di contraddittorio, ha trovato ingresso grazie alla l. costituzionale 23 novembre 1999, n. 2[29]. È vero che la riforma è stata ispirata soprattutto da ragioni legate al processo penale; tuttavia, le previsioni di carattere generale riportate in particolare nei primi due commi dell'art. 111 Cost. sono riferite anche alla giustizia civile e a quella amministrativa[30].

La modifica in questione, oltre ad aver conosciuto un percorso particolarmente tortuoso, non tanto in fase di approvazione, quanto in relazione alla difficoltosa composizione delle differenti linee ispiratrici[31], non è stata accolta con giudizi unanimi, tant'è che alcuni le hanno attribuito un carattere meramente ricognitivo di principi già contenuti nella prima parte della Costituzione (artt. 3 e 24) e già presenti nelle fonti sovranazionali (Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Patto internazionale sui diritti civili e politici), mentre altri ne hanno messo in luce i riflessi cruciali per la giustizia penale[32].

[27] M. Chiavario, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo – R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 19. L'A. fa riferimento alla funzione maieutica della Corte di Strasburgo, impegnata ad esplicitare i concetti e ad affrancarli dall'alea intepretativa. Per una completa analisi dell'art. 6 Cedu, si rinvia a Id., *Art. 6*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 239.

[28] La spiegazione del ridimensionamento, quanto meno sul piano letterale, del principio del contraddittorio, può essere ricondotta alla ragionevole esigenza di evitare il proliferare di condanne per la violazione della Convenzione: corretto chiedere agli Stati membri di non scendere al di sotto del livello indicato, insensato impedire di innalzare le proprie garanzie processuali oltre quanto richiesto. Così P. Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 200.

[29] Per un commento complessivo delle disposizioni costituzionali, si rimanda, tra gli altri, a M. Chiavario, voce *Giusto processo, II) Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, p. 1 e ss; P. Ferrua, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 49; V. Grevi, *Processo penale, "giusto processo" e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3317; Id., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 424; E. Marzaduri, *Inserimento dei princìpi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 755. Ciò che rileva, in ogni caso, è che la modifica dell'art. 111 Cost. sembra aver fatto prendere coscienza dell'acquisizione di un approccio profondamente innovativo: «Il concetto di processo giusto, che riassume tutto ciò che "vale" al riguardo, deve diventare spinta ad una metodologia di studio, di indagini e di applicazioni normative che tengano in massimo conto questi valori di fondo e questi grandi prìncipi», così G. Conso, *Conclusioni*, in Aa. Vv., *Il giusto processo*, Milano, 1998, p. 3.

[30] In tema di applicabilità dell'art. 111 Cost. al processo civile v. S. Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1032; L.P. Comoglio, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 28. Quanto al processo amministrativo, cfr. M. Mengozzi, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009; E. Picozza, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, p. 1061; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004.

[31] È assai noto ai processualpenalisti l'animato scontro che, negli anni Novanta del secolo scorso, aveva visto contrapporsi i fautori della separazione delle fasi e quanti invece invocavano il principio di non dispersione della prova, funzionale al recupero di elementi raccolti unilateralmente dall'accusa in fase di indagini.

[32] P. Ferrua, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 1, p. 5.

Peraltro, ciò che più ha animato il dibattito interpretativo sul contraddittorio è stata l'attribuzione di una connotazione in senso oggettivo ovvero soggettivo al principio, come se a quest'ultimo potessero essere riconosciute due «anime»[33]: l'una di metodo di accertamento e l'altra di garanzia individuale.

Nella prima accezione, il principio assurgerebbe al valore di regola metodologica per la formazione della prova nel processo penale, prescelta perché – secondo i canoni dell'epistemologia moderna – risulterebbe particolarmente affidabile e strumentale al raggiungimento di un livello più elevato di conoscenza per il giudice; invece, stando al secondo significato, ad essere tutelato sarebbe l'interesse individuale dell'imputato, in un ideale completamento del diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost.[34].

In ogni caso, la questione sembra ormai essere stata superata dalla considerazione che diritto di difesa e contraddittorio presentano una contiguità innegabile: in tanto esiste l'uno, in quanto si espande l'altro. In altre parole, solo la garanzia di una concreta osservanza del contraddittorio nell'accertamento dei fatti costituisce la piena espressione del diritto di difesa[35].

Oltretutto, non c'è piena coincidenza tra i margini di operatività riconosciuti al principio del contraddittorio in sede nazionale e dalla Corte europea[36]. Cionondimeno, anche in questo ambito, appare imprescindibile riferirsi alle indicazioni che la giurisprudenza sovranazionale ha fornito in merito al significato più profondo del principio in esame.

Certamente interessante, per esempio, è l'affermata rilevanza per il diritto amministrativo dell'art. 6 Cedu, nonostante dal tenore puramente letterale della previsione non si colga immediatamente l'idea di un'applicazione alle vertenze di carattere amministrativo.

È vero che, originariamente, i redattori della Convenzione europea avevano scelto di escludere le questioni pubblicistiche-amministrative dall'ambito di rilevanza della norma sull'equo processo, per il timore che eccessive garanzie potessero compromettere l'attività e l'efficacia dell'azione amministrativa. Tuttavia, come si è visto, almeno dagli anni '70 dello scorso secolo, l'art. 6 Cedu ha assunto una portata certamente significativa anche per il diritto amministrativo.

Si può allora confermare che sebbene da un punto di vista letterale l'ambito di applicazione dell'art. 6 Cedu sembrerebbe essere limitato ai soli giudizi penali e civili, la Corte di Strasburgo ne ha sancito la rilevanza anche per il diritto amministrativo, grazie all'attribuzione di un significato "autonomo", rispetto a quello conosciuto nelle giurisdizioni nazionali, alle nozioni di «tribunale», «accusa penale» e di «diritti e obbligazioni di carattere civile», contenute nell'art. 6 della Cedu[37].

Ed è così che è stata riconosciuta l'applicabilità delle garanzie processuali della Convenzione: parità delle armi, salvaguardia di un contraddittorio pieno e diritto di difesa devono essere assicurati ogni volta in cui una posizione soggettiva venga interessata dall'esercizio della potestà sanzionatoria[38].

[33] Quella riportata nel testo è un'espressione di C. Conti, *Le due «anime» del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197.

[34] La questione è nuovamente salita alla ribalta del dibattito in seguito alla sentenza della Corte costituzionale 26 giugno 2009, n. 184. Su due versanti opposti le conclusioni di V. Grevi, *Basta il solo 'consenso dell'imputato' per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3671, e quelle di E. Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17.

[35] In questi termini G. Ubertis, *Contraddittorio e diritto di difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1091 e ss., secondo cui «il contraddittorio, invero, è un modo di procedere che, se mai, si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti di intervento nel processo garantiti alle parti: e sono questi diritti a possedere un profilo soggettivo, non il contraddittorio in quanto tale».

[36] Si è sostenuto che la Convenzione europea, nell'interpretazione che ne viene data dalla Corte di Strasburgo, esiga qualcosa in meno rispetto a quanto si richiede nella Costituzione (e nella legge processuale nazionale). Tuttavia, in sede di deroghe al principio del contraddittorio (art. 111, comma 5, Cost. e loro attuazione codicistica) si aprono possibili spiragli di inadeguatezza dell'ordinamento interno rispetto agli *standard* convenzionali. Il discorso è evidentemente molto ampio e meriterebbe una trattazione più approfondita di quella che è possibile svolgere in questa sede, si rimanda, tra i numerosi contributi in argomento a S. Lonati, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008; Aa. Vv., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009; O. Mazza, *La procedura penale*, in *Europa e diritto penale*, speciale di *Dir. pen. proc.*, 2011.

[37] L'art. 6 Cedu si applica al procedimento amministrativo, ma anche al processo amministrativo: così M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 37. L'attribuzione di un significato "autonomo" ai termini che potrebbero essere utilizzati con accezioni diverse nei vari Stati membri risponde all'obiettivo della Corte europea di assegnare una "valenza convenzionale" ai vocaboli impiegati, v. G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., p. 27. Sulla rilevanza dei principi stabiliti dalla Cedu nell'ambito del diritto amministrativo nazionale, cfr. M. Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012; F. Goisis, *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1338.

[38] Sul ruolo della Convenzione Edu nell'ambito dell'azione amministrativa, F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

In questo percorso, un chiaro merito deve essere attribuito al posizionamento che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha assunto nella gerarchia delle fonti. In proposito, può essere utile ricordare il riconoscimento da parte della Corte costituzionale, nel 2007, alle disposizioni della Cedu, come «norme interposte» che integrano il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui lo stesso impone l'adeguamento della legislazione interna ai vincoli che derivano dagli «obblighi internazionali»[39]. In questo senso, la Corte Costituzionale ha precisato che la Cedu, in quanto fonte internazionale pattizia, è idonea a vincolare lo Stato italiano, ma non ad imporsi direttamente sulle norme di legge interne. Quindi, se il giudice nazionale dovesse rilevare un contrasto tra una norma interna e una disposizione convenzionale, avrebbe il dovere di tentare di risolvere il contrasto in via interpretativa; se non fosse possibile percorrere questa strada, dovrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.; la Corte Costituzionale, oltre a verificare che la disposizione non violi altre norme costituzionale, dovrebbe analizzare la norma convenzionale secondo l'interpretazione che della stessa viene data dalla Corte europea[40].

Ulteriore conferma della linea tendenziale che spinge per la piena protezione, anche in sede giudiziaria, dei diritti umani, arriva dall'Unione europea che, con il Trattato di Lisbona, ha aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[41].

Solo di recente, anche la prospettiva nazionale pare aver imboccato la via di un cambiamento incline a riconoscere un maggiore rilievo all'art. 6 Cedu per il procedimento amministrativo. Infatti, nonostante ancora sia prevalente la giurisprudenza che nega il valore delle garanzie procedimentali[42], in nome dell'esigenza di effettività della funzione amministrativa, iniziano a registrarsi pronunce orientate a riconoscere la necessità di un adeguamento dei procedimenti sanzionatori amministrativi all'art. 6 Cedu[43].

4. Conclusioni e prospettive.

È ormai indubitabile che anche i procedimenti sanzionatori amministrativi siano attratti nell'area di quelli che devono rispettare il principio del contraddittorio di cui all'art. 6 Cedu. Come si è visto, questa conclusione è stata raggiunta sulla base di un filone giurisprudenziale piuttosto nutrito che estende i confini del concetto di sanzione penale fino a ricomprendervi quelle misure amministrative interne che presentino finalità punitive e preventive.

In questo contesto, la Corte europea non si oppone in modo assoluto al fenomeno, non solo italiano, del crescente ricorso alla sanzione amministrativa pecuniaria al posto di quella che, secondo le categorie nazionali, dovrebbe essere la sanzione penale. Pretende però che la scelta sia circoscritta alle sanzioni minori, quelle meno gravi[44], e soprattutto che, alla fase amministrativa (in quanto tale, come si è visto, non adeguata ad assicurare un giusto processo), segua una fase giudiziale di piena giurisdizione: ossia, un giusto processo che riguardi, sia in fatto che in diritto, il merito della pretesa punitiva. Ciò al fine di garantire, seppure in via cor-

[39] Si tratta delle note decisioni della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Tra i molti commenti M. Cartabia, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3573; D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2008; V. Petri, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2293.

[40] Si veda M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569.

[41] V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, 2012. Sullo sfondo, di sicuro rilievo è anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, che, all'art. 41, riconoscendo il diritto ad una «buona amministrazione», compendia in un testo normativo alcuni dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea in questa materia, come il dovere di audizione degli interessanti per assicurare il contraddittorio e il diritto di difesa. Così A. Giuffrida, *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012, p. 57.

[42] Cfr., tra tutte, Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Banca, borsa*, 2010, II, p. 290, con nota di R. Vigo, *Gruppo di società e manipolazione del mercato. Una pronuncia delle Sezioni Unite*.

[43] In proposito M. Allena, *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, p. 67, a commento delle ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 4491 e 4492, Pres. Baccarinin, con le quali è stato sostanzialmente ordinato alla Consob di modificare il proprio procedimento, al fine di assicurare le garanzie previste dall'art. 6 Cedu in tema di equo processo.

[44] Dalla sentenza Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01, è stato inaugurato un filone giurisprudenziale secondo cui le sanzioni penali "minori" possono anche non essere soggette al rispetto delle garanzie convenzionali, se queste ultime – considerato il limitato impatto della misura – sembrano non necessarie. L'idea di una modulazione delle garanzie a seconda della sanzione penale concretamente applicata era già nata in occasione della pronuncia Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, Öztürk *c. Germania*, cit., con riferimento al fenomeno della depenalizzazione in presenza di misure non gravi.

rettiva rispetto ad un procedimento non perfettamente in linea con le garanzie convenzionali, completa soddisfazione del diritto al contraddittorio.

In altre parole, se il procedimento amministrativo non è stato giusto e paritario (ossia, non si è adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi), deve essere il processo a rimediare; ma, per avere questa capacità correttiva, la giurisdizione dovrebbe essere piena, cioè essere in grado di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di "recuperare" attraverso un giudizio in cui venga garantita la massima estensione dei diritti.

Eppure, ragionare in chiave di logica compensativa, quando si parla di diritti fondamentali, non può lasciare soddisfatti: anche di fronte ad un giudice terzo ed imparziale, ed anche con il riconoscimento di una dialettica completa, la fase giurisdizionale non sarebbe comunque idonea ad eliminare le conseguenze negative del provvedimento sanzionatorio applicato.

Se si devono valutare le diverse fasi – procedimentale e giurisdizionale – come parte di un unico procedimento, come sembra ritenere la Corte Edu, non si comprende come possa ritenersi ammissibile l'irrogazione di sanzioni alla fine della prima fase. Piuttosto, il provvedimento sanzionatorio dovrebbe assumere una valenza esclusivamente endoprocessuale e l'irrogazione di sanzioni dovrebbe essere posticipata al termine del giudizio.

In ambito nazionale, a giustificazione di questo minor livello di garanzie, si è sempre ribattuto sottolineando la prontezza ed efficacia che la repressione amministrativa assicura, in luogo delle lungaggini – per così dire – determinate dal riconoscimento pieno della tutela dei diritti che si ha in sede penale. Eppure, come si è visto, sempre di repressione si tratta: anche se non tocca direttamente la libertà personale, la sanzione amministrativa a volte è comunque talmente afflittiva e incisiva sui diritti della persona da essere considerata "penale". Se, come sembra, questo è vero, allora non si giustifica un sistema che non adotti *standard* di garanzia pari a quelli riconosciuti in sede penale.

In questo senso, sembra debole il richiamo al procedimento per decreto quale esempio interno di rito a contraddittorio differito. Trattasi, come è ben noto, di un rito speciale, nel cui ambito è consentita all'imputato la possibilità di opporsi prima dell'applicazione della sanzione. In questo modo, la sanzione non è immediatamente esecutiva, ma è subordinata alla mancata presentazione dell'opposizione, così come previsto dall'art. 461, comma 5, c.p.p..

Questa previsione, tra l'altro, sottrae il procedimento per decreto al rischio di una violazione della presunzione di innocenza. Rischio che permane invece immutato nel procedimento sanzionatorio della Consob, considerato che il provvedimento emesso all'esito della procedura (anche non conforme al modello dell'equo processo) è comunque immediatamente esecutivo[45].

Tutto questo non può che imporre una riflessione complessiva sulle garanzie accordate nell'ambito di quei procedimenti amministrativi sostanzialmente "penali", magari anche attraverso un intervento normativo sulla disciplina. Altrimenti, il ricorso alla depenalizzazione non può che entrare in crisi, consapevoli come si è che l'incidenza delle sanzioni amministrative sui diritti fondamentali non può essere affidata a procedimenti strutturalmente inadeguati a rispettare gli *standard* europei di garanzia.

[45] L'opposizione non ha effetto sospensivo sul provvedimento. La sospensione dell'esecutività potrebbe essere disposta solo dalla Corte d'Appello, in via meramente eventuale (art. 187-*septies*, comma 2, T.u.f.).

La valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato nel passaggio (incerto) dalle attività ispettive alle funzioni di polizia giudiziaria

The Evaluation of Suspects, Clues and notitiae criminis in the (Uncertain) Transition from Administrative Inquiries to Police Investigations

Pietro Sorbello
Dottorando di ricerca in Istituzioni e mercati, diritti e tutele presso l'Università di Bologna

Processo equo, Diritto delle prove, Circolazione delle prove ottenute in procedimenti amministrativi

Fair Trial, Law on Evidence, Circulation of the Evidence Obtained through Administrative Inspections

Abstract

Il principio di legalità non è rivolto soltanto al diritto penale, ma guarda anche al processo ed attraverso il rispetto delle regole del procedimento probatorio intende assicurarne la giustizia. Se la circolazione degli elementi di prova acquisiti nell'esercizio dei poteri istruttori costituisce un limite ai principi di oralità e del contraddittorio, l'art. 220 disp. att. c.p.p. pone un controlimite all'utilizzabilità delle risultanze acquisite in sede amministrativa dal momento in cui emergono indizi di reato. Tra le diverse funzioni esercitate, l'art. 220 disp. att. garantisce, a livello di legislazione ordinaria, alcuni diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti e costituzionalmente tutelati, in particolare, dall'art. 111 della Costituzione a norma del quale "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge".

The principle of legality not only affects criminal law, but it also aims to ensure a fair trial through compliance with the rules of evidence. The circulation of the evidence obtained during an administrative inquiry limits the principles of orality and equality of arms. Nevertheless, under the Article 220 of the implementing rules to the Criminal Procedure Code, these elements cannot be used to form the basis of a decision if they are collected when there are already grounds for suspicion. Among its functions, the above-mentioned Article 220 guarantees at the level of national law some of the fundamental rights that are internationally recognized and constitutionally protected, especially by the Article 111 of the Italian Constitution, which provides that "the jurisdiction is implemented through a fair trial regulated by the law".

Sommario

1. Premessa. – 2. Il principio di legalità e l'interazione tra diritto penale e processo. – 3. Poteri istruttori in materia tributaria, diritti fondamentali ed applicabilità della Convenzione edu. – 4. Le attività a finalità mista e le funzioni dell'art. 220 disp. att. c.p.p.. – 4.1. Raccordo tra legislazione speciale e codice di procedura penale. – 4.2. Regola di graduazione comportamentale tra sospetti ed indizi di reato. – 4.3. Norma di garanzia: l'inutilizzabilità come applicazione della legalità probatoria. – 5. La notizia di reato quale collegamento tra diritto penale e processo.

1. Premessa.

Nel considerare la nozione di illecito l'immediata associazione d'idee sulla relativa declinazione è probabilmente influenzata dalla formazione e dalle esperienze individuali. Uno studioso del diritto civile potrà quindi specificarlo in termini "contrattuale" o "aquiliano" in vista di un'azione di risarcimento per il conseguente danno. Un penalista penserà invece al reato e tra gli attori nel procedimento penale, secondo le rispettive funzioni, alcuni saranno chiamati a svolgere indagini ed a raccogliere elementi sulla responsabilità dell'autore del fatto; altri, attraverso la prova, sosterranno in giudizio l'accusa a suo carico o ne assumeranno la difesa; vi è chi, infine, valutate le prove legittimamente acquisite, potrà condannare soltanto "se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio".

Sebbene la nozione di illecito sia stata tradizionalmente descritta in termini ora di contrarietà tra fatto e diritto[1], ora di conformità del primo al secondo[2], queste relazioni acquistano significato soltanto in rapporto alle sanzioni comminate dall'ordinamento[3], nominalmente distinte in civili, amministrative o penali. Senza spingersi nell'individuare le differenze strutturali nelle situazioni giuridiche conseguenti alla commissione dell'illecito si vuole qui soltanto citare la categoria dell'"illecito di diritto pubblico" che accoglie le violazioni sanzionate in via tanto amministrativa quanto penale riguardo alle quali, a ragione della rilevanza pubblicistica degli interessi tutelati[4], l'ordinamento attribuisce agli organi competenti poteri c.d. istruttori.

Le successive riflessioni saranno rivolte all'esercizio dei poteri istruttori di natura amministrativa, in particolare al momento che costituisce lo spartiacque tra questi e le funzioni di polizia giudiziaria e che l'art. 220 disp. att. c.p.p. fissa nell'emergere degli indizi di reato. Da questo momento la prescritta osservanza delle disposizioni del codice di rito è finalizzata ad "assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale". Saranno quindi descritte le diverse funzioni affidate all'art. 220 disp. att. e spiegate le ragioni per le quali, rappresentando il primo contatto tra il diritto e la procedura penale, la sua osservanza esprima non già una strumentalità del procedimento all'applicazione della legge penale quanto una pariteticità informata al rispetto di una duplice legalità.

2. Il principio di legalità e l'interazione tra diritto penale e processo.

Riconoscere al principio di legalità un'origine penalistica sarebbe riduttivo perché la sua matrice ha natura politica e scaturisce dall'esigenza di subordinare alla legge l'esercizio di ogni potere dello Stato[5].

In materia penale, il richiamo alla legalità coinvolge immediatamente il corollario della riserva di legge stabilito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione a norma del quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Se al diritto penale è riconosciuto il compito di assicurare le condizioni minime della convivenza sociale, comminandosi la sanzione più grave a fatti lesivi dei più importanti beni giuridici, il processo penale non deve perseguire soltanto "la funzione di tutelare la società

[1] Secondo Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951, pag. 227, l'illecito rappresenta "il rovescio ossia il fallimento del diritto".
[2] La conformità è intesa quale requisito giuridico del fatto "che può costituire la ragione e la misura della valutazione negativa dell'ordinamento" In questi termini Dell'Andro R., *Antigiuridicità* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, pag. 542 ss.
[3] Così Pagliaro A., *Il diritto penale fra norma e società: scritti 1956-2008*, Milano, 2009, I, pag. 231.
[4] Sul punto si rinvia ad Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, pag. 13.
[5] Si veda Fois S., *Legalità (principio di)*, in Id., *La crisi della legalità*, *Raccolta di scritti, Milano*, 2010, pag. 383.

contro la delinquenza, ma anche quella di difendere l'accusato dal pericolo di una condanna ingiusta"[6]. Alla dimensione sostanziale della legalità penalistica, la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ne affiancò, simmetricamente, una processuale attraverso la riforma dell'art. 111 Cost.: stabilendo che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", l'art. 111, primo comma, ha elevato il giusto processo a condizione di legittimità della funzione giurisdizionale[7].

Il "nessuno può essere punito se non in forza di una legge" ed il "giusto processo regolato dalla legge" esprimono quindi un'interazione tra diritto penale e processo che si sviluppa in termini di necessaria legalità[8], sul tradizionale versante sostanziale e su quello processuale, con particolare riferimento alla legalità probatoria[9] la cui introduzione, nella dogmatica processualpenalistica, è più recente[10]. Ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, invero, si affermò la consapevolezza che i diritti inviolabili dell'uomo potessero essere gravemente compromessi quando "a carico dell'interessato vengono fatti valere, come indizi o prove, attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino"[11].

Fin dalle origini della sua elaborazione, la legalità probatoria è stata indissolubilmente legata alla tutela dei diritti del singolo accusato. La disciplina del procedimento probatorio esprime, infatti, l'equilibrio tra i "differenti rapporti di forza che ogni ordinamento può raggiungere con riferimento all'immanente conflitto processuale fra potere dell'autorità e diritti dell'individuo [in vista di] una concezione dialettica della prova in forza della quale il dato conoscitivo è utilmente acquisito solo in un determinato ambito rispettoso delle modalità di formazione"[12].

L'interazione tra diritto penale e processo si presenta quindi dinamica e bidirezionale perché comunica valori da entrambe le componenti, dovendosi così respingere quel dogma della strumentalità che relegava il processo al ruolo di "servo muto" rispetto ad un sistema di valori affermato solo nel codice penale. Al contrario, come efficacemente osservato, il processo penale è "servo loquace ed anche paritario"[13] perchè esprime valori propri in base ai quali svolge una funzione necessariamente selettiva rispetto alle inosservanze immesse nel suo circuito[14].

Se il diritto penale trova attuazione solo mediante il giusto processo regolato dalla legge, un processo potrà dirsi giusto soltanto quando è orientato alla garanzia di tutti i valori costituzionali coinvolti perché un processo carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale a prescindere dall'esito al quale può pervenire[15]. Oltre che trovare

[6] Così Tonini P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, pag. 2 ss., per il quale "le due esigenze hanno pari importanza. Non deve indurre in errore la considerazione secondo cui l'esigenza di tutela della società contro il delinquente riguarda tutti i cittadini e, perciò, costituisce un interesse pubblico, mentre la difesa dell'accusato è oggetto di un interesse privato. Da ciò non si può dedurre che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell'imputato […] limitare le possibilità di difesa può ridurre il pericolo di assolvere il colpevole, ma aumenta il rischio di condannare l'innocente".

[7] In questi termini Galantini N., *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011. Sulla riforma dell'art. 111 Cost. si rinvia a Cecchetti M., *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in Aa. Vv., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001, pag. 49.

[8] Così Padovani T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 2/1999, pag. 530.

[9] Per queste riflessioni si rinvia a Mazza O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, pag. 1525 ss., il quale segnala "la necessità che il processo, e quindi anche ogni esperimento probatorio, sia integralmente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative".

[10] Per una ricostruzione storica si veda Santoriello C., *La legalità della prova*, in Dinacci F. R. (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, pag. 417 ss. Con riferimento alla fase istruttoria, la Corte costituzionale affermò che le "attività probatorie compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito". Così Corte cost., sentenza 06.04.1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, pag. 341, con nota di Grevi V, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni*, il quale segnalava la necessità di un "deciso rafforzamento del principio di legalità della prova anche a livello costituzionale".

[11] Così Corte cost., sent. 06.04.1973, n. 34, *cit*.

[12] Così Dinacci F.R., *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, pag. 1, per il quale, affinchè la legalità processuale sia osservata, il giudice deve formare il proprio convincimento nel rispetto delle regole che sono "fondamentali proprio per individuare il corretto bilanciamento fra diritto e potere. Questo, infatti, implica l'esistenza di un limite che è individuabile proprio nel diritto del soggetto contro cui il potere si esercita. [Significativamente] in altre parole, il modo dell'accertamento vale quanto l'accertamento stesso".

[13] L'ulteriore metamorfosi si avrebbe dalla fase del "socio paritario" a quella del "socio tiranno": nella misura in cui "assume il soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale correlate ai valori modali della prontezza e della celerità della pena, intervenendo direttamente sugli istituti sostanziali, di cui prospetta un "governo" a fini esclusivamente processuali […] il processo finisce allora col garantire l'effettività di se stesso […] autolegittimandosi come strumento di controllo sociale che trova in sé la propria giustificazione". Così Padovani T., *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1992, pag. 436.

[14] Così Padovani T., *Il crepuscolo della legalità, cit.,* pag. 529.

[15] In questo senso Corte costituzionale, sent. 04.12.2009, n. 317, richiamata da Mazza O., *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *questa Rivista*, 3/2013, pag. 4.

specificazione nei principi enunciati nei commi successivi[16], la nozione di giusto processo di cui all'art. 111, primo comma, Cost., evoca un "concetto ideale di Giustizia", preesistente alla legge e direttamente collegato a quei diritti inviolabili che lo Stato, in base all'art. 2 Cost, si impegna a riconoscere ed il cui contenuto può essere ricavato dai patti internazionali ai quali l'Italia ha aderito[17].

Nella prospettiva del giusto processo e del rispetto dei diritti fondamentali sarà affrontata la questione dell'attività istruttoria in materia tributaria, con particolare riferimento all'applicabilità della Convenzione europea dei diritti fondamentali ed alle condizioni e limiti al transito nel processo penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa.

3. Poteri istruttori in materia tributaria, diritti fondamentali ed applicabilità della Convenzione EDU.

L'art. 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689 attribuisce, agli "organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa", poteri istruttori "per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza […] fatto salvo l'esercizio degli specifici poteri di accertamento previsti dalle leggi vigenti". È sufficiente accennare che l'espressione "poteri istruttori" definisce il complesso di poteri autoritativi, di natura amministrativa, finalizzati al controllo dell'osservanza di determinati obblighi e qualificati istruttori perchè funzionali (anche) all'irrogazione di sanzioni amministrative[18]. Tale complesso si articola nei poteri di: a) richiedere, sia al contribuente che a terzi, la trasmissione di dati e notizie; b) richiedere, sia al contribuente che a terzi, l'esibizione e la trasmissione di atti o documenti; c*)* invitare il contribuente a comparire, di persona o a mezzo di un rappresentante, per fornire informazioni o chiarimenti; d) procedere all'esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche, sia presso il contribuente che presso terzi[19].

In materia tributaria, ad esempio, l'esercizio dei poteri istruttori persegue lo scopo (immediato) di controllare l'adempimento spontaneo del contribuente rispetto ad una serie di obblighi (tenuta di scritture contabili, dichiarazione del presupposto, autoliquidazione e versamento dell'imposta) e (più mediato) di esercitare la funzione di accertamento dei tributi, di riscossione e di irrogazione delle sanzioni[20]. Al fine del corretto svolgersi dell'accertamento e dell'attuazione del tributo sono inoltre previste specifiche sanzioni, amministrative o penali, comminate alla violazione degli obblighi sopracitati e del principio di collaborazione (mancata ottemperanza alle richieste di informazioni o documenti[21] oppure esibizione o trasmissione di atti o documenti falsi o comunicazione di dati e notizie non rispondenti al vero[22]).

Il profilo di maggior interesse è verificare se gli obblighi di collaborazione verso l'amministrazione finanziaria siano inderogabili o sussistano, invece, situazioni nelle quali il contribuente possa rifiutare di collaborare senza incorrere in sanzioni. La questione riguarda il riconoscimento, anche all'"uomo contribuente", del diritto fondamentale al silenzio[23], ma an-

[16] Si veda Trocker N., *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in Civinini M.G.-Verardi C.M., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, 2001, pag. 45.
[17] Così Tonini P., *Manuale*, *cit.*, pag. 42.
[18] In materia fiscale, ad esempio, il principale modulo ispettivo adottato dalla Guardia di Finanza è la "verifica", attività endoprocedimentale "finalizzata ad acquisire ed a comunicare all'Autorità amministrativa titolare del procedimento di accertamento delle imposte e di applicazione delle sanzioni, dati, elementi e notizie utilizzabili per la determinazione delle basi imponibili fiscalmente rilevanti e delle imposte nonché per l'irrogazione di sanzioni" amministrative. Così Comando Generale Guardia di Finanza, *Circolare n. 1/2008 "Istruzioni sull'attività di verifica"*, vol. I, pag. 4: www.gdf.it.
[19] Per un'efficace sintesi si rinvia a Vanz G., *Poteri istruttori* [dir. trib.], in *Dir. on line*, 2014.
[20] Così Miceli R., *L'attività istruttoria tributaria*, in Fantozzi A. (a cura di), *Diritto tributario*, Torino, 2012, pag. 615 ss.
[21] Il riferimento è agli illeciti amministrativi di cui agli artt. 9, secondo comma, ed 11, primo comma, del D.Lgs. 18.12.1997, n. 471. Diversa è la questione del reato di occultamento di scritture contabili *ex* art. 10 del D.Lgs. 10.03.2000, n. 74, in cui, secondo la Suprema corte, il semplice rifiuto di esibizione non appare sufficiente ad integrare la fattispecie: "l'occultamento delle scritture contabili che integra gli estremi del delitto contestato può realizzarsi con qualsivoglia modalità e, quindi, con il materiale nascondimento nello stesso posto o in altro luogo rispetto a quello ove i documenti devono essere conservati e con il rifiuto a esibirli". Così Cass. pen., Sez. III, sent. 07.10.2010, n. 38224, in *Ced Cass*. 2010.
[22] Si veda l'art. 11, primo comma, del D.L. 06.12.2011, convertito dalla legge 22.12.2011, n. 214 ed il relativo approfondimento di Lanzi A. - Aldrovandi P., *Diritto penale tributario*, Padova, 2014, pag. 358.
[23] Sebbene non espressamente previsto nella Convenzione edu, il diritto al silenzio ed a non contribuire alla propria incriminazione rappresenta un elemento importante della nozione di equo processo di cui all'art. 6. Sul punto Corte edu, sentenza 11.07.2006 (Jalloh c. Germania), par. 102.

cor prima l'applicabilità della Convenzione EDU alla materia tributaria. A ragione della dicotomia tra "materia civile" e "materia penale"[24], contenuta all'art. 6 della Convenzione, la Corte EDU ha tradizionalmente escluso l'applicazione del diritto ad un processo equo[25] alla materia pubblicistica[26] e soprattutto alla fiscalità, come indicherebbe l'art. 1 del primo Protocollo addizionale, sulla protezione della proprietà, a norma del quale la relativa salvaguardia non può pregiudicare "il diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie […] per assicurare il pagamento delle imposte […]"[27]. Una così rigida interpretazione della norma è stata progressivamente temperata da una lettura evolutiva della Convenzione EDU che ne ha riconosciuto l'applicabilità con riferimento a: il diritto ad un processo equo nella prospettiva non dei "diritti e doveri di carattere civile", bensì della materia penale[28]; il *ne bis in idem*[29]; la tutela del domicilio nel corso delle verifiche fiscali[30]; il diritto al silenzio (anche) di fronte alle richieste che l'amministrazione finanziaria rivolge al contribuente, nel contempo, indagato in un procedimento penale.

Sotto quest'ultimo profilo, nella sentenza Chambaz[31] la Corte EDU affermò che, in presenza di "diverse procedure distinte condotte in parallelo [ed] in maniera tale che è impossibile distinguere le fasi della procedura che verte su "un'accusa in materia penale" da quelle che hanno un altro oggetto" (par. 42), è possibile "esaminare globalmente, sotto l'angolo dell'art. 6, un insieme di procedure se queste sono sufficientemente legate tra loro per ragioni relative sia ai fatti sui quali poggiano, sia alle modalità di conduzione da parte delle autorità nazionali" (par. 43): di fronte a richieste dell'amministrazione finanziaria che possano portare ad un'autoincriminazione, il diritto al silenzio travalica pertanto i confini dei procedimenti penali, affacciandosi come garanzia ineludibile anche nei confronti dell'autorità amministrativa[32].

In realtà, il diritto al *nemo tenetur se detegere* era già stato riconosciuto dalla Corte di giustizia, in una procedura esclusivamente amministrativa, avuto riguardo all'esercizio dei poteri "di raccogliere informazioni e richiedere documenti" attribuiti alla Commissione dal Regolamento 6 febbraio 1962, n. 17, in materia di concorrenza: "benché possa obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie [la Commissione] non può però pregiudicare i diritti

[24] Per l'approfondimento si veda Mazzacuva Fr., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, pag. 1899, nonché, sulla "nozione di materia penale a geometria variabile", Vozza D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 Aprile 2013.
[25] Sul tema si rinvia a Focarelli C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001.
[26] La posizione è espressa nella sentenza 12.07.2001 (Ferrazzini c. Italia), in cui la Corte EDU affermò che "la materia fiscale fa parte ancora del nucleo duro delle prerogative della potestà pubblica" (par. 29).
[27] Sulla questione si rinvia a del Federico L., *Quadro teorico e itinerari giurisprudenziali per giungere all'applicazione della CEDU in materia tributaria*, in Bilancia F. - Califano C. - del Federico L. - Puoti P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014, pag. 72 ss., il quale non manca di criticare "l'antistorica e pregiudizievole" concezione della Corte EDU "in cui la posizione Fisco-Amministrazione finanziaria tenuta ad attuare la legge, viene confusa con quella del Fisco-Stato impositore che mediante la legge (questa espressione di sovranità e supremazia) dispone il prelievo".
[28] Nella sentenza 23.11.2006 (Jussila c. Finlandia) la Corte ha ritenuto che se un processo tributario ha ad oggetto una sanzione che non solo assolve ad una funzione compensativa del danno prodotto, ma assume una valenza punitiva oltre che deterrente, esso deve rispettare l'art. 6, senza che la tenuità della sanzione sia decisiva per escluderne la natura penale (parr. 29-39) dovendosi tenere conto, anche alternativamente, dei criteri adottati nella sentenza 08.06.1976 (Engel c. Paesi Bassi)
[29] Il riferimento è ancora ai criteri di Engel, da ultimo ribaditi nelle sentenze 20.05.2014 (Nikänen c. Finlandia) e 10.02.2015 (Kiiveri ed *Österlund*, entrambe contro la Finlandia) nelle quali è stata accertata la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu.
[30] Nella sentenza 21.02.2008 (Ravon c. Francia) la Corte affermò che le garanzie dell'art. 6 non riguardano solo la fase processuale strettamente intesa, ma valgono anche nel corso del procedimento tributario e che è manifesto il carattere "civile" del diritto al domicilio (par. 24) tutelato, inoltre, dall'art. 8 (era in questione il diritto del contribuente a trovare adeguata tutela nel corso di un accesso domiciliare ai fini fiscali).
[31] Il Sig. Chambaz, cittadino svizzero, fu indagato per evasione fiscale e sottoposto anche ad un controllo fiscale nel corso del quale si rifiutò di consegnare documenti bancari. Per questo rifiuto si vide irrogate delle sanzioni amministrative. Nell'impugnare il provvedimento, il ricorrente lamentò la violazione del suo diritto ad un equo processo, visto che obbligarlo a fornire i documenti richiesti nel procedimento amministrativo violava il diritto a non autoincriminarsi, in relazione alle parallele indagini per evasione.
[32] Posizione sostanzialmente simile a quella dell'ordinanza della Corte costituzionale 26.02.2002, n. 33 sulla questione di legittimità dell'art. 51, secondo comma, numero 2, del D.P.R. 633/1972 e dell'art. 32, primo comma, numero 2, del D.P.R. 600/1973 sollevata dalla CTR di Ancona con riferimento all'art. 24, secondo comma, Cost.. Secondo il remittente sussisteva "una inconciliabile antinomia fra il regime istruttorio-probatorio proprio del procedimento penale, nel cui ambito l'indagato ha il diritto di non rispondere […] e quello proprio della materia tributaria, in cui, a seguito della contestazione delle risultanze bancarie, la mancata o insufficiente giustificazione comporta l'applicazione della "presunzione di ricavi". [Pertanto, vi sarebbe] "un momento in cui il contribuente-indagato si trova a dover scegliere se rinunciare ai suoi diritti di indagato (silenzio) per far valere i suoi diritti di contribuente ovvero se rinunciare ai secondi per far valere i primi, esponendosi in tal modo alle previste sanzioni tributarie compresa l'applicazione di presunzioni legali sfavorevoli". Nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione, secondo la Corte "l'alternativa in cui si trova il contribuente fra l'avvalersi pienamente del diritto al silenzio di cui egli usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria ma, in ipotesi, nuocergli in altra sede, non realizza alcuna situazione di contrasto con il diritto di difesa, che si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo: bensì attiene alle personali scelte che, di fatto, il contribuente-indagato può compiere circa le strategie con le quali difendersi in ciascuno dei distinti procedimenti, fermo restando, in ciascuno di essi, il rispettivo regime probatorio stabilito dalla legge", in *Giur. costit.*, 2002, pag. 304.

della difesa [né] può pertanto imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione"(parr. 34-35)[33].

In estrema sintesi, la sentenza Chambaz interessa il rapporto tra l'esercizio di poteri istruttori da parte della P.A. e la circolazione di materiale probatorio dal procedimento amministrativo-tributario a quello penale[34]. Tale rapporto pone una questione di garanzia del diritto fondamentale alla difesa il quale, senza qui considerare le diverse disposizioni costituzionali che ne impongono l'osservanza[35], sarà di seguito affrontata per verificare se l'ordinamento nazionale preveda una disciplina sufficientemente garantista che, sia scusato il gioco di parole, garantisca la giustizia del processo ai sensi dell'art. 111, primo comma, Cost.

4. Le attività a finalità mista e le funzioni dell'art. 220 disp. att. c.p.p.

È stato già segnalato che una violazione del *ne bis in idem* in materia tributaria sorgerebbe per effetto dell'applicazione giurisprudenziale poiché, nelle ipotesi di omesso versamento, la Suprema corte ha ritenuto sussistere un rapporto non già di specialità bensì di progressione criminosa[36]. Questo semplice accenno, da una parte, lascia apprezzare l'esistenza di settori normativi nei quali, alla stregua di criteri selettivi fissati dalla fattispecie incriminatrice, alcune violazioni accertate "nel corso delle attività ispettive o di vigilanza" possono assumere rilevanza penale[37]; dall'altra, consente d'introdurre il fenomeno degli atti a finalità "mista" il cui referente normativo è costituito dall'art. 220 disp. att. c.p.p. a norma del quale "quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice"[38]. Si tratta di una norma plurifunzionale e per la cui operatività occorre individuare il contenuto della locuzione "indizi di reato" e, conseguentemente, il momento della loro emersione.

[33] Nella sentenza 18.10.1989, causa 374/87 (Orkem c. Commissione), preso atto che il Regolamento n. 17 "non riconosce all'impresa […] alcun diritto di sottrarvisi per il motivo che potrebbe risultarne la prova di un'infrazione […] le incombe, anzi, un obbligo di attiva collaborazione" (par. 27), la Corte di giustizia si chiese se, "in mancanza di un diritto al silenzio espressamente sancito […] in qual misura, i principi generali di diritto comunitario, di cui fanno parte integrante i diritti fondamentali e alla cui stregua vanno interpretate tutte le norme di diritto comunitario, impongano il riconoscimento di non fornire informazioni che possono essere utilizzate per provare, contro chi le fornisce, l'esistenza di un'infrazione delle norme sulla concorrenza" (par. 28). Poiché "gli ordinamenti giuridici degli Stati membri riconoscono il diritto di non testimoniare contro se stessi solo all'imputato in un procedimento penale, l'analisi comparativa dei diritti nazionali, pertanto, non consente di concludere nel senso dell'esistenza di detto principio […] in favore delle persone giuridiche e per infrazioni di natura economica" (par. 29). Non trovando un aggancio nell'art. 6 della Convenzione edu né all'art. 14 n. 3, lett. g), del Patto internazionale, secondo la Corte "talune limitazioni al potere di investigazione della Commissione nel corso dell'indagine preliminare […] scaturiscono dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti della difesa, considerati dalla Corte un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario" (part. 32).

[34] Si rinvia a Garuti G. (a cura di), *Diritto a un equo processo*: Nemo tenetur se detegere *e reati tributari*, in Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pag. 777. Più in generale, si segnala come la Suprema corte abbia escluso una generale applicabilità di tale principio nel nostro ordinamento, "essendo la regola circoscritta ai limiti previsti dall'art. 384 c.p.". Così Cass. pen., Sez. feriale, 29.08.2013, n. 35729, in *Foro it.*, 11/2013, 2, pag. 601.

[35] Per l'approfondimento si veda Manacorda S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*?, in Aa.Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 147 ss., nonché Manes V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pag. 48 ss.. Basti qui segnalare che al rispetto dei diritti fondamentali sono stati subordinati finanche i valori della certezza e stabilità del giudicato. Nella sentenza 07.04.2011, n. 113, infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 630 c.p.p. "per la violazione dell'art. 117, primo comma, e dell'art. 46 della Cedu, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna per la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea". Secondo la Corte, "l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Cedu comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione […] garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Cedu, trovano ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 della Costituzione", in *Giur. it.*, 12/2011, pag. 2646, con nota di Pustorino P., *Un nuovo intervento della Corte costituzione in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla Cedu*.

[36] Quanto all'omesso versamento delle ritenute "la presenza della previsione dell'illecito amministrativo ex art. 13, primo comma, d.lgs. 471/1997, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, per lo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui al d.lgs. 74/2000 art. 10-*bis*. […]" Così Cass. pen., Sez. unite, sent. 12.09.2013, n. 37425 (Favellato). Si consenta il rinvio a Sorbello P., *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano: dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario, in Le sanzioni penali per le persone fisiche e giuridiche nella prospettiva interna, europea ed internazionale*, in *questa Rivista*, n. 3/2015.

[37] Anche il dato normativo considera questa evenienza al citato art. 2 del D.Lgs. 68/2001 che demanda alla Guardia di Finanza "compiti di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni [intese come illeciti amministrativi o penali] ferme restando le norme del codice di procedura penale".

[38] Per l'approfondimento si rinvia a Kostoris R., sub *art. 220 norme coord.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale* diretto da Amodio E.-Dominioni O., *Appendice (Norme di coordinamento e transitorie)*, a cura di Ubertis G., Milano, 1990, p. 74 ss.

Senza poter scendere nel dettaglio, secondo le Sezioni unite il presupposto di operatività dell'art. 220 disp. att. deve rinvenirsi nella "mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata"[39]. In questo caso, analogamente ad altre ipotesi codicistiche[40], la nozione di indizio assume un significato dinamico, diverso rispetto all'art. 192, secondo comma, c.p.p.: mentre nelle prime ipotesi l'indizio, "collegato solo indirettamente all'attività di verifica di un addebito […] mira a soddisfare esigenze connesse a sviluppi intermedi del procedimento penale senza essere finalizzato alla fissazione del fatto oggetto del medesimo"[41], nella seconda, alle condizioni di pluralità, gravità, precisione e concordanza, l'indizio integra la prova indiretta intesa quale ragionamento logico che da un fatto certo (provato) ricava l'esistenza di un ulteriore fatto (incerto) che costituisce l'oggetto di prova[42].

4.1. *Raccordo tra legislazione speciale e codice di procedura penale.*

Ad un *primo* livello, l'art. 220 disp. att. funge da raccordo tra legislazione speciale e codice qualora, nel corso dell'esercizio di poteri istruttori di natura amministrativa, si abbia conoscenza di fatti penalmente rilevanti.

È stata sottolineata la genericità dell'art. 220 disp. att. perché la locuzione "attività ispettive e di vigilanza" non definirebbe i tipi di accertamento né consentirebbe di ricondurre ad una previsione unitaria i diversi accertamenti previsti dalla legislazione speciale. Al contrario, evitando un approccio casistico, la medesima disposizione permette la più ampia operatività della norma così riconoscendo le garanzie del diritto di difesa quando, nell'esercizio di poteri istruttori di natura amministrativa, emergono indizi di reato[43]: da tale momento, infatti, "si deve ritenere iniziata un'indagine penale, ancorchè non sia stata formulata un'ipotesi di reato con indicazione delle norme di legge che si assumono violate"[44].

Come anticipato, la disciplina generale dei poteri istruttori della pubblica amministrazione è contenuta all'art. 13 della legge 689/1981, al quale la legislazione speciale affianca previsioni che consentono di specificarne l'attività in relazione al settore d'intervento, ad esempio in materia tributaria[45], antiriciclaggio e valutaria[46] e, più in generale, di polizia economico-finanziaria le cui funzioni, ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. 19 marzo 2001, n. 68, la Guardia di Finanza assolve "a tutela del bilancio pubblico, delle regioni, degli enti locali e dell'Unione europea"[47].

[39] Così Cass. pen., Sez. Unite, 28.11.2001, n. 45477, in *Giur. it.*, 2002, pag. 1235.

[40] Ad esempio gli artt. 63, primo comma (dichiarazioni indizianti), 267, primo comma, (presupposti del provvedimento di intercettazioni), 273, primo comma, (condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali), 384, primo comma (fermo d'indiziato di delitto).

[41] Così Ubertis G., *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto")*, in *Quaderni Consiglio Superiore Magistratura*, 98/1997, pag. 8 del documento.

[42] In senso conforme, Fanuele C., *La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali*, Padova, 2012, pag. 51, per la quale il termine "indizi" sta a significare una "qualificata probabilità di reato", indicando solo il minimum necessario per iniziare il procedimento penale; ma non richiama il concetto di indizio in senso tecnico (quello, cioè, di "segno" adoperato ai fini d'una operazione logica inferenziale".

[43] Così Marinelli C., *Non costituiscono prova documentale gli atti dei procedimenti ispettivi* (nota a Cass. pen., Sez. VI, sent. 10.09.1998), in *Dir. pen. proc.*, 5/1999, pag. 590.

[44] Così Cass. pen. Sez. III, sent. 24.09.2001, in *Giur. it.*, 2002, pag. 1035.

[45] I poteri di polizia tributaria sono disciplinati dagli artt. 34 e 35 della legge 07.01.1929, n. 4, sulla repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, nonché, per i principali tributi, dagli artt. 51 e 52 del D.P.R. 26.10.1972, n. 633, in materia di IVA, e 32 e 33 del D.P.R. 29.09.1973, n. 600, in materia di accertamento delle imposte sui redditi. Sul tema si rinvia a Comando Generale Guardia di Finanza, *Circolare n. 1/2008 "Istruzioni sull'attività di verifica"*, *cit.*, pag. 61 ss.

[46] Ai sensi dell'art. 8, commi quarto e quinto, del D.Lgs. 21.11.2007, n. 231, di attuazione della direttiva 2005/60/CE in materia antiriciclaggio, per effettuare gli approfondimenti delle segnalazioni di operazioni sospette ed eseguire i controlli antiriciclaggio "gli appartenenti al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza esercitano anche i poteri loro attribuiti dalla normativa valutaria" di cui al D.P.R. 31.03.1988, n. 148. Sul punto si veda Comando Generale Guardia di Finanza, *Circolare n. 83607/2012 "Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali"*, pag. 86: www.gdf.it.

[47] A norma del successivo art. 2, quarto comma, "ferme restando le norme del codice di procedura penale e delle altre leggi vigenti, i militari del Corpo della Guardia di Finanza si avvalgono delle facoltà e dei poteri previsti dagli articoli 32 e 33 del D.P.R. 600/1973, 51 e 52 del D.P.R. 633/1972": tale previsione ha esteso i poteri istruttori, originariamente previsti per il settore tributario, alla prevenzione, ricerca e repressione di qualsiasi violazioni in materia economico finanziaria, come definita all'art. 1, secondo comma, del D.Lgs. 68/2001. In senso conforme, secondo la Suprema corte l'attività di verifica svolta ai sensi dell'art. 2, D.Lgs. 68/2001 ha assunto un ambito di operatività più ampio, sostanzialmente coincidente con quello di una vera e propria polizia economico-finanziaria e quindi non limitato alla sola materia fiscale e tributaria. Così Cass. pen., Sez. III, ord. 28.03.2012, n. 14026, in *Ced Cass.*, 2012. Sulle funzioni di polizia economico finanziaria si rinvia a Scuola di Polizia Tributaria, *La Polizia economico-finanziaria: il ruolo della Guardia di Finanza* (a cura dei frequentatori del 31° Corso Superiore "*Enrico de Nicola*"), 5/2004.

A prescindere dalla tipologia di accertamento ispettivo, l'emergere degli indizi di reato segna il confine tra procedimento amministrativo ed indagini preliminari, tra poteri di polizia amministrativa e funzioni di polizia giudiziaria, e l'art. 220 disp. att. diventa così una regola di comportamento doveroso.

La dottrina prevalente ritiene che la locuzione "indizi di reato" equivalga a quella di notizia di reato[48] nonostante esistano argomentate posizioni contrarie[49]. Poiché con la formula "gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale" l'art. 220 disp. att. reimpiega quella usata all'art. 55, primo comma, c.p.p. nel delineare le funzioni di polizia giudiziaria successive alla presa di conoscenza della notizia di reato[50], appare corretto ritenere che l'emergere degli indizi "integra gli estremi di una notizia di reato di cui informare senza ritardo il pubblico ministero a norma dell'art. 347 c.p.p. e qualifica senz'altro gli atti successivi di approfondimento come atti di polizia giudiziaria"[51].

4.2. *Regola di graduazione comportamentale tra sospetti ed indizi di reato.*

Ad un *secondo* livello l'art. 220 disp. att. integra una regola di comportamento doveroso volta a prevenire che "attraverso l'adozione, senza soluzione di continuità, dei moduli propri dell'attività amministrativa, si finisca per eludere il regime stabilito dal codice di procedura penale per il compimento degli atti delle indagini"[52]. Il passaggio dalle funzioni di polizia amministrativa a quelle di polizia giudiziaria non comporta però la sospensione delle prime perché l'attività amministrativa potrà legittimamente continuare secondo il corrispondente regime[53].

Poiché la norma richiede un'osservanza finalizzata all'applicazione della legge penale[54], se l'inosservanza dell'art. 220 disp. att. non inficia l'utilizzabilità ai fini amministrativi, essa può eventualmente determinare in capo agli operatori conseguenze di natura sia penale, per omessa denuncia (361, commi primo[55] o secondo, c.p.) e per l'omissione di eventuali ulteriori atti da compiere per "ragioni di giustizia" (art. 328, primo comma, c.p.), che disciplinare se agli operatori sono attribuite anche funzioni di polizia giudiziaria (art. 16 disp. att.). L'accennata eventualità, avuto almeno riguardo alle indicate ipotesi delittuose perché integrate dal dolo, deriva dalla difficoltà d'individuare il momento della "metamorfosi funzionale" a partire dal quale è richiesta l'osservanza dell'art. 220 disp. att.; tale difficoltà è maggiore qualora la mede-

[48] Così Orlandi R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, pag. 156, per il quale "la notizia di reato, allo stesso modo dell'indizio *ex* art. 220, è il presupposto al cui verificarsi deve seguire l'applicazione della normativa processuale penale". Si veda anche Kostoris R., sub *art. 220 norme coord.*, *cit*. pag. 83.

[49] Si veda Aprati R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, pag. 17 ss., la quale accosta gli "indizi di reato" *ex* art. 220 disp. att. al "sospetto di reato" sorto per la morte di una persona, che autorizza il p.m., se del caso, a ordinare l'autopsia ai sensi dell'art. 116 disp. att. c.p.p. Nello stesso senso Comando Generale della Guardia di Finanza, *Istruzioni sull'attività di verifica. Circolare 1/2008*, vol. III, *cit*., pag. 159, secondo cui l'art. 220 disp. att. "fa riferimento ad "indizi di reato" e, quindi, è da ritenere che l'obbligo dalla stessa contemplato si perfezioni in un momento antecedente al manifestarsi di quello concernente la comunicazione di notizia di reato al Pubblico Ministero".

[50] Così Bellantoni G., *Attività ispettive e di vigilanza e processo penale,* in Id., *Nuovi scritti di procedura penale*, Torino, 2009, p. 112, nota 27.

[51] In questi termini Rafaraci T., *Reati tributari con soglia di punibilità e applicazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p.: la Cassazione rimarca i diritti della difesa* (nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 03.02.2015, n. 4919), in *Riv. Guardia di Finanza*, 3/2015, pag. 675.

[52] Ibidem., pag. 674. Si veda anche Ubertis G., *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in Id., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, pag. 144 ss.

[53] In senso conforme Kostoris R., sub *art. 220*, *cit.*, pag. 81.

[54] Non appare condivisibile l'auspicio di prescrivere l'osservanza del codice fin dall'avvio dell'attività ispettiva e, quindi, ancor prima dell'emergere di indizi di reato, considerandosi equivalente all'attività di polizia giudiziaria quella amministrativa qualora "finalizzata a verificare se il soggetto controllato abbia o meno violato norme di rilievo penale". Così Furin N., *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. c.p.p.*, in *Cass. pen*., 9/1999, pag. 2726. In verità, Rafaraci T., *Reati tributari*, *cit*., pag. 676, riporta che durante i lavori preparatori del codice, la stessa posizione era stata propugnata dalla Commissione parlamentare che suggeriva di anticipare le garanzie fin dall'inizio delle "attività ispettive o di vigilanza di per sé suscettibili di far emergere dati di rilevanza anche penale". L'auspicio era forse condivisibile quando non esistevano le leggi 241/1990 (sul procedimento amministrativo) e 212/2000 (sullo Statuto dei diritti del contribuente) il cui art. 12 riconosce il diritto di farsi assistere, nel corso di un'attività ispettiva, da un professionista abilitato alla difesa dinanzi alla giustizia tributaria; né si era ancora affermato il principio del contraddittorio ai sensi e per gli effetti (diretti) dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che va oltre l'ambito penale processuale. Sul contraddittorio si veda Caneschi G., *I confini extrapenali del principio del contraddittorio*, in Aa.Vv., *Alla prova dei fatti. I rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo. Atti del VI Corso di formazione interdottorale di Diritto e Procedura Penale* "Giuliano Vassalli", Siracusa-Noto, 18-20 settembre 2015, *infra.*

[55] Il richiamo al primo comma dell'art. 361 c.p. consente di precisare che l'art. 220 disp. att. non attribuisce funzioni di polizia giudiziaria al pubblico ufficiale che ne sia sprovvisto quando, nel corso delle attività ispettive o di vigilanza, emergono indizi di reato.

sima autorità ispettiva cumuli le qualifiche di polizia amministrativa e di polizia giudiziaria[56].

Se la corretta acquisizione della formula "indizi di reato" è funzionale alla regola comportamentale, l'osservanza dell'art. 220 disp. att. non è però prescritta in presenza di una rappresentazione del fatto che non supera il livello del sospetto nella "catena che può condurre alla verifica dell'oggetto di prova"[57]. Tale catena segue uno sviluppo verticale direttamente proporzionale all'intensità persuasiva degli strumenti gnoseologici e nella sua progressione il sospetto presenta "scarsa persuasività" e l'indizio avrebbe efficacia dimostrativa minore rispetto alla prova (in senso stretto) e maggiore in relazione al sospetto[58].

In forza delle indicazioni codicistiche e della legislazione speciale possono distinguersi livelli di rappresentazione del fatto reato cui corrispondono comportamenti doverosi differenti.

In linea generale, il sospetto non nega l'esistenza di un fatto, ma la sua persuasione ha un'efficacia quantitativamente differenziata e diversamente apprezzata dall'ambito normativo di riferimento, in particolare nella legislazione tributaria[59], allorquando è qualificato come presupposto operativo. Al di fuori dell'art. 116 disp. att., il sospetto potrà produrre la descritta metamorfosi funzionale soltanto nelle ipotesi in cui gli è normativamente riconosciuta una posizione analoga all'indizio "nella catena degli atti che segnano l'avvio e gli immediati sviluppi del procedimento penale"[60].

Con la scelta dell'una (sospetto) o l'altra (indizi) formula il legislatore "determina nell'organo procedente una graduazione comportamentale nella salvaguardia dei valori eventualmente lesi dall'attività investigativa"[61], ma il passaggio dalle funzioni di polizia amministrativa a quelle di polizia giudiziaria, come anticipato, può non essere agevole perché dinamico e potenzialmente condizionato da valutazioni soggettive[62]. L'applicazione dell'art. 220 disp. att., infatti, è in alcuni casi esposta ad incertezze non facilmente superabili dovute non soltanto al tipo legale[63], ma anche alla variabilità delle fattispecie concrete, all'impostazione dell'attività di controllo, alla sensibilità degli operatori. Questa valutazione non sempre è agevole, in

[56] In questi termini Kostoris R., sub *art. 220*, *cit.*, pag. 74, per cui l'emergere degli indizi di reato comporta il passaggio alle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 c.p.p.. In senso conforme Felicioni P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, pag. 163, per la quale "una volta che sono emersi indizi di reato, vi è una progressione dell'attività di polizia amministrativa in attività di polizia giudiziaria e non possono essere adottate modalità di accertamento diverse da quelle previste dal codice di rito".

[57] Sul punto rinvia ad Ubertis G., *I fondamenti normativi, cit.*, pag. 7.

[58] Così Ubertis G., *Prova in generale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, pag. 296 ss. A differenza del sospetto, tradizionalmente descritto come ipotesi priva di riscontro obiettivo perchè derivata da un'intuizione soggettiva, l'indizio poggia su un elemento certo e concreto (il fatto noto) dal quale acquisire la conoscenza del fatto ignoto attraverso un procedimento inferenziale. Si veda Battaglio S., "*Indizio" e "prova indiziaria nel processo penale*", in *Riv. it. proc. pen.*, 2/1995, pag. 410. Una distinzione basata sul riscontro obiettivo che distinguerebbe l'indizio dal sospetto è stata tuttavia ritenuta illusoria: a meno che non si ammetta che l'organo procedente "possa agire in conformità a proprie fantasticherie od oniriche rivelazioni, è evidente che anche il più esile sospetto non possa che trarre spunto da elementi concreti. Non va confusa, cioè, la scarsa persuasività di questi ultimi con la loro inesistenza". Così Id, *I fondamenti normativi, cit.*, pag. 7. In senso conforme, in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, ai fini della segnalazione di operazioni sospette l'art. 41, primo comma, del D.Lgs. 231/2007 precisa che "il sospetto è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti, acquisiti nell'ambito dell'attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico".

[59] A titolo esemplificativo e non esaustivo si segnalano gli artt. 33 della citata legge 4/1929 e 18, terzo comma, lett. d) del D.Lgs. 504/1995, recante il testo unico in materie di imposte sulla produzione e sui consumi, che legittimano perquisizioni domiciliari in caso di "notizia o fondato sospetto" di violazioni costituenti reato con riferimento a tributi tassativamente previsti.

[60] Così Bontempelli M., *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale,* Milano, 2009, pag. 173.

[61] In questi termini Ubertis G., *I fondamenti normativi, cit.*, pag. 8.

[62] In materia tributaria, tale difficoltà sorgerebbe con riferimento all'accesso presso il domicilio del contribuente che gli artt. 52 del D.P.R. 633/1972 e 33 del D.P.R. 600/1973 consentono, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica, solo in presenza di gravi indizi di violazioni tributarie. Sul punto è stato correttamente evidenziato che se i gravi indizi di reato riguardano la commissione di un reato, la polizia tributaria non dovrebbe agire secondo le modalità di cui all'art. 52, ma secondo le disposizioni del codice di rito. Muovendo dalla prassi per cui "l'indicazione della violazione tributaria non costituisce indice della sua sussistenza, che deve essere ancora verificata", l'Autrice avverte che lo "spostamento dell'emersione sostanziale degli indizi di reato ad un periodo successivo, pur dichiarandone formalmente l'esistenza" determinerebbe il rischio del mancato riconoscimento delle garanzie richieste dall'art. 220 disp. att. Così Alesci T., *L'autorizzazione del procuratore della Repubblica all'accesso presso i locali del contribuente: natura e regime giuridico*, in *Proc. pen. e giustizia*, 1/2015, pag. 93. Ferma restando l'utilizzabilità dei documenti precostituiti, si ritiene che questo rischio sia escluso dall'art. 63 c.p.p., in particolare il secondo comma, a norma del quale "se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di […] persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate".

[63] Sul punto si rinvia ad Orlandi R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'*inquisitio generalis?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3/1996, pag. 568 ss., che segnala lo stretto rapporto tra determinatezza delle fattispecie incriminatici e possibilità di vincolare l'operato e i poteri dell'accusa "alle condizioni che dovrebbero accompagnare l'inizio di un procedimento penale: la precisa individuazione del presupposto di fatto che dà corpo alla *notitia criminis*". Così Insolera G., in Orlandi R.-Caprioli F.- Insolera G., *La ricerca della notizia di reato da parte dell'accusatore*, *Criminalia*, 2011, pag. 452.

particolare con riferimento ai reati caratterizzati da soglie di punibilità[64], a quelli di pericolo concreto[65] ed ai reati integrati da condotte fiscalmente elusive[66].

4.3. *Norma di garanzia: l'inutilizzabilità come applicazione della legalità probatoria.*

Ad un *terzo* livello, accanto alle eventuali conseguenze di natura penale o disciplinare, all'inosservanza dell'art. 220 disp. att.. seguiranno conseguenze certe in termini di inutilizzabilità degli elementi di prova: dal momento in cui emergono gli indizi di reato, per tutelare i diritti della difesa, la disposizione pone infatti il divieto di utilizzazione degli atti assunti in sede amministrativa.

Se le garanzie difensive[67] non possono di certo applicarsi prima dell'emergere di indizi di reato[68], è fondamentale ribadire il contenuto di questa formula legislativa che permette di individuare il momento[69] a partire dal quale i documenti redatti nell'esercizio dei poteri istruttori non hanno più quell'utilizzabilità probatoria che l'art. 234 c.p.p. riconosce alle prove scritte precostituite. Gli atti formati nell'ambito di attività ispettive o di vigilanza, esterni quindi al procedimento penale, costituiscono documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p. fino a quando non sono emersi indizi di reato mentre "gli accertamenti compiuti a partire da quel momento dovranno essere considerati "atti del procedimento", anche se questo non è ancora stato aperto dall'autorità giudiziaria"[70].

Nella sua funzione garantista, pertanto, l'art. 220 disp. att. "scongiura il pericolo che il giudice formi il proprio convincimento sulla base di documenti (i verbali redatti dagli organi ispettivi o di vigilanza) di cui sarebbe altrimenti surrettiziamente sostenibile l'indiscriminata acquisizione (pure nell'eventualità di mancata osservanza delle salvaguardie difensive) qualora gli atti ivi documentati fossero reputati appartenere ad un "diverso" procedimento (amministrativo)"[71].

[64] Secondo la Suprema Corte, durante una verifica fiscale gli indizi del reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del D.Lgs. 74/2000 devono considerarsi emersi non all'avvenuto superamento della soglia di imposta evasa, perché questo "comporterebbe che nei reati che prevedono una tale soglia non dovrebbero mai osservarsi le modalità previste dal codice ("una simile posizione non è ammissibile perchè elude gli obblighi di legge, con lesione del diritto di difesa e dei princìpi del giusto processo"), bensì ancor prima, alla concreta probabilità che la medesima sia superata. così Cass. pen., Sez. III, sent. 4919/2015, in *Riv. Guardia di Finanza*, 3/2015, pag. 675, con nota di Rafaraci T., *Reati tributari, cit.*, pag. 673.

[65] Si prenda ad esempio l'illecito penale ed amministrativo di manipolazione del mercato, di cui agli artt. 185 e 187-*ter* del D.Lgs. 58/1998, la cui distinzione poggia principalmente sulla concreta idoneità della condotta "a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari".

[66] Il riferimento è alla rilevanza penale delle operazioni antielusive di cui all'art. 37-*bis*, terzo comma, D.P.R. 600/1973. A fronte delle operazioni ivi indicate, fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 128/2015, l'assenza di valide ragioni economiche integrava l'ipotesi di dichiarazione infedele. Tale fenomeno è stato recentemente arginato dall'art. 10-*bis*, tredicesimo comma, della legge 212/2000 a norma del quale "le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie". Per l'approfondimento si veda Mucciarelli F., *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi (nota a Cass., Sez. III pen., sent. 01.10.2015, n. 40272)*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2015, nonché Bosi M., *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, in Aa.Vv., *Alla prova dei fatti. I rapporti tra diritto penale e processo, cit*., *infra.*

[67] Quali la facoltà di nominare un difensore, senza la cui assistenza le dichiarazioni non sono utilizzabili contro la persona che le ha rese (artt. 63 e 350 c.p.p.), o di farsi assistere dal medesimo alla perquisizione, agli accertamenti urgenti, al sequestro ed all'immediata apertura di plichi autorizzata dal pubblico ministero (art. 356 c.p.p.).

[68] Così Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale, cit.,* pag. 142.

[69] Già nella vigenza del precedente codice di rito la Corte costituzionale ribadì che "la linea di demarcazione fra indagini generiche ed atti istruttori si identifica necessariamente col momento in cui, in qualsiasi modo, un soggetto risulti indiziato di reità. Questa demarcazione è da considerare essenziale per evitare che la nozione di procedimento si dilati al di là di quei confini che sono da ritenere necessari e sufficienti per garantire a tutti il diritto di difesa: il quale, come è ovvio, non può essere operante prima che un indizio di reato ci sia". Così Corte cost., sent. 27.11.1969, n. 149. In senso conforme Cass. pen., Sez. Unite, sent. 28.11.2001, n. 45477, *cit*.. Assume una posizione contraria, alla quale non si aderisce, Furin N., *Diritto di difesa*, *cit.*, pag. 2726, per cui "quando l'attività amministrativa è finalizzata a verificare se il soggetto controllato abbia o meno violato norme di rilievo penale, essa equivale a tutti gli effetti ad un'attività di polizia giudiziaria".

[70] Così Scalfati A., *Trattato di procedura penale*, Assago, 2009, pag. 327. Si veda anche Mazza O., *L'utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza,* in *Corr. trib.,* 18/2000, pag. 1280 ss. Sul punto la giurisprudenza consolidata ritiene il PVC della Guardia di Finanza "atto amministrativo extraprocessuale" in grado di costituire "prova documentale anche nei confronti di soggetti non destinatari della verifica fiscale" *ex* art. 234 c.p.p. a condizione che non siano emersi indizi di reato a partire dai quali l'art. 220 disp. att. impone di procedere secondo le modalità del c.p.p.: "la parte del documento redatta successivamente a detta emersione non è utilizzabile" dal punto di vista probatorio. Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. III, sent. 20.07.2015, n. 31391, in *Leggi d'Italia*.

[71] In questi termini Ubertis G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in Aa.Vv., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, I, pag. 317 ss.

5. La notizia di reato quale collegamento tra diritto penale e processo.

L'accenno all'equivalenza degli effetti collegati all'emergere degli indizi di reato ed all'acquisizione della notizia di reato impone delle brevi riflessioni su quest'ultimo istituto volte a sottolinearne la funzione di collegamento tra diritto penale e processo quale "momento genetico del procedimento penale"[72].

Nonostante costituisca un presupposto di fatto esterno al procedimento penale e ad essa sia intitolato il secondo titolo del libro quinto dedicato alle indagini preliminari, proprio ad evidenziarne il ruolo propulsivo, l'ordinamento processuale penale non contiene una definizione di notizia di reato[73]. Dall'esame dell'istituto è tuttavia possibile sintetizzare due profili di rilevanza: la percezione di un dato (profilo di fatto) e la sua qualificazione come penalmente rilevante (profilo di diritto). Mentre per il primo rileva la "consistenza" della notizia di reato intesa come "livello di corrispondenza a dati effettuali verificati"[74], il secondo guarda invece al suo "contenuto" ovvero al "grado di conformità ad una fattispecie tipica (reato)[75].

Volendo assicurare l'attuazione del principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione fin dalla genesi del procedimento penale, la notizia di reato deve contenere "enunciati referenziali" corrispondenti agli "enunciati legislativi" di una figura criminosa"[76], come prescritto dall'art. 347 c.p.p. a norma del quale "acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto" inteso come fatto tipico[77].

Nella prospettiva processuale i medesimi elementi costituiscono, ma non esauriscono, l'oggetto della prova di cui all'art. 187 c.p.p. ed il rispetto della legalità probatoria, nei termini sopra accennati, assicurerà la giustizia del processo richiesta dall'art. 111, primo comma, della Costituzione[78].

[72] Per l'approfondimento si veda Aprati R., *La notizia di reato*, *cit*., pag. 6 ss., nonché Zappulla A., *Notizia di reato* (voce), in *Enc. diritto*, Annali, V, Milano, 2012, pag. 890, per cui "la notizia di reato si colloca quale primo gradino che, nella scala procedimentale, conduce alla formazione del giudicato, attraverso l'imputazione prima e la sentenza. In tale contesto, la notizia di reato viene comunemente vista, per quel che riguarda il livello di sussunzione di un fatto storico all'interno di una norma incriminatrice, come un *quid minoris* rispetto all'imputazione o alla pronuncia di condanna, che presuppongono una diretta e totale coincidenza fra concreta ricostruzione storica e astratta fattispecie penale".

[73] Sul tema si rinvia a Spangher G., *La pratica del processo penale*, II, Padova, 2012.

[74] Così Padovani T., *Il crepuscolo della legalità, cit*., pag. 531. In senso conforme Aprati R., *La notizia di reato*, *cit*., pag. 8, per cui non si tratta di "un'attività valutativa, ma di semplice costatazione [né, in questa fase] deve essere effettuato quel giudizio, seppur prognostico, di conformità. Se, infatti, la notizia di reato rappresenta l'*incipit* e solo dopo che essa sia stata iscritta il pubblico ministero e la polizia giudiziaria sono autorizzati a compiere le indagini preliminari (ad esempio sono illegittime le perquisizioni per ricercare una notizia di reato), si comprende come sia impossibile stimare la consistenza di alcunché […] perché è la volontà del legislatore a rinviarla ad un successivo momento processuale", quale la valutazione sull'infondatezza dell'accusa ai fini della richiesta di archiviazione, ex *art.* 125 disp. att. c.p.p..

[75] Si tratta del risultato di una valutazione, dovendosi "appurare se il dato di cui si ha cognizione sia contenuto in una delle fattispecie incriminatrici dell'ordinamento. In altre parole, quanto costituisce oggetto dell'informazione appresa dagli organi investiganti deve in qualche modo ricondursi a una norma penale". Così Aprati R., *La notizia di reato*, *cit*., pag. 9.

[76] In questi termini Ferrua P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in Ferrua P.- Grifantini F.M.-Illuminati G.-Orlandi R., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010 pag. 296 ss.

[77] Costituisce notizia di reato "la mera apprensione di avvenimenti concreti corrispondenti al frammento più significativo di una norma incriminatrice, quello in cui si incentra l'offesa al bene giuridico: la condotta e, in aggiunta o in alternativa a quest'ultima, l'evento naturalistico". Così Aprati R., *La notizia di reato*, *cit*., pag. 10. Affinchè vi sia una notizia di reato, è necessario rilevare una fattispecie concreta obiettivamente riconducibile, in assenza di ogni giudizio di valore complementare (antigiuridicità, dolo), ad una ipotesi riconoscibile come fattispecie di reato". Così Cass. pen., Sez. VI, sent., 13.03.2014, n. 12021, in *Leggi d'Italia*.

[78] La rilevanza costituzionale del giusto processo ha modificato lo scenario della circolazione del materiale probatorio dalla sede amministrativa al processo penale perchè la nuova formulazione dell'art. 111 Cost. impone di ripensare "i delicati equilibri fra prova precostituita e prova costituenda" alla luce dei principi costituzionali della legalità processuale e del contraddittorio nella formazione della prova. Per queste riflessioni si rinvia a Mazza O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa*, *cit*., pag. 1525.

Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell'unione europea

Verso la definizione di uno statuto comune dei diritti dell'indagato e del soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo

Criminal Trial, Punitive Administrative Law and Cooperation in the European Union

Towards the Definition of Common Standards for the Rights of the Defence during Criminal and Administrative Proceedings

Giulia Lasagni
Dottoressa di ricerca in procedura penale presso l'Università di Bologna

Diritto punitivo, Diritto al silenzio, OLAF, Diritto della concorrenza

Punitive Law, Privilege against Self-incrimination, OLAF, Competition Law

Abstract

Il settore penale in senso classico deve, sempre più, tenere conto dell'espansione di altre aree di diritto "punitivo", soprattutto nell'ambito dell'accertamento amministrativo. La crescente complessità del sistema repressivo nel contesto comunitario, tuttavia, non può essere risolta solo con un'applicazione estensiva del divieto di bis in idem; si afferma invece in maniera impellente la necessità di riportare tutto il diritto punitivo, specialmente nella fase delle indagini o degli accertamenti amministrativi, all'interno del perimetro disegnato dalle garanzie dell'art. 6 CEDU. In questa prospettiva, ci si soffermerà, con una breve analisi, sui diritti dell'indagato nel panorama europeo, con particolare rilievo alle garanzie previste dai procedimenti amministrativi OLAF e anti-trust (DG Concorrenza) e dalla direttiva su alcuni aspetti della presunzione di innocenza.

Increasingly, analysing criminal law requires taking into account the expansion of several sectors of punitive administrative law.
The interaction of these different legal areas generates such a complexity that this cannot conceivably be solved only through an extensive application of the prohibition of bis in idem. On the contrary, in order to comply with the guarantees provided for by Article 6 of the ECHR, it is impelling to establish common standards for the whole area of punitive law, and especially for the investigation phases.
Against this background, the paper deals with the rights of the defence in the European Union legal system(s), focusing particularly on the guarantees provided in the administrative proceedings carried out by OLAF and DG-COMP, and on the impact of the recent Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence.

Sommario

1. La dimensione sempre più "multidisciplinare" del diritto penale: il diritto amministrativo punitivo. – 2. L'armonizzazione dei diritti processuali durante le indagini. – 3. I diritti fondamentali della persona sottoposta ad indagine o accertamento amministrativo. – 3.1. I diritti dei soggetti sottoposti ad indagine nei procedimenti amministrativi OLAF e DG Concorrenza. – 3.2. I diritti dell'indagato nelle direttive processuali: l'impatto della nuova direttiva sulla presunzione di innocenza. – 4. Alcune conclusioni.

1. La dimensione sempre più "multidisciplinare" del diritto penale: il diritto amministrativo punitivo.

La realtà storica e giuridica in cui viviamo mostra, in modo crescente, la necessità di ricostruire i fenomeni giuridici con categorie che vanno oltre i tradizionali confini di settore e che sappiano tenere insieme, per quanto possibile, sia l'alto livello di specializzazione raggiunto in molte discipline, sia il contesto "globale" in cui queste si sviluppano. Se da tempo si è evidenziata l'imprescindibilità di un approccio che sappia abbracciare, non solo nella pratica, ma anche a livello accademico, il diritto penale sostanziale e quello processuale, da alcuni decenni questa interazione deve considerarsi solo un punto di partenza. Oggi, infatti, lo studioso del diritto penale, inteso in senso lato, non può esimersi dal tenere in debito conto l'ingresso preponderante (in termini quantitativi e qualitativi) del diritto amministrativo punitivo nella dimensione repressiva, sia a livello interno, sia transnazionale[1].

Pur non trattandosi di una categoria propria a molti paesi dell'Unione, la rilevanza di questa nuova dimensione emerge in maniera evidente soprattutto sul piano del diritto processuale, tanto più in un contesto, come quello europeo, in cui non esistono regole uniformi per la scelta della giurisdizione competente. Frequentemente, infatti, dapprima con l'espandersi del fenomeno della legislazione speciale, poi con l'incremento delle forme di cooperazione ed il proliferare delle autorità amministrative indipendenti – poste a tutela, si ricordi, di beni rilevanti come il diritto alla riservatezza, alla concorrenza e all'integrità del mercato finanziario – le condotte su cui interviene un giudizio di riprovevolezza sono sanzionate sempre più a livello amministrativo, pur con una funzione di prevenzione generale o speciale.

Nella maggioranza dei casi, questa tendenza è stata letta in chiave problematica, e conseguentemente affrontata sul piano del rischio del doppio giudizio e della conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*. Infatti, soprattutto rispetto ad alcuni settori, quali la repressione delle frodi fiscali o delle manipolazioni di mercato, si è assistito non tanto ad una depenalizzazione in senso stretto, quanto piuttosto ad una duplicazione delle forme di responsabilità, in cui gli stessi fatti storici sono posti sia a fondamento di sanzioni penali che amministrative, con esiti difformi a seconda dei contesti giuridici di riferimento[2].

In alcuni ordinamenti, dato un determinato fatto storico, è necessario scegliere, in maniera alternativa, se instaurare un procedimento penale o amministrativo (cd. sistema "una via")[3]; in altri Stati Membri, come in Italia o in Spagna, vige invece la regola del cd. "doppio binario", che consente la prosecuzione, parallela o consecutiva, di entrambi i procedimenti. Sul punto, la scarsa normativa europea non si esprime chiaramente: pur lasciando intravedere un timido favore per il modello "una via", non pone nemmeno alcun divieto esplicito al sistema del "doppio binario", che anzi viene spesso espressamente consentito, negli ordinamenti ove già

[1] In questo senso si veda, già negli anni '80, E. Paliero, *Il "diritto penale-amministrativo": profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, p. 1254 ss.

[2] Nel nostro sistema interno si veda, ad esempio, la previsione della soglia dei duecentocinquantamila euro prevista dal d.lgs. n. 74 del 2000, art. 10-*ter*, per indicare la rilevanza penale della condotta, altrimenti integrante un illecito tributario.

[3] Ad esempio tramite una concertazione nelle fasi iniziali del procedimento fra autorità giudiziarie e amministrative, come in Belgio e nei Paesi Bassi; per un'analisi comparativa dei sistemi indicati si veda, ad esempio, S. Mirandola, *Indagini penali e amministrative sulle frodi fiscali: notazioni comparative tra Belgio, Italia, Paesi Bassi e Spagna*, in corso di pubblicazione.

previsto, in un'ottica di compromesso[4].

Anche la cronica assenza di norme comunitarie sui conflitti di giurisdizione, persino all'interno della sola materia penale, contribuisce ad incentivare un meccanismo del tipo "*first come first served*"[5], che tende a scaricare la ricerca di una soluzione efficace sul divieto di *bis in idem*, ormai applicabile, come noto, sia alle sanzioni dichiaratamente penali, sia a quelle classificate come amministrative a livello nazionale, ma nella sostanza conformi ai cd. criteri *Engel,* elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU[6].

Ridurre tutto il problema dell'interazione fra diritto penale e amministrativo punitivo a questa dimensione, però, non appare una soluzione vantaggiosa per diversi motivi. Innanzitutto, ciò presuppone, prima di poterlo risolvere, di attendere almeno la fine di un procedimento e l'instaurarsi di un secondo, con un notevole dispendio di tempo e di risorse umane. In secondo luogo, il divieto di *bis in idem* nel territorio dell'Unione non può ancora definirsi, né a livello teorico né, soprattutto, nella prassi, un principio veramente transnazionale e dotato di applicazione equivalente[7].

Sotto il profilo convenzionale, esso presenta lacune significative, potendosi innanzitutto applicare solo nelle singole giurisdizioni domestiche e non anche nei rapporti fra Stati[8]. Inoltre, come noto, la collocazione stessa del divieto non all'interno della Convenzione, ma nel Protocollo n. 7, ne limita l'efficacia ai soli Stati firmatari; fra questi, una quota significativa ha ulteriormente circoscritto l'applicazione del principio attraverso pesanti riserve in sede di ratifica, che ne riducono l'efficacia in misura variabile a seconda dei singoli contesti nazionali. Tipico esempio in tal senso è dato dall'Italia, la cui riserva all'art. 4 del Protocollo, che mirava precisamente ad escludere l'operatività della clausola verso le sanzioni amministrative, è stata però dichiarata invalida dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens c. Italia*[9].

A livello comunitario, il principio è previsto sia dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta), sia dagli artt. 54 e 55 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CISA). In mancanza di un orientamento consolidato della Corte di giustizia sul punto, tuttavia, non appare ancora chiaro né se le riserve formulate a suo tempo da alcuni Stati in riferimento all'art. 55 CISA possano dirsi ancora operanti dopo l'incorporazione di quest'ultimo ai Trattati, né se il limiti di cui all'art. 54 (l'efficacia del divieto solo ove la pena sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita) risultino applicabili anche al principio formulato della Carta[10]. Inoltre, anche se recentemente la Corte di Lussemburgo ha fatto propri i criteri utilizzati dalla Corte EDU per la determinazione della materia penale rispetto ai procedimenti sviluppati nell'area di Libertà, Sicurezza e Giustizia[11], non altrettanta corrispondenza può riscontrarsi nell'applicazione del divieto di *bis in idem* ai procedimenti amministra-

[4] In tal senso si veda ad esempio, recentemente, Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato), considerando (72): "Anche se nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a stabilire regole in materia di sanzioni amministrative riguardanti violazioni del presente regolamento che sono già soggette al diritto penale nazionale, entro il 3 luglio 2016. Conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente. Tuttavia, il mantenimento delle sanzioni penali in luogo delle sanzioni amministrative per le violazioni del presente regolamento o della direttiva 2014/57/UE non dovrebbe ridurre o incidere altrimenti sulla capacità delle autorità competenti di cooperare, di avere accesso a informazioni o di scambiare informazioni tempestivamente con le autorità competenti di altri Stati membri ai fini del presente regolamento, anche dopo che le autorità giudiziarie competenti per l'azione penale siano state adite per le violazioni in causa".

[5] Sul limitato valore aggiunto della Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, si veda J.A.E. Vervaele, *European Territoriality and Jurisdiction: The Protection of the EU's Financial interests in Its Horizontal and Vertical (EPPO) Dimension*, in M. Luchtman (ed.), *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime*, The Hague, 2013, p. 173.

[6] Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Caso *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, §§ 80-82, nonché *Zolotoukhine c. Russia* [GC] del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, §§ 52 e 53.

[7] Per un esame dettagliato delle divergenze fra divieto di *bis in idem* nella CEDU e nel sistema giuridico dell'Unione (art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e artt. 54-55 CISA) si veda, ad esempio, J.A.E. Vervaele, *Ne Bis In Idem*: *Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4 (September) 2013.

[8] *Op. loc. cit*., p. 214.

[9] Ricorso n. *18640/10,* del 4 marzo 2014, §§ 204-212, cfr. anche Corte di cassazione, Ufficio del ruolo del massimario, Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Rel. n. 35/2014 Roma, 8 maggio 2014.

[10] Come messo in luce dai casi davanti alla Corte di giustizia Case C-398/12, *Procura della Repubblica* v. *M.*, 5 giugno 2014, EU:C:2014:1057 e Case C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, 27 maggio 2014, EU:C:2014:586, su cui si vedano J.A.E. Vervaele, *Schengen and Charter-related* ne bis in idem *protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic,* in *Common Market Law Review* 52: 1339–1360, 2015.

[11] Cfr. Corte di giustizia, caso C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*, 5 giugno 2012, [2012] ECR I-0000, §§ 37-46.

tivi punitivi che abbiano origine nell'*ex* primo Pilastro, come nel settore dell'anti-concorrenza, per i quali la rilevabilità del doppio giudizio è stata rimessa, dai giudici del Lussemburgo, a criteri diversi e più rigidi[12].

Per tali ragioni, riporre nel principio del *ne bis in idem* ogni speranza di ridurre la complessità dei rapporti fra giurisdizioni penali ed amministrative – statali, istituzionali e indipendenti – risulta sia una distorsione poco desiderabile di un principio che dovrebbe operare solo come norma eccezionale di chiusura del sistema, sia una soluzione inadeguata a fornire una tutela uniforme ed efficace. Quello che appare sempre più urgente oggi, invece, è tenere conto di questa doppia dimensione proprio là dove per prima si manifesta, ovvero all'inizio del procedimento, e più in particolare, nella fase raccolta delle informazioni e nei diritti dei soggetti indagati o sottoposti ad accertamento.

2. L'armonizzazione dei diritti processuali durante le indagini.

La necessità di armonizzare, almeno nei suoi tratti essenziali, i diritti che fanno capo all'indagato nel procedimento penale è stata da lungo tempo sollevata nel contesto europeo a partire dal Trattato di Amsterdam, che ha introdotto le competenze dell'Unione sulla materia penale e portato al riconoscimento di poteri comunitari di *enforcement* anche nel settore dell'allora terzo Pilastro[13]. Recependo le conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999, l'art. 82 § 1 TFUE oggi fonda la cooperazione giudiziaria nell'Unione europea sul principio del mutuo riconoscimento, che fa discendere l'utilizzabilità delle informazioni ottenute dalla fiducia reciproca degli Stati Membri rispetto ai rispettivi metodi di acquisizione probatoria[14]. Nel processo di integrazione europea, però, l'esistenza di tale affidamento non costituisce un punto di partenza, quanto piuttosto un traguardo, che richiede basi giuridiche condivise su cui fondarsi. D'altro canto, la consapevolezza di trovarsi di fronte ad un processo in divenire è espressa anche nel medesimo articolo citato, dove, con il principio di *approximation*, si indica la necessità di "ravvicinare" le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati Membri[15], per lo meno nelle aree di dichiarato interesse europeo[16].

La consapevolezza dell'inevitabilità di un'armonizzazione non solo penale sostanziale, ma anche processuale, non gode tuttavia di grande popolarità presso i rappresentanti nazionali degli Stati, che solo recentemente, anche forzati da alcune pronunce delle due Corti europee, hanno riconosciuto l'impellenza di tale passo, mostrandosi tuttavia ancora decisamente riluttanti a procedere concretamente alla definizione di istituti processuali comuni[17].

Forse anche a causa di tali difficoltà, la doppia dimensione diritto penale-diritto amministrativo punitivo, che a livello comunitario si riverbera anche nell'interazione fra strumenti derivati dall'*ex* primo e terzo Pilastro, non pare sinora essere stata adeguatamente presa in considerazione, sebbene la centralità di questo tema sia già stata sottolineata da tempo a livello istituzionale[18]. La maggioranza degli atti normativi emanati negli ultimi anni, infatti, ha mostrato solo eccezionalmente[19] di tenere in considerazione l'evoluzione della consolidata

[12] Cfr. Corte di giustizia, casi riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, [2004] ECR I-123 (*Cement*), §§ 338-340.

[13] Cfr., ad esempio, Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, Presidency conclusions, §§ 33-37-43-45; Commissione europea, Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens - Action Plan Implementing the Stockholm Programme (COM/2010/0171 final), §§ 2-4; Commissione europea, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law, Brussels, 20 settembre 2011 COM(2011) 573 final, p.3.

[14] Pur in assenza di una precisa definizione del principio, cfr. A. Klip, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, III ed., p. 400.

[15] Questo metodo, non sempre ben distinto o distinguibile da quello dell'armonizzazione, ne condivide gli obiettivi, sebbene con una forza integratrice minore e principalmente rivolta ai testi legislativi, più che ai principi. Sul punto si veda A. Klip, cit., p. 33.

[16] Ovvero quelle indicate dall'art. 82 par. 2 e dall'art. 83 TFUE. La medesima necessità è peraltro riconosciuta anche nel diritto civile all'art. 81 TFUE.

[17] Oltre agli esiti dei negoziati sul progetto di Procura europea, che ne costituiscono solo l'esempio più evidente, si vedano anche le mancate o inadeguate riforme di Eurojust e le già menzionate difficoltà nel definire criteri certi per i conflitti di giurisdizione, cfr. supra, nota 5.

[18] Cfr. Commissione europea, Towards an EU Criminal Policy, cit., p. 12 "The Commission will also set up an expert group to assist the Commission in gathering factual evidence and in launching further discussions about important legal issues with a view to ensuring an efficient implementation of EU legislation into the national criminal law systems of Member States. This includes for example:- the relationship between criminal and non-criminal sanction systems".

[19] Unica inversione di tendenza sono la direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), considerando (23) ed il suo regolamento di attuazione, n. 596/2014, cit., che, seppure in termini generali, mostrano una sensibilità verso il problema della doppia sanzione per la stessa condotta.

giurisprudenza di Strasburgo e, sulla scia di questa, di alcune pronunce della Corte di giustizia, in merito alla definizione "sostanziale" di materia penale, mantenendo al contrario un anacronistico approccio a compartimenti stagni, a volte addirittura escludendo esplicitamente ogni tipo di estensione delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU all'illecito "penale-amministrativo"[20].

A farne le spese, in primo luogo, è proprio il soggetto indagato o sottoposto ad accertamento, che, fra le ventotto diverse legislazioni processuali penali nazionali, con diversi gradi di tutela, e le innumerevoli procedure amministrative, statali o portate avanti da autorità indipendenti nazionali ed europee, rischia di trovarsi del tutto inerme e privo di quelle garanzie minime che sono poste alla base dell'idea stessa di Stato di diritto.

D'altro canto, anche l'azione "repressiva", già appesantita dalla crescente complessità delle indagini e degli accertamenti amministrativi, in un contesto globalizzato e allo stesso tempo frammentario che fornisce innumerevoli opportunità di *forum shopping* a forme di criminalità liquide, pervasive e spesso organizzate, non può più permettersi di trovare un ostacolo tanto significativo nell'"etichettatura" difforme delle condotte illecite, ma deve invece poter fare affidamento su modelli di circolazione probatoria multidisciplinari rapidi ed efficaci. Tale risultato, però, non può assolutamente prescindere dalla condivisione di un livello di garanzie comuni, da applicare sia nel processo penale sia nei procedimenti amministrativi in tutti gli Stati Membri[21].

Lo scopo dei sistemi di cooperazione non è, infatti, solo quello di acquisire in tempi rapidi elementi probatori in giurisdizioni diverse, ma, soprattutto, quello di rendere effettivamente utilizzabile quanto raccolto all'interno dei procedimenti nazionali. Un modello di cooperazione che permetta un facile scambio di informazioni, senza però preoccuparsi della sorte di tali elementi una volta varcati i confini dello Stato richiedente, rischierebbe di ridursi solo ad uno spreco di attività estremamente costose, sia dal punto di vista umano che economico, decisamente non sostenibile all'interno di uno spazio giuridico che si vorrebbe definire unico e comune.

La mera parificazione dei risultati investigativi, d'altro canto, in assenza di regole procedurali comuni, non è un'ipotesi auspicabile quando vi siano in palio valori come la libertà personale degli individui. Nella prassi, inoltre, un riconoscimento di questo tipo rischia di incentivare atteggiamenti controproducenti, volti ad escludere in via cautelativa l'utilizzabilità interna delle prove raccolte altrove, o di dare luogo, in senso opposto, ad approcci decisamente lassisti, per cui la prova raccolta all'estero è, di fatto, sempre ritenuta utilizzabile a fronte dei "costi" sostenuti per acquisirla[22].

Posto che l'idea di armonizzazione, così come quella di *approximation*, non mira ad annullare le differenze fra i sistemi giuridici con l'introduzione di una singola disciplina uniforme, ma "solo" a definire una piattaforma di principi fondamentali condivisi, la creazione di un corpo normativo procedurale comune a tutti gli Stati, seppur minimo, si afferma come una necessità imprescindibile, soprattutto in riferimento alla fase delle indagini[23]. Pur costituendo il principale soggetto del processo, infatti, la posizione dell'indagato è rimasta a lungo ai margini degli interventi di armonizzazione europea, sin dai timidi tentativi di inserire regole procedurali uniformi rinvenibili nelle prime direttive in materia penale[24].

Le quattro direttive a contenuto processuale contemplate nella *Roadmap* del 2009 e poi incorporate nel programma di Stoccolma, pur occupandosi dell'indagato quasi esclusivamente rispetto a diritti pregiudiziali per la comprensione stessa del meccanismo processuale (come il

[20] Cfr. paragrafo 3.2.

[21] Sulla necessità di estendere ed applicare standard condivisi soprattutto rispetto alle garanzie si veda G. Illuminati, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea* in Id. (a cura di), *Prova Penale e Unione Europea*, Atti del convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea" - Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, 18-19 aprile 2008, Bologna, 2009, p. 9 ss.

[22] Cfr. S. Ruggeri, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Comparative Law. Models of Gathering Overseas Evidence in Criminal Matters*, in Id. (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2013, p. 544 ss.

[23] Commissione europea, Commission staff working document: Impact Assessment - Accompanying the document Proposal for measures on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings, Brussels, 27 novembre 2013, p. 16 ss.

[24] Per lo più riferite alla procedibilità d'ufficio dei reati, alle misure di protezione per le vittime ed all'estensione dei mezzi di indagine usati per i reati gravi come per quelli di criminalità organizzata anche per quelli previsti dalle direttive, cfr. Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in particolare artt. 9,12, 14, 15, 16 e Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, in particolare artt. 11, 14, 15, 20.

diritto all'assistenza legale, alla traduzione e all'interpretazione), hanno avuto l'indubbio merito di inaugurare la creazione del diritto penale processuale europeo. Ad oggi, però, i confini tra processo penale e procedimento amministrativo non sono, né possono essere definiti con una chiara linea di demarcazione.

Questo vale, ovviamente per la fase davanti all'organo giudicante: quando la natura della sanzione comminata è penale nella sostanza, devono trovare sempre applicazione diritti essenziali come la presunzione di innocenza, il diritto di traduzione degli atti, il diritto di accesso agli atti, il diritto al contraddittorio e alla partecipazione al proprio processo, il diritto ad un giudice terzo ed imparziale, il diritto ad un rimedio effettivo, oltre che – in ogni caso ed a prescindere dal tipo di procedimento – alla tutela dei dati personali.

Ci sono però diritti come quelli al silenzio, all'assistenza legale e all'informazione, la cui importanza si rivela ben prima dell'inizio del processo e che dovrebbero trovare una protezione comune già durante le indagini, penali o amministrative che siano. Le garanzie di cui all'art. 6 CEDU, infatti, sebbene tradizionalmente riferite alla fase processuale, si applicano ugualmente anche durante quella precedente, specialmente per quanto riguarda il secondo e terzo paragrafo[25]. Ciò è necessario sia per tutelare i diritti della difesa, evitando di introdurre elementi di invalidità nel procedimento che poi farebbero venire meno il carattere di giusto processo se eccepiti successivamente, sia perché è possibile, a determinate condizioni, utilizzare in giudizio elementi raccolti unilateralmente durante le indagini, sia perché elementi probatori raccolti nel rispetto di tali diritti posso essere più facilmente spesi, tramite sistemi di cooperazione, nei diversi contesti nazionali e giuridici.

3. I diritti fondamentali della persona sottoposta ad indagine o accertamento amministrativo.

Nel quadro sopra delineato, la breve analisi seguente si soffermerà sui livelli di tutela previsti, a livello europeo, per i diritti fondamentali dell'indagato, sia nella materia penale, soprattutto con riferimento alla nuova direttiva sulla presunzione di innocenza, sia in ambito amministrativo punitivo, per cui si sono scelti, come esempi maggiormente rappresentativi in termini di completezza della base legale e impatto nello scenario europeo, i procedimenti di indagine amministrativa portati avanti dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e dalla Commissione europea – Direzione generale della Concorrenza (DG Concorrenza). Nel fare ciò, ci si soffermerà soprattutto sui testi normativi in materia, senza occuparsi invece in modo esaustivo delle pronunce delle Corti europee, il cui compiuto esame su questi temi, per quanto rilevante, eccederebbe rispetto ai limiti, necessariamente contenuti, di questa indagine.

3.1. *I diritti dei soggetti sottoposti ad indagine nei procedimenti amministrativi OLAF e DG Concorrenza.*

A partire dal 2013[26], il regolamento su cui l'Ufficio antifrode fonda la propria attività investigativa prevede regole procedurali comuni sia per le indagini interne che per quelle ester-

[25] In tal senso si veda ad esempio, *Salduz c. Turchia* [GC], ricorso n. 36391/02, del 27 novembre 2008, ECHR 2008, § 54 e, recentemente, *Schatschaschwili c. Germania* [GC], ricorso n. 9154/10, del 15 dicembre 2015, §§104-156: "The Court must stress, in that context, the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial. Even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge", it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions […] The Court would stress that, while Article 6 § 3 (d) of the Convention concerns the cross-examination of prosecution witnesses at the trial itself, the way in which the prosecution witnesses' questioning at the investigation stage was conducted attains considerable importance for, and is likely to prejudice, the fairness of the trial itself where key witnesses cannot be heard by the trial court and the evidence as obtained at the investigation stage is therefore introduced directly into the trial (compare paragraph 104 above)".

[26] Fino all'approvazione del Regolamento (UE, EURATOM) n. 883/13 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 settembre 2013 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio. Si veda anche Regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità.

ne[27]. La riforma, modificando la disciplina delle misure applicabili, che prima si rifacevano a *standards* più tipicamente amministrativi, ha innalzato il livello di tutela di cui può godere il soggetto sottoposto ad accertamento, indirizzandolo verso un modello chiaramente ispirato ai principi del processo penale. Questo fenomeno è particolarmente evidente nel nuovo art. 9 del regolamento, che disciplina i colloqui investigativi (*interviews*) e le verifiche a sorpresa sul posto (*on the spot checks*), i principali mezzi di indagine utilizzati[28].

Se l'indagato presta il proprio consenso al colloquio, ha diritto ad essere informato dei propri diritti, ed in particolare di quello all'assistenza da parte di una persona di fiducia a sua scelta, che, tuttavia, non deve obbligatoriamente essere un avvocato[29]. Quando si procede per lo stesso atto, inoltre, il dichiarante ha diritto anche ad un termine congruo di preavviso, che può essere limitato solo in caso di urgenza o consenso dello stesso, ma che non può mai essere inferiore alle 24 ore, se il soggetto è sentito come indagato[30].

Se questi, invece, riveste solo la qualifica di "testimone", il termine di preavviso, in caso di urgenza, può anche venire meno del tutto e non è nemmeno previsto il diritto all'assistenza. In queste circostanze, con la riforma del 2013, si è inserita una clausola per ridurre il rischio di autoincriminazione a tutela del diritto al silenzio del soggetto intervistato: se, in sede di colloquio, emergono elementi tali da modificarne lo *status* in quello di indagato, l'atto viene sospeso immediatamente, il soggetto viene avvisato dei propri diritti, incluso quello all'assistenza, e le dichiarazioni precedentemente rese non possono essere utilizzate[31]. A differenza di quanto previsto dall'articolo 63 c.p.p., però, l'invalidità risulta sanabile se al dichiarante è data la possibilità di presentare osservazioni: in tal caso, le dichiarazioni sono utilizzabili a fini di contestazione[32].

Per comprendere la natura di tali disposizioni, è qui utile ricordare come tutti gli atti di indagine OLAF sono posti in essere esclusivamente con il consenso degli interessati, essendo l'Ufficio antifrode di per sé privo dei poteri coercitivi tipici dell'autorità giudiziaria[33]. I poteri di accertamento sono più incisivi solo nelle indagini interne alle istituzioni europee, dove gli agenti OLAF possono avere accesso a tutti gli uffici di istituzioni, organi ed organismi, ed a tutte le informazioni in essi contenute, limitatamente ai locali ed ai beni di proprietà o in uso all'Unione, anche senza il consenso del soggetto interessato, purché vi sia stata notificazione preventiva al corpo di appartenenza[34]. Negli altri casi, l'Ufficio antifrode può utilizzare poteri coercitivi solo se, e nella misura in cui, ciò sia previsto per le autorità amministrative nazionali o, in alternativa, soltanto attraverso la richiesta di intervento dell'autorità giudiziaria. Senza tale supporto, l'unica azione che può essere compiuta da OLAF, anche senza il consenso delle parti, è la raccolta di dichiarazioni rese nell'ambito di controlli e verifiche sul posto. Questa deroga, apparentemente marginale, non viene ulteriormente disciplinata dal regolamento, tanto da far sorgere legittimi dubbi in merito alla sua reale portata[35].

Se già prima della riforma la sottoposizione all'atto avveniva su base volontaria, dal 2013 lo svolgimento delle indagini OLAF deve esplicitamente rispettare il principio della presunzione di innocenza, per cui l'indagato non è tenuto ad alcuna forma di cooperazione con l'Ufficio. Rimane però il caso in cui il contratto di finanziamento dei fondi UE preveda in una clausola il dovere di collaborare in caso di indagini OLAF. In queste circostanze, il rifiuto può integrare gli estremi dell'inadempimento contrattuale e dare luogo alla richiesta di restituzione dei fondi ricevuti o all'esclusione dalla partecipazione a bandi futuri: un argomento certamente di grande rilievo nelle valutazioni degli operatori economici interessati[36].

[27] Cfr. Reg. 883/13, artt. 3-4.
[28] Cfr. in particolare gli artt. 5-9 Reg. 883/13. Per i controlli e le verifiche a sorpresa si applicano anche i limiti e le condizioni previsti dal Regolamento (Euratom, CE) 2185/96 del Consiglio dell'11 novembre 1996 relativo ai controlli e alle verifiche sul posto effettuati dalla Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee contro le frodi e altre irregolarità.
[29] Cfr. art. 9, Reg. 883/13.
[30] V. nota 29.
[31] Cfr. art. 9(2), Reg. 883/13.
[32] V. nota 31. Sul valore meramente argomentativo dei commenti, si veda anche Corte di giustizia, casi F-124/05 e F-96/06, e caso G 191.
[33] Cfr. art. 11, Reg. 883/13.
[34] Cfr. art. 4(2), Reg. 883/13.
[35] Cfr. art. 9(2), Reg. 883/13.
[36] Cfr. artt. 4-5, Reg. 2988/95. Sul punto si veda anche Corte di giustizia, Caso T-217/*01 Forum des migrants de l'Union européenne c. Commissione*, del 9 aprile 2003, § 44 e 58, secondo cui: «i richiedenti e i beneficiari di contributi finanziari comunitari assumono un obbligo di informazione e di correttezza che impone loro di assicurarsi dell'attendibilità delle informazioni da essi fornite alla Commissione […] Ne risulta altresì che la Commissione poteva porre fine all'accordo di sovvenzione nel caso in cui il beneficiario avesse fornito informazioni incomplete sui costi di gestione per ottenere il pagamento della sovvenzione».

Alla luce degli aspetti indicati e sinteticamente descritti, emerge con chiarezza il tentativo, forse solo parzialmente riuscito, da parte dell'Ufficio antifrode, di rendere comparabili le garanzie del soggetto sottoposto ad indagine OLAF con quelle tipiche del procedimento penale; tale prospettiva risulta interessante quando la si ponga a confronto con le indagini amministrative portate avanti dal Direttorato generale della Concorrenza, un organo pur sempre interno alla Commissione, ma con una disciplina dei diritti decisamente più improntata ad un modello amministrativo "tradizionale".

Ciò appare tanto più significativo quando si consideri che, mentre l'Ufficio antifrode non è dotato di poteri nella fase esecutiva, fatto salvo per ciò che concerne le istituzioni europee, dovendo altrimenti sempre rimettersi alla scelta discrezionale degli Stati Membri di dare esecuzione alle conclusioni delle indagini svolte. DG Concorrenza ha invece non solo poteri di indagine estremamente ampi, che si esprimono nella forma di richieste di informazioni, colloqui ed accertamenti, sia presso i locali degli operatori interessati dai controlli antitrust che in altri locali, compreso, a determinate condizioni, il domicilio privato[37], ma anche una solida base legale per l'applicazione di sanzioni pecuniarie di notevole entità[38].

Lasciando ad un ulteriore approfondimento eventuali analisi sulle problematiche legate all'accentramento, in capo alla stessa istituzione, di poteri investigativi e decisori, e venendo invece all'esame dei diritti fondamentali durante le indagini, i regolamenti in materia prevedono, in caso di audizione, il diritto per il dichiarante di essere assistito da parte di consulenti legali o da "altre persone qualificate ammesse dal consigliere-auditore" per tutti soggetti che vengono sentiti dalla Commissione[39].

In tale sede, così come nel caso di accertamento locale, i soggetti interessati hanno anche il diritto ad essere informati sugli addebiti che verranno loro contestati, e la Commissione può emettere decisioni solo in relazione a quelli sui quali gli stessi hanno avuto la possibilità di esprimersi[40].

A fronte di tali previsioni, la disciplina a tutela dei soggetti indagati appare particolarmente lacunosa in riferimento al diritto al silenzio. Da un lato, infatti, i regolamenti vietano ogni forma di coercizione nei confronti delle persone giuridiche interessate da accertamento, finalizzata a costringere le stesse a dichiarazioni autoincriminanti (senza fare alcun accenno alle persone fisiche che dovessero essere sentite nel corso delle audizioni).

Questo principio viene però immediatamente ridimensionato dalla previsione secondo la quale tali soggetti sono comunque tenuti a fornire documenti e a "rispondere a quesiti concreti […] anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di un'infrazione"[41]. Similmente, quando la Commissione richiede, tramite decisione, "spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti" a "qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese", queste ultime sono comunque obbligate a sottoporsi agli accertamenti[42]. La previsione è solo marginalmente temperata dalla circostanza per cui, in caso di cooperazione con altre autorità garanti della concorrenza negli Stati Membri, le informazioni ottenute dalla Commissione possono essere utilizzate esclusivamente con riferimento alle violazioni previste agli artt. 101-102 TFUE, per sanzionare sia gli operatori economici, sia le persone fisiche ove previsto dalle normative nazionali, sebbene non con pene di tipo detentivo[43].

Dall'altro canto, nel potere sanzionatorio di DG Concorrenza rientra non solo la possibilità di censurare le condotte poste in essere in violazione delle norme sui Trattati in materia di concorrenza (artt. 81-82, oggi 101-102 TFUE), ma anche la mancata o inesatta collaborazione dell'operatore economico durante la fase delle indagini; sebbene le decisioni adottate a tal fine vengano apoditticamente dichiarate dal regolamento di natura "non penale"[44]. In tal senso, è significativo sottolineare come nemmeno l'ambito di applicazione delle garanzie sopra

[37] Cfr. considerando (16-26) e artt. 17-22, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato e artt. 3-4, Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE.
[38] Cfr. artt. 23-24, Reg. 1/2003.
[39] Reg. 773/2004, art. 14(5).
[40] Cfr. art. 3 Reg. 773/2004 e artt. 18(3), 21(2), 20(3-4), Reg. 1/2003.
[41] Reg. 1/2003, considerando (23).
[42] Cfr. art. 20(2), lett. e) e (4), Reg. 1/2003.
[43] Cfr. art. 12, Reg. 1/2003.
[44] Cfr. art. 23(5), Reg. 1/2003, proprio per cercare di delimitare l'applicazione dell'art. 6 CEDU, che in casi simili è stata riconosciuta, cfr. Corte EDU, Funke c. Francia, ricorso n. 10828/84, del 25 febbraio 1993, §§ 41-44.

menzionate pare chiaramente definito dalla base normativa: infatti, mentre la Commissione, durante il procedimento di accertamento amministrativo, è vincolata al rispetto degli *standards* descritti, il regolamento prevede la possibilità di esercitare i poteri di indagine anche prima che questo sia ufficialmente avviato, senza preoccuparsi però di specificare, in tale eventualità, una corrispondente estensione dei diritti dell'indagato[45].

3.2. *I diritti dell'indagato nelle direttive processuali: l'impatto della nuova direttiva sulla presunzione di innocenza.*

Per quanto ancora limitato ad alcuni settori specifici ed in assenza, allo stato attuale, sia di un organo inquirente che di uno giudicante con giurisdizione su tutto lo spazio giuridico europeo, sul piano penale, gli Stati Membri stanno per sperimentare un nuovo livello di armonizzazione.

Il richiamo va qui, ovviamente, alle direttive approvate in materia processuale penale sulla scorta del programma di Stoccolma, che si sono occupate di alcuni precisi temi selezionati e di cui sono scaduti quasi tutti i termini per la trasposizione in sede nazionale[46]. Riconoscendo lo sforzo positivo compiuto a livello comunitario, che sta effettivamente portando, per quanto attiene alla posizione dell'indagato e dell'imputato, all'approvazione di normative tendenzialmente armonizzate in materia di diritto alla traduzione ed interpretazione[47], all'assistenza legale[48] ed all'informazione[49], ai fini della presente analisi è interessante sottolineare come, in tutti gli interventi compiuti, l'estensione delle tutele sia stata circoscritta all'ambito del processo penale inteso solo nel senso più tradizionale del termine.

Tale limitazione si ritrova, in maniera ancora più esplicita, ed inspiegabile visto la crescente centralità dell'interazione processo penale-processo amministrativo proprio negli ultimissimi anni, nella proposta di direttiva su "alcuni aspetti" della presunzione di innocenza, non ancora ufficialmente approvata, ma sul cui testo è stato ormai raggiunto un accordo politico pressoché definitivo[50].

La direttiva tratta, in particolare, del diritto a non riferirsi al soggetto indagato come colpevole mentre il giudizio è in corso, alla disciplina dell'onere della prova, al diritto al silenzio e contro l'autoincriminazione, oltre ad altri diritti fondamentali, come quello ad essere presenti al proprio processo. In relazione in particolare al diritto al silenzio, di cui qui ci occupiamo per la sua rilevanza in fase di indagini, nella proposta si affermano alcuni punti importanti di tutela, lasciando però importanti lacune proprio sotto il profilo qui in esame.

Per quanto riguarda le persone fisiche, il testo in corso di approvazione di fatto rispecchia,

[45] Cfr. art. 2(3), Reg. 773/2004.

[46] Mentre lo stesso programma di Stoccolma lasciava in termini molto generici la necessità di occuparsi di diritti procedurali ulteriori, In tal senso si confronti § 4, Commissione europea, Delivering an area of freedom, security and justice, cit., con quanto effettivamente previsto dal programma di Stoccolma sotto la rubrica "Rights of the individual in criminal proceedings", in cui si ha solo un generico riferimento a "Green paper on whether elements of minimum procedural rights for accused and suspect persons, other than those covered by the previous legislative proposals, need to be addressed".

[47] Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; sulla sua trasposizione nel sistema italiano, si veda, ad esempio, M. Gialuz, ***La riforma dell'assistenza linguistica: novità e difetti del nuovo assetto codicistico*** (Commento a art. 1 d.lg. 4 marzo 2014, n. 32), in *Leg. pen.*, 2014, p. 186 – 205; Id., ***Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani***, relazione al Convegno "Processo penale e diritti fondamentali nel contesto plurilinguistico dell'Unione Europea", Trento, 27-28 gennaio 2012, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1193 – 1206.

[48] Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari (i cui termini per la trasposizione scadono nel novembre 2016); sull'impatto della direttiva, anche in sede di trasposizione nei sistemi interni, si veda T. Rafaraci, Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE, in Proc. pen. e giust., 2014, p. 5; E. Symeonidou-Kastanidou, The Right to a Lawyer in Criminal Proceedings. The Transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation, in EuCLR, 2015, p. 68; G. Centamore, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2016.

[49] Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; cfr. T. Rafaraci, Diritti fondamentali, cit.; S. Ciampi, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 24 Settembre 2014.

[50] Il riferimento è qui a Consiglio dell'Unione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali– Risultati della prima lettura del Parlamento europeo, Bruxelles, 22 gennaio 2016. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, la direttiva è stata definitivamente approvata, senza modifiche rilevanti dalla versione qui esaminata, si veda il testo riportato all'indirizzo URL *eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=RO*.

quanto già affermato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[51]. Nei considerando iniziali si chiarisce, innanzitutto, come il diritto al silenzio e a non incriminarsi richieda che "le autorità competenti non dovrebbero costringere indagati o imputati a fornire informazioni qualora queste non desiderino farlo"[52], in linea anche con quanto già formulato nel *Corpus juris* sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione[53].

Similmente a quanto riconosciuto anche dalla Corte EDU, inoltre, si specifica come l'esercizio del silenzio "non impedisce alle autorità competenti di raccogliere prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell'indagato o imputato"[54], includendo in questa categoria (quale esemplificazione, di nuovo in sede di considerando) anche "l'analisi dell'aria alveolare espirata, del sangue o delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA"[55], senza però fare alcun accenno alla possibile incompatibilità di una sanzione legata alla mancanza di collaborazione in questi ambiti con i diritti garantiti dalla CEDU[56].

In modo apprezzabile, nella direttiva si afferma anche che il silenzio non può essere utilizzato quale prova a carico contro chi eserciti tale facoltà, mentre il giudice può comunque tenere conto del comportamento collaborativo in senso favorevole[57]. A tutela di questa previsione, tuttavia, non sono previste regole di esclusione rigide. Nella proposta, infatti, si prescrive che debba sempre essere disponibile un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti ivi previsti, limitandosi però a richiedere che, in tale sede, "nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento"[58]. Questa formulazione registra un passo indietro anche rispetto alla proposta originaria della Commissione, dove si prevedeva una seppur blanda sanzione di inammissibilità[59]. Ad oggi, invece, il testo non prescrive più alcuna sanzione processuale, rimettendosi ad una valutazione dell'eventuale pregiudizio complessivamente recato al giusto processo. In tal senso, la norma appare in linea con il metodo applicato dalla Corte EDU, cui sono estranee automatiche esclusioni probatorie. Nonostante ciò, il legislatore europeo qui pare avere perso la preziosa occasione di affermare un livello di tutela puntuale ed irrinunciabile, e soprattutto uniforme, per un diritto non solo fondamentale dell'indagato, ma così essenziale da essere addirittura pregiudiziale alla possibilità di invocare ulteriori garanzie nel corso del processo.

Il punto di maggiore debolezza della direttiva, tuttavia, riguarda proprio l'esplicita esclusione del fenomeno causato dalla complessa interazione fra procedimento amministrativo e processo penale e dalla varietà dei soggetti ivi coinvolti.

In primo luogo, infatti, viene circoscritta la portata del nuovo testo normativo alle sole persone fisiche, ritenendo "prematuro" prevedere, a livello dell'Unione, l'applicabilità della presunzione di innocenza alle persone giuridiche[60].

Ciò facendo, però, nella proposta sembra non tenersi conto che proprio la legislazione europea ha agito da stimolo per l'estensione alle persone giuridiche della responsabilità per fatti di reato[61], pur lasciando libertà agli Stati Membri di optare per un regime di accertamento

[51] Proposta di direttiva, considerando (13) – invariato nella versione approvata.
[52] Proposta di direttiva, considerando (27) – invariato nella versione approvata.
[53] Cfr. art. 31, § 2, M. Delmas-Marty, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts finaciers de l'Union européenne*, Parigi, Economica, 1997, nella seconda versione, detta 'Versione di Firenze', pubblicata con il titolo *The implementation of the Corpus Juris in the member states : penal provisions for the protection of European finances*, a cura di M. Delmas-Marty e J.A.E. Vervaele, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000.
[54] Proposta di direttiva, art. 7(3) - invariato nella versione approvata.
[55] Idem, considerando (29) - invariato nella versione approvata.
[56] Come invece talvolta riconosciuto, sebbene non con giurisprudenza costante, dalla Corte, cfr. Heaney e McGuinness c. Irlanda, ricorso n. 34720/97, del 21 dicembre 2000, § 40 e ss.
[57] Proposta di direttiva, artt. 7(4)-(5)-(6) - invariati nella versione approvata.
[58] Proposta di direttiva, art. 10(2) - invariato nella versione approvata.
[59] Cfr. art. 7 (4), Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, Bruxelles, 27.11.2013 COM(2013) 821 final, secondo cui: «Non sono ammissibili le prove ottenute in violazione del presente articolo, salvo qualora il loro uso non pregiudichi l'equità del procedimento nel suo complesso».
[60] Proposta di direttiva, considerando (13)-(14) - invariati nella versione approvata.
[61] Commissione europea, Towards an EU Criminal Policy, cit., p. 9.

penale o amministrativo[62]. La lacuna appare tanto più criticabile quando si consideri come la maggior parte degli Stati ha optato proprio per l'introduzione di una responsabilità di tipo penale[63]. Da un lato, infatti, si estende l'area della punibilità, minimizzando le differenze fra le tipologie di autori di condotte illecite, alla luce delle moderne possibilità di commettere reati; dall'altro, tuttavia, proprio quelle stesse difformità sono utilizzate per giustificare il mancato riconoscimento, agli stessi soggetti, di uno dei diritti essenziali del processo penale.

In secondo luogo, ed in modo ancora più inspiegabile, la direttiva limita esplicitamente la sua applicazione ai soli procedimenti penali. La portata di questa disposizione viene esplicitata nei considerando, con una formula che dà luogo a qualche ambiguità. Nel considerando (11), infatti, si afferma che l'ambito di applicazione della stessa dovrebbe essere riferita "solo ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Se però si volesse, effettivamente, fare salva l'interpretazione della Corte di Strasburgo, rimettendo la definizione della materia penale ad un approccio sostanziale, parrebbe difficile giustificare l'esplicita esclusione dallo scopo della direttiva, così come indicato nei considerando introduttivi, dei principali ambiti di esplicazione del diritto amministrativo punitivo, "quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative"[64]. In tal senso, infatti, la norma mostra di essere decisamente contraria alla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che non ha mai previsto automatiche esclusioni dalla definizione di materia penale in senso sostanziale, ed ha anche affermato, in alcune pronunce, l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU a procedimenti, classificati come amministrativi, in materia di servizi finanziari e fiscalità[65].

Per tali ragioni, sarebbe quindi auspicabile che la trasposizione in sede nazionale della direttiva, una volta approvata, tralasciasse di dare valore interno alle suddette limitazioni; l'aver inserito una tale clausola nel testo, tuttavia, riduce di fatto la forza armonizzatrice della direttiva su questo punto, e apre le porte al mantenimento di un panorama piuttosto differenziato fra gli Stati Membri una volta che questa entrerà in vigore.

4. Alcune conclusioni.

Il quadro delineato rivela una situazione di grande disparità fra la posizione degli indagati nel processo penale e nei procedimenti amministrativi "punitivi".

Se ciò certamente non stupisce, perché rispecchia uno *status quo* venutosi ormai a consolidare, allo stesso tempo questa situazione risulta sempre meno accettabile nell'attuale contesto europeo, dove la continua intersezione fra i due campi si ripropone quotidianamente a livello normativo, nella prassi e nel dialogo fra le corti.

Come riconosciuto dalla giurisprudenza di Strasburgo, a prescindere dalle etichette prestabilite a livello nazionale, riconoscere la natura sostanzialmente penale di una sanzione, e quindi del procedimento che la produce, rende applicabili le medesime garanzie fondamentali, anche in sede di indagini, sia davanti alle autorità giudiziarie che dinnanzi a quelle amministrative.

Questo fenomeno dovrebbe riguardare non solo i procedimenti sviluppati all'interno degli ordinamenti domestici, ma anche quelli che coinvolgono le istituzioni europee. Sebbene

[62] Così ad esempio artt. 5-6, Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime; art. 12, Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; considerando 18 e art. 8, Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (Direttiva abusi di mercato); art. 30, lett. *j),* Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato); art. 6, Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione.

[63] Germania e Grecia hanno optato per un regime amministrativo; Italia, Austria, Bulgaria, Svezia, Slovacchia, Polonia per un sistema ibrido, tutti gli altri Stati Membri invece per un regime pienamente penale, cfr. V. Mongillo, The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and EU Member State Laws, in A. Fiorella (ed.), Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Volume II, Towards a Common Model in the European Union, Napoli, 2012, p. 75-95; Clifford Chance (ed.), Corporate Liability in Europe, London, 2012.

[64] Proposta di direttiva, considerando (9)-(11) e art. 2 - invariati nella versione approvata.

[65] Cfr. *Grande Stevens c. Italia*, cit.

l'Unione non abbia (ancora) aderito alla CEDU[66], infatti, risulterebbe piuttosto incoerente richiedere agli Stati Membri l'implementazione di *standard* di tutela più elevati rispetto a quelli applicati dal livello centrale. In ogni caso, anche a prescindere da tali considerazioni, l'incorporazione della Carta di Nizza nei Trattati e la clausola di equivalenza dell'art. 6 TUE hanno assoggettato anche i procedimenti delle istituzioni europee alla giurisprudenza della Corte EDU, in riferimento ai diritti della difesa previsti sia dalla Carta che dalla Convenzione e negli ambiti di esplicazione delle competenze dell'Unione[67]. In questo senso, quella giurisprudenza che prevede l'uso di criteri più restrittivi per determinare la sussistenza del divieto di *bis in idem* a seconda della derivazione dei procedimenti dalle aree dell'*ex* primo o terzo Pilastro non dovrebbe più ritenersi sostenibile.

Rendere effettiva la protezione fornita dalla Carta e dalla Convenzione, direttamente per gli Stati Membri e, per la seconda, in via mediata a livello istituzionale, significa certamente richiedere un innalzamento delle garanzie processuali essenziali nei procedimenti amministrativi, tradizionalmente estranee a forme di tutela di questo tipo, specialmente con riferimento ad alcune prerogative in sede di indagini.

Fra quelli qui esaminati, il diritto all'assistenza legale può dirsi quello dotato di maggiore applicazione anche nel corso degli accertamenti amministrativi. Generalmente, infatti, è sempre prevista la facoltà per l'indagato di essere assistito, anche se non obbligatoriamente da parte di un avvocato e quasi mai con esplicite sanzioni di invalidità, in caso di misura adottata in assenza di quest'ultimo.

Il diritto di essere informati su quanto contestato si pone su un piano già più incerto anche nel processo penale, in relazione al momento in cui tale informazione deve essere data ed al contenuto dell'informazione stessa. In termini generali, tuttavia, prima di coinvolgere direttamente il soggetto indagato, specialmente in caso di colloqui, è sempre prevista la *disclosure* degli addebiti contestati, supportata, a volte anche nei procedimenti amministrativi, dalla possibilità di richiedere un termine a difesa.

Il *vulnus* maggiore, in sede di indagini, si riscontra in riferimento al diritto al silenzio: non solo in ambito amministrativo-punitivo spesso i soggetti indagati sono tenuti ad obblighi di cooperazione che di fatto svuotano il principio, ma anche all'interno dello stesso procedimento penale un'intera categoria, le persone giuridiche, è esclusa da ogni forma di tutela.

Su questo profilo deve auspicarsi un atteggiamento oculato da parte degli Stati Membri in sede di trasposizione, a partire dall'Italia, per colmare almeno in parte le lacune della direttiva. Il processo di armonizzazione sostanziale e processuale nel territorio dell'Unione, tuttavia, richiederebbe ben altro impulso: dinnanzi all'allargamento delle frontiere del diritto penale verso nuovi ambiti disciplinari, di cui quello amministrativo costituisce solo un esempio macroscopico, la battaglia per il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, prima ancora che dell'indagato, è appena cominciata.

[66] Sulla controversia questione dell'adesione dell'Unione alla CEDU, su cui si è espressa anche la Corte di giustizia con un significativo parere (cfr. il testo che si può rinvenire all'indirizzo URL *eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN*), si vedano, fra i molti, S. Allegrezza, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, in K. Ligeti (ed.), *Towards a European Public Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, Oxford-Portland, 2012, p.905-944; G. Tesauro, ***Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'unione europea alla cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico***, in *Foro it*., 2015, p. 77-87.

[67] Così come previsto dal combinato disposto degli artt. 48, 51 e 52 della Carta. Lo stesso Ufficio del Pubblico ministero europeo, d'altro canto, come organo comunitario di indagine, è vincolato, nel testo di regolamento ad oggi in discussione, al rispetto dei diritti contenuti nella Carta (cfr. art. 35), che si può rinvenire all'indirizzo URL *data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15100-2015-INIT/it/pdf*. Sull'applicazione del diritto contro l'autoincriminazione alla Commissione europea, si veda ad esempio Corte di giustizia, caso T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione delle Comunità europee*, del 2 febbraio 2001, §§ 66-67.

La *confirmation of charges* e i diritti della difesa nell'applicazione dello statuto di Roma

The Confirmation of Charges and the Rights of the Defence in the Application of the Rome Statute

Giulia Lanza
Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche europee ed internazionali presso l'Università degli Studi di Verona

Diritto penale internazionale, Diritti della difesa, Conferma delle accuse

International Criminal Law, Defence Rights, Confirmation of Charges

Abstract

Per molti anni, nell'ambito del diritto penale internazionale, i diritti della difesa sono stati messi in secondo piano rispetto all'esigenza di perseguire e punire i presunti responsabili di crimini internazionali. In tale scenario lo Statuto di Roma, con il quale è stata istituita la Corte Penale Internazionale, rappresenta la massima evoluzione normativa nella tutela dei diritti dell'indagato e dell'imputato. Con il presente contributo si cercherà di delineare se ed in che modo i diritti della difesa vengano garantiti non solo "sulla carta", ma anche nella concreta applicazione dello Statuto, con particolare riferimento alla fase della *confirmation of charges*.

For many years, in the context of international criminal law, the rights of the defence have taken a back seat to the need of prosecuting and punishing the alleged perpetrators of international crimes. In such a scenario the Rome Statute, through which the International Criminal Court was established, represents the highest normative evolution in guarantee of the fundamental rights of those being investigated and prosecuted before the Court. The purpose of the present article is to evaluate whether or not, and how, the rights of the defence are safeguarded, not only "on paper", but also in the concrete application of the Statute, with particular reference to the confirmation of charges stage of the proceedings.

Sommario 1. Introduzione. – 2. Sulla tutela dei diritti della difesa nel sistema della Corte penale internazionale. – 3. Le funzioni delle *Pre-Trial Chambers*. – 4. In particolare: la tutela dei diritti della difesa durante la *confirmation of charges*. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Quando ci si trova di fronte ai crimini di guerra, ai crimini contro l'umanità o al genocidio, il pensiero si rivolge immediatamente alla necessità di punire coloro che si ritengono essere responsabili di tali atrocità. Il peculiare contesto di violenza organizzata, estesa e sistematica, che eleva determinate fattispecie a crimini internazionali, costituisce una minaccia concreta per la pace, la sicurezza e il benessere del mondo[1], richiedendo una risposta rapida ed efficace da parte della Comunità internazionale.

È dall'indignazione per la brutalità con la quale sono stati sterminati milioni di ebrei, sono stati uccisi migliaia di musulmani bosniaci e massacrati migliaia di tutsi, che trae le proprie origini e si sviluppa il diritto penale internazionale. Assistiamo così alla nascita del Tribunale militare internazionale di Norimberga (Tmin), dei Tribunali *ad hoc* delle Nazioni Unite (Tpiy e Tpir) nonché della Corte penale internazionale (Cpi), istituzioni create con lo scopo di perseguire e punire gli autori dei crimini summenzionati.

Per molto tempo i diritti degli indagati e degli imputati sono stati sopraffatti dalla volontà di punire "a tutti i costi" i presunti responsabili di tali atrocità, talvolta rinunciando anche a quelle garanzie minime di cui dovrebbero poter godere anche i peggiori criminali. Sebbene, infatti, si debba dar conto di quanto statuito da un Tribunale durante i processi di Norimberga, ossia che i giudici e i procuratori coinvolti in procedimenti condotti in mancanza del rispetto delle garanzie fondamentali di "*fairness*", potrebbero essere ritenuti colpevoli di crimini contro l'umanità[2], il carattere rudimentale del diritto penale internazionale, non solo sotto il profilo sostanziale, ma anche sotto quello procedurale (basti pensare alla Carta di Norimberga[3]), ha contrassegnato le prime fasi della giustizia penale internazionale, attribuendo implicitamente un ruolo fondamentale ai giudici, pressoché unici garanti dei diritti della difesa.

È solo con l'istituzione della Cpi ed il complesso apparato normativo su cui essa si fonda, costituito dallo Statuto, dalle *Rules of procedure and evidence* e dalle *Regulations*, che si assiste alla predisposizione di un sistema articolato di norme volte a tutelare i diritti degli indagati, degli imputati e più in generale della difesa in tutte le fasi del procedimento.

Non si può sottovalutare che la credibilità della giustizia penale internazionale – a cui dovrebbero ispirarsi i singoli ordinamenti nazionali – dipende dal rispetto rigoroso dei diritti umani, tra i quali, senza alcun dubbio, rientra anche il diritto della persona ad essere sottoposta ad un giusto processo[4].

Nella presente trattazione si cercherà, innanzitutto, di verificare in che modo le disposizioni che disciplinano le prime fasi del procedimento dinanzi alla Cpi garantiscano i diritti della difesa; successivamente, ci si concentrerà sul ruolo svolto dalle *Pre-Trial Chambers* in particolare nella procedura della *confirmation of charges*, al fine di individuare se, ed in che modo, tali diritti abbiano concretamente trovato tutela nell'applicazione del trattato internazionale.

[1] Si è spesso fatto riferimento a tali beni come a beni giuridici della Comunità internazionale, tuttavia, con il par. 3 del Preambolo allo Statuto di Roma (ICCSt) si riconosce espressamente che i crimini sui quali la Corte penale internazionale esercita la propria giurisdizione (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e aggressione) costituiscono una minaccia per la "*peace, security and well-being of the world*".

[2] W.A. Schabas, I. McDermott, *Article 67. Rights of the accused*, in O. Triffterer, K. Ambos (a cura di.) *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3 ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1651. In particolare, si fa riferimento al caso *United States of America v. Alstötter et al.* ('Justice trial') del 1948.

[3] Un'articolata disciplina del procedimento penale dinanzi ad un Tribunale penale internazionale compare per la prima volta con il Tribunale penale internazionale per l'ex Yugoslavia e più precisamente con la predisposizione delle *Rules of procedure and evidence.*

[4] W.A. Schabas, I. McDermott, *Article 67. Rights of the accused*, *cit*., p. 1653.

2. Sulla tutela dei diritti della difesa nel sistema della Corte penale internazionale.

Le disposizioni che disciplinano – e sulle quali si fonda – l'attività giurisdizionale della Cpi rappresentano la massima evoluzione del diritto penale internazionale sotto il profilo sia sostanziale, che procedurale, oltre che il massimo sviluppo – almeno dal punto di vista normativo – della tutela dei diritti umani, tra i quali rientrano anche i diritti della difesa. Il par. 3 dell'art. 21 ICCSt ("*applicable law*"), relativo alle fonti del diritto applicabile dalla Cpi, infatti, richiede espressamente che l'applicazione e l'interpretazione della legge sia "*consistent with internationally recognized human rights*".

Tuttavia, a differenza di quanto accade nel nostro sistema nazionale, nel quale in caso di violazione è possibile ricorrere alle Corti superiori (come la Corte EDU), il rispetto dei diritti umani dinanzi alla Cpi sembra fondarsi sull'integrità con la quale i giudici applicano gli *standards* previsti dall'art. 21(3) ICCSt[5]. È opportuno però ricordare, che la tutela delle garanzie spettanti alla difesa nella fase delle indagini, appare particolarmente difficoltosa anche in ragione dell'intervento di molteplici soggetti, tra i quali gli intermediari e gli organi di polizia degli Stati chiamati a cooperare, a loro volta sottoposti al rispetto della propria legge nazionale[6].

Nell'ambito dei procedimenti per crimini internazionali, il rispetto del principio di uguaglianza tra accusa e difesa è particolarmente delicato: basti pensare alla natura di tali crimini e alle risorse – in termini di denaro e di personale – di cui dispone la Procura. Ciò nonostante, lo Statuto di Roma prevede una serie di meccanismi volti a sopperire alla fisiologica disuguaglianza esistente tra le parti: si rinvia in particolare a quanto stabilito dall'art. 54(1)(a) ICCSt, nella parte in cui impone al procuratore di ricercare elementi di prova sia a favore, che a sfavore dell'indagato, e all'art. 57(3)(b) ICCSt, in cui si prevede che la Camera preliminare possa chiedere – su istanza dell'arrestato o di colui che è stato colpito da mandato di comparizione – l'adozione di misure ex. art. 56 ICCSt[7] o la cooperazione di uno Stato, al fine di meglio consentire la preparazione della difesa.

Con lo Statuto di Roma si assiste anche alla codificazione di un sistema di norme specifiche, destinate a tutelare i diritti di coloro che sono sottoposti a procedimento penale: si considerino, tra gli altri, l'art. 55 ICCSt ("*Rights of the persons during an investigation*")[8] relativo alla fase delle indagini; l'art 67 ICCSt ("*Rights of the accused*")[9] attinente – come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione – alle fasi successive del procedimento; ovvero, l'art. 66 ICCSt, volto alla codificazione del principio di presunzione di non colpevolezza, in base al quale grava in capo al procuratore l'onere di provare la responsabilità penale dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio.

Per la materia che stiamo trattando, infine, fondamentale è il ruolo svolto dall'*Office of the public counsel for the defence* (OPCD)[10], pietra miliare anche nell'attuazione del sistema delle garanzie spettanti alla difesa, previste nelle disposizioni normative summenzionate[11].

[5] C. Safferling, *The Rights and Interests of the Defence in the Pre-Trial Phase*, in *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), p. 666.

[6] Per un'analisi della tutela dei diritti umani nella fase preliminare dinanzi alla Cpi, con particolare riferimento all'art. 21(3) ICCSt, si rinvia a G. Sluiter, *Human rights protection in the ICC pre-trial phase*, in C. Stahn, G. Sluiter (a cura di.) *The Emerging Practise of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publischers, Leiden, Boston, 2009, pp. 423 ss.

[7] L'art. 56 ICCSt "*Role of the Pre-Trial Chamber in relation to a unique investigative opportunity*" prevede un meccanismo che ricorda il nostro incidente probatorio. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a F. Guariglia, G. Hochmayr, *Article 56. Role of the Pre-Trial Chamber in relation to a unique investigative opportunity*, in O. Triffterer, K. Ambos (a cura di.) *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3 ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1411 ss.

[8] Nel disciplinare i diritti della persona in fase di indagini lo Statuto di Roma si concentra in particolar modo sui diritti dell'indagato in sede di interrogatorio (art. 55(1)(a-c) ICCSt) e di arresto (art. 55(1)(d) ICCSt), mentre, per quanto riguarda le misure da adottare durante l'attività investigativa, le disposizioni sono piuttosto scarne rispetto a quelle vigenti negli ordinamenti nazionale. Tale scelta sembra derivare dal ruolo fondamentale svolto in questa fase dalle legislazioni nazionali dei singoli Paesi in forza del sistema di cooperazione tra gli Stati e la Cpi.

[9] L'art. 67 ICCSt rappresenta la versione evoluta dell'art. 14(3) del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

[10] L'OPCD fa parte del *Registry* ed è disciplinato dalle *rules* 20-22 e dalle *regulations* 67-78, 97. Solo il Tribunale speciale del Libano è fornito di un *defence office* totalmente indipendente ed equiparabile a quello del *Prosecutor*. Si ricorda che grava sul Libano l'obbligo di cooperare con tutti gli organi del Tribunale, tra i quali pertanto rientra anche il *defence office*.

[11] Per un approfondimento dei ruoli e dei poteri dell'OPCD si rinvia a K.S. Gallant, *The Roles and Powers of Defense Counsel in the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *International Lawyer*, vol. 34, no. 1, 2000, pp. 21-44; più in generale, si veda J.T. Tuinstra, *Defence Counsel in International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009.

3. Le funzioni delle *Pre-Trial Chambers*.

La Sezione preliminare della Cpi, attualmente composta da due Camere (*Pre-Trial Chamber* I[12], *Pre-Trial Chamber* II[13]) rappresenta una novità: infatti, come dimostrano il Tribunale internazionale di Norimberga e i Tribunali *ad hoc* delle Nazioni Unite, è la prima volta che essa compare e viene prevista nella struttura di un Tribunale penale internazionale.

Nonostante l'istituzione delle *Pre-Trial Chambers* sia stata criticata, in particolare a causa del notevole dispendio di tempo e denaro che comporta la procedura relativa alla *confirmation of charges*[14], le funzioni peculiari che esse sono chiamate a svolgere nella fase iniziale del procedimento, non possono in alcun modo essere sottovalutate e vanno seppur brevemente richiamate. Prima di soffermarsi sull'analisi dei diritti della difesa nella fase in esame, è opportuno passare in rassegna le disposizioni contenute nello Statuto di Roma e nelle *Rules of procedure and evidence*, ai fini di poter delineare le funzioni che rendono unica l'attività svolta dalle Camere preliminari nella fase del procedimento, che inizia con l'emissione dell'autorizzazione (o del diniego) al procuratore all'apertura delle indagini ex art. 15 ICCSt[15] (nel caso in cui abbia agito *proprio motu*) e termina con la pronuncia – in seguito alla *confirmation of charges hearing* – della decisione mediante la quale i giudici stabiliscono se un caso sia sufficientemente fondato per essere rinviato a giudizio (la *confirmation of charges decision*).

Da una prima analisi, è possibile sostenere che le *Pre-Trial Chambers* controllano il potere discrezionale dell'accusa e svolgono una funzione di filtro, che caratterizza i diversi momenti in cui si articola l'intera fase preliminare del procedimento: non solo decidono se autorizzare o negare l'apertura di un'investigazione nel caso in cui il procuratore agisca *proprio motu*, ma hanno la possibilità di rivedere (ex. 53(3) ICCSt) la decisione relativa alla non apertura delle indagini nei casi in cui essa venga presa in seguito al *referral* di uno Stato parte o del Consiglio di Sicurezza[16]; dirimono (ex. artt. 18 e 19 ICCSt) le questioni sulla giurisdizione della Corte o sull'ammissibilità di un caso; ed infine, mediante la *confirmation of charges decision*, determinano (ex. art. 61 ICCSt) se un caso sia sufficientemente fondato per essere rinviato a giudizio.

La funzione di filtro svolta dalle Camere preliminari appare ancor più rilevante se si considera il carattere permanente della Corte e la necessità di selezionare, sin dalle prime battute del procedimento, i casi che dovranno essere sottoposti alla sua giurisdizione, in ossequio ai principi fondamentali sui quali essa si fonda, come la complementarietà e la gravità[17]. L'attività di controllo sull'operato del procuratore[18], invece, risulta fondamentale proprio alla luce dell'inevitabile disparità tra le parti, precedentemente evidenziata[19].

Un'ulteriore funzione svolta dai giudici durante l'intera fase preliminare è quella di impulso del procedimento[20]: stabiliscono i termini entro i quali devono essere posti in essere i diversi adempimenti, fissano le udienze e determinano le modalità con le quali deve svolgersi la *disclosure*[21] del materiale probatorio tra le parti.

Le *Pre-Trial Chambers*, inoltre, hanno il compito di decidere, ai sensi dell'art. 60 ICCSt,

[12] È composta dai giudici Joyce Aluoch, Cuno Tarfusser e Péter Kovács, ed esercita la sua competenza nelle situazioni relative alla *Côte d'Ivoire,* alla *Democratic Republic of the Congo,* alla *Libya,* al *Mali* ed al *Registered Vessels of the Union of the Comoros,* l'*Hellenic Republic* ed il *Kingdom of Cambodia*.

[13] È composta dai giudici Cuno Tarfusser, Marc Perrin de Brichambaut e Chang-ho Chung, ed esercita la sua competenza sulle situazioni relative alla *Central African Republic I*, alla *Central African Republic II*, al *Darfur*, al *Kenya* ed all'*Uganda*.

[14] Per quanto riguarda in particolare le critiche sollevate nei confronti della "*confirmation hearing*" si rinvia a W. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4 ed., Cambridge University Press, 2011, p. 288.

[15] Nell'esercizio di tale potere la Camera preliminare adita deve valutare se sussistono "*reasonable basis to proceed with an investigation*" e se il caso "*appears to fall within the jurisdiction of the Court*". In caso affermativo viene aperta una "*situation*". È importante evidenziare che l'apertura di un "*case*" (nell'ambito di una specifica situazione) avviene solo in seguito all'emissione da parte delle Camere preliminari di un mandato d'arresto o di un mandato di comparizione, per i quali è necessario che i giudici ravvisino la sussistenza dei "*reasonable grounds to believe*" che il/la destinatario/a del provvedimento appaia penalmente responsabile per uno dei crimini sui quali la Corte esercita la propria giurisdizione.

[16] Si rinvia agli artt. 13 e 53 ICCSt.

[17] Si richiama in particolare l'art. 17 ICCSt.

[18] La necessità di un controllo da parte dei giudici sull'operato del procuratore si è manifestata in modo rilevante nel caso Lubanga.

[19] Per un approfondimento sull'attività di controllo svolta dalle *Pre-Trial Chambers* si rinvia a V. Thalmann, *The Role of the Judge and the Parties in Pre-Trial Proceedings*, in R. Kolb e D. Scalia (a cura di.) *Droit international pénal: Précis*, 2 ed., Helbing Lichtenhahn, Bâle, pp. 474-475.

[20] M. Marchesiello, *Proceedings before the Pre-Trial Chambers*, in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (a cura di.*) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, p. 1235.

[21] Per un'analisi approfondita della *disclosure* dinanzi alla Cpi, si rinvia ad A. Heinze, *International Criminal Procedure and Disclosure. An Attempt to Better Understand and Regulate Disclosure and Communication at the ICC on the Basis of a Comparehensive and Comparative Theory of Criminal Procedure*, Dunker & Humblot, Berlin, 2013.

sulle eventuali richieste di libertà provvisoria ("*interim release*") presentate da coloro che siano stati colpiti da un mandato d'arresto e si trovino in attesa di processo[22], assumendo così anche la veste tipica dei *juges des libertés*.

Ciò che più rileva ai fini della presente trattazione, è la funzione di garanzia. Più precisamente, le Camere preliminari hanno l'obbligo di tutelare e proteggere i diritti delle persone sottoposte al procedimento dinanzi alla Corte nell'intera fase in cui esercitano la propria competenza. A titolo esemplificativo, si pensi al meccanismo di preservazione delle prove che altrimenti andrebbero perdute, previsto dall'art. 56 ICCSt, o all'art. 57(3)(c) ICCSt, in forza del quale spetta alle *Pre-Trial Chambers* il compito di proteggere la persona arrestata o sottoposta ad un mandato di comparizione, o, ancora, ritornando alla *disclosure*, al dovere che grava sulle Camere di assicurare che essa si svolga "*under satisfactory conditions*"[23].

Più in generale – come si avrà modo di vedere in seguito – spetta a questi giudici l'obbligo di garantire il rispetto dei diritti fondamentali genericamente previsti dall'art. 67 ICCSt e più precisamente specificati nelle disposizioni dirette a disciplinare le singole fasi del procedimento.

Sulla base di queste seppur brevi considerazioni, è possibile sostenere che l'istituzione della Sezione preliminare, quanto meno in astratto, ha un ruolo fondamentale: creare i presupposti di un giusto processo. Come è stato sostenuto in dottrina "*there cannot be a really fair trial, if this fairness has not been practiced and guaranted appropriately in the phases before the trial*"; pertanto, *"there will be no fair trial without a fair pre-trail*"[24].

4. In particolare: la tutela dei diritti della difesa durante la *confirmation of charges*.

Dopo aver esaminato le funzioni che in generale svolgono le Camere preliminari, è giunto il momento di soffermarsi in particolar modo sulla *confirmation of charges procedure*[25].

Per molto tempo la dottrina[26] e la giurisprudenza si sono interrogate sulla natura di tale procedura – come detto – comparsa per la prima volta nello scenario del diritto penale internazionale con lo Statuto di Roma. È stato a più riprese affermato che non si tratta di un "*mini-trial or a trial before the trial*"[27], ma del mezzo attraverso il quale è possibile controllare la fondatezza e la legittimità della richiesta di rinvio a giudizio formulata dal procuratore, così da impedire che casi non sufficientemente fondati giungano a giudizio, come è accaduto per Abu Garda, Callixte Mbarushimana, Mohammed Hussein Ali ed Henry Kiporono Kosgey, prosciolti per mancanza del raggiungimento degli standards previsti dall'art. 61(7) ICCSt. La *confirmation of charges*, fungendo da filtro nella selezione dei casi che meritano di essere rinviati a giudizio, consentirebbe quindi di proteggere i diritti della difesa contro "*wrongful and wholly unfounded charges*"[28] .

Il recente ricorso delle Camere preliminari alla contestazione alternativa nelle *confirma-*

[22] Nel determinare se concedere o meno l'*interim release* i giudici devono verificare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58(1) ICCSt.
[23] Rule 121 (2) delle *Rules of procedure and evidence*.
[24] M. Marchesiello, *Proceedings before the Pre-Trial Chambers*, cit., p. 1232.
[25] Per un'analisi della *Confirmation of charges* dinanzi alla Cpi si rinvia, *inter alia*, a W.A. Schabas, E. Chiatidou, M.M. El Zeidy, A*rticle 61. Confirmation of the charges before the trial*, in O. Triffterer, K. Ambos (a cura di.) *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3 ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1484 ss.; I. Stegmiller, *Confirmation of Charges*, in C. Stahn (a cura di.) *The Law and Practice of the International Crimininal Court*, Oxford University Press, 2015, pp. 891-908; V. Nerlich, *The Confirmation of Charges Procedure at the International Criminal Court. Advance or Failure?*, in *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), pp. 1339-1356; E. Zanetti, *L'esercizio dell'azione penale e la conferma dell'accusa*, in G. Lattanzi e V. Monetti (a cura di.) *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Giuffré Editore, Milano, 2006, pp. 1089-1122.
[26] C. Safferling, *International Criminal Procedure*, Oxford University Press, 2012, pp. 337-344; T. Mariniello, N. Pons, *The confirmation of Charges at the International Criminal Court: A Tale of two Models*, in T. Mariniello (a cura di.) *The International Criminal Court in search of its Purpose and Identity*, Routledge, 2015, p. 217 ss.
[27] *The Prosecutor v. Katanga*, Decision on the admissibility for the confirmation hearing of the transcripts of interview of deceased Witness 12, ICC-01/04-01/07-412, Pre-Trial Chamber I (Single Judge Steiner), 18 aprile 2008, p. 4; tale statuizione è stata richiamata anche in *The Prosecutor v. Katanga*, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber I, 30 settembre 2008, p. 64 ('*Katanga* Confirmation of charges').
[28] *The Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, 29 gennaio 2007 par. 37 ('Lubanga Confirmation of charges'); *Katanga* Confirmation of charges, par. 63.

tion of charges decisions sui casi Gbagbo[29] e Ntaganda[30], ribadisce ulteriormente la funzione di filtro che la procedura in esame è chiamata a svolgere. A differenza di quanto accaduto in precedenza, infatti, i giudici si sono limitati a verificare la sussistenza degli elementi probatori a sostegno dei diversi titoli di responsabilità così come contestati dalla procuratrice, lasciando alle *Trial Chambers* designate la corretta individuazione del titolo di responsabilità più adeguato alle condotte concretamente poste in essere dagli imputati da accertare durante il dibattimento[31].

Ad ulteriore riprova di quanto sostenuto, si rileva altresì come le *confirmation of charges decisions* non debbano essere eccessivamente articolate, poiché non grava sulle Camere preliminari il compito di risolvere questioni giuridiche particolarmente complesse – come lo sono quelle relative, per esempio, all'interpretazione di norme statutarie fondamentali (es. artt. 25, 28 e 30 ICCSt) – che comporterebbero un eccessivo allungamento dei tempi, con un notevole impatto sull'intera economia processuale[32].

Tuttavia, nella recente trattazione del caso *Gbagbo*, la funzione tradizionale della *confirmation hearing* sembra essere notevolmente mutata, in quanto la maggioranza dei giudici (*dissenting opinion* della giudice Silvia Fernández de Gurmendi), appellandosi all'art. 61(7)(c)(i) ICCSt, ha aggiornato l'udienza, consentendo alla Procura di condurre ulteriori indagini e produrre nuovi elementi probatori in relazione alle accuse presentate[33].

Tale decisione lascia però trapelare un'interpretazione estensiva dei poteri e del ruolo svolto dalla Camera preliminare, con un innalzamento degli standards probatori rispetto a quelli normalmente previsti in questa fase, in quanto richiede che la decisione si debba fondare su una "*largely completed investigation*". L'impatto che un tale orientamento può avere sui diritti della difesa appare evidente soprattutto per ciò che riguarda il diritto ad una ragionevole durata del processo e il diritto alla presunzione di non colpevolezza prevista dall'art. 66 ICCSt: si rischierebbe non solo di influenzare la decisione delle *Trial Chambers*, ma anche di ridurre la fase del giudizio a mera ripetizione di quella precedente[34].

È fondamentale evidenziare che l'estensione dei diritti previsti a favore dell'*accused* anche al *suspect*[35] – grazie alla rule 121(1)[36] – consente a quest'ultimo di godere di tutte le garanzie di cui all'art. 67 ICCSt, non solo nella fase del giudizio, ma dal primo momento in cui compare dinanzi alla Corte in seguito ad un mandato d'arresto o ad un mandato di comparizione[37]. Pertanto, colui che è sottoposto ad un procedimento penale dinanzi alla Cpi ha diritto che lo stesso si svolga – in ogni sua fase – pubblicamente, in modo equo, imparziale e nel rispetto delle "*minimum guarantees*" elencate nella disposizione normativa. Tra le garanzia in parola rientrano: il diritto ad essere informato prontamente, in modo dettagliato e in una lingua comprensibile delle accuse a proprio carico; il diritto a disporre del tempo adeguato per predisporre la strategia difensiva; il diritto a comunicare liberamente con il *Counsel*; il diritto ad essere difeso ed eventualmente ad essere assistito da un interprete; il diritto ad essere giudicato senza immotivato ritardo; il diritto a controesaminare i testimoni a carico e ad indicare ed esa-

[29] *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11, Pre-Trial Chamber I, 12 giugno 2014 ('*Gbagbo* Confirmation of charges').

[30] *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Pre-Trial Chamber II, 9 giugno 2014 ('*Ntaganda* Confirmation of charges'). Si rinvia in particolare al par. 100.

[31] Sia consentito rinviare a G.Lanza, *Qualche breve considerazione sulla confirmation of charges devision della Prima camera preliminare della Corte penale internazionale nel caso Gbagbo*, in *Dir. pen. cont.*, 1 ottobre 2014.

[32] C. Safferling, *International Criminal Procedure*, *cit.*, p. 343.

[33] *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute ICC-02/11-01/11, Pre-Trial Chamber I, 3 giugno 2013, par. 44 ('*Gbagbo* decision adjourning the hearing').

[34] T. Mariniello, *Questioning the Standard of Proof. The purpose of the ICC Confiramtion of Charges Procedure*, in *Journal of international criminal Justice* 12 (2015), p. 598.

[35] A livello terminologico è opportuno ricordare che, a differenza di quanto accade nel sistema italiano, prima della conclusione della fase preliminare con la *confirmation of charges decision*, colui che nel nostro ordinamento rivestirebbe già la qualifica di imputato, nel sistema penale internazionale continua ad essere indicato come "*suspect*" o "*person*". È solo con la conferma dei capi d'imputazione che il soggetto sottoposto al procedimento assume la qualifica di "*accused*", e quindi di imputato.

[36] Si rinvia anche a *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the Chamber's Decision of 17 January 2006 on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04, Pre-Trial Chamber I, 31 Marzo 2006, par. 35.

[37] Per comodità del lettore si riporta il testo del par. 1 della *rule* 121 ("*Proceedings before the confirmation hearing*"): "*A person subject to a warrant of arrest or a summons to appear under article 58 shall appear before the Pre-Trial Chamber, in the presence of the Prosecutor, promptly upon arriving at the Court. Subject to the provisions of articles 60 and 61, the person shall enjoy the rights set forth in article 67. At this first appearance, the Pre-Trial Chamber shall set the date on which it intends to hold a hearing to confirm the charges. It shall ensure that this date, and any postponements under sub-rule 7, are made public.*"

minare i testimoni a discarico; il diritto a presentare prove; il diritto a restare in silenzio senza che tale comportamento sia considerato indice di colpevolezza; nonché il diritto a rendere dichiarazioni spontanee e a non subire l'inversione dell'onere della prova, che deve gravare sempre e comunque sul procuratore.

Si tratta di garanzie tipiche, generalmente riconosciute anche dagli strumenti posti a tutela dei diritti umani[38], sulle quali si fondano i procedimenti penali di sistemi giuridici evoluti e garantisti[39]. Il ricorso al termine "*minimum*", inoltre, consente di sostenere che la norma non contiene un elenco tassativo di garanzie e può pertanto essere ampliato discrezionalmente dai giudici[40].

I principi così elencati in termini generali, trovano poi concreta attuazione anche in altre specifiche disposizioni chiamate a disciplinare le singole fasi del procedimento, come accade in relazione all'art. 61 ICCSt e alle *rules* volte a disciplinare la *confirmation of charges*. Si pensi, *inter alia*, al diritto del *suspect* di essere informato prima della *confirmation of charges hearing* delle imputazioni formulate contro di lui (contenute nel *Document containing the charges*) e del materiale probatorio che verrà utilizzato nei suoi confronti durante l'udienza (la *list of evidence*, sempre preceduta dalla *disclosure*[41] tra le parti)[42], oppure al diritto di sollevare eccezioni, contestare i capi d'accusa e gli elementi presentati a suo carico durante la *confirmation of charges hearing*[43].

5. Conclusioni.

Non essendo possibile soffermarsi ad analizzare le singole e complesse questioni procedurali che hanno coinvolto i diritti della difesa durante le diverse *confirmations of charges*, svoltesi fino ad oggi dinanzi alle *Pre-Trial Chambers* della Cpi, ci si limiterà a concludere questa breve trattazione con alcune osservazioni generali sulla concreta attuazione dei principi di *fairness* ed *expeditiousness*, che dovrebbero fungere da pilastro anche nelle fasi preliminari dei procedimenti dinanzi alla Corte. Non si può sottovalutare, infatti, che dal rispetto di tali principi non dipende solo la tutela dei diritti degli indagati e degli imputati, ma anche l'affidamento che i singoli Stati – e più in generale la Comunità internazionale – fanno sulla Cpi, nonché l'interesse delle vittime a vedere soddisfatte le proprie aspettative.

Abbiamo assistito a 12 *confirmation of charges proceedings* nell'ambito di cinque situazioni, 4 dei quali si sono conclusi con sentenza di proscioglimento e la cui durata media, ad eccezione del caso Gbagbo, è variata dagli 8 ai 14 mesi, intercorsi tra l'udienza di prima comparizione e la sentenza di cui all'art. 61(7) ICCSt.

Il notevole dispendio di tempo e risorse che comporta lo svolgimento della procedura in esame – seppur minore rispetto alla fase del giudizio – è determinato dalla complessità tipica ed inevitabile dei procedimenti aventi per oggetto crimini internazionali. Notevoli ritardi nella scansione dell'intera *confirmation of charges procedure*, inoltre, sembrano essere causati dalla problematicità che caratterizza alcuni istituti, per così dire, ancora in fase di "collaudo", quale ad esempio la *disclosure*.

In conclusione, è possibile sostenere che, nella misura in cui la *confirmation of charges* si limiti a svolgere la funzione di mero filtro – a differenza di quanto ritenuto, seppur implicitamente, nella decisione relativa all'aggiornamento dell'udienza nel caso Gbagbo – essa rappresenti senza alcun dubbio un avanzamento nella tutela dell'indagato contro "*wrongful and wholly unfounded charges*". Tuttavia, non può certo essere taciuto come, nonostante la com-

[38] Il diritto ad un giusto processo è contenuto in numerosi testi normativi sovranazionali posti a tutela dei diritti umani, si rinvia in particolare all'art. 10 della Convenzione dei diritti umani, all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 8(1) della Convenzione interamericana dei diritti umani e all'art. 7(1) della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.
[39] Basti pensare all'art. 111 della Costituzione italiana.
[40] W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, *cit.*, p. 221.
[41] In particolare si rinvia alle *rules* 78-79.
[42] L'art. 61(3) ICCSt deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 67(2) e 101 ICCSt, con le *rules* 76, 77, 121(2),(3),(5),(8) e (9) e la *regulation* 52. Nel DCC devono essere indicate le generalità del *suspect*, i fatti contestati, la loro qualificazione giuridica e il titolo al quale è chiamato a rispondere. Tale documento, inoltre, deve essere caratterizzato da un certo grado di specificità.
[43] Per un approfondimento sui diritti che spettano al *suspect* in questa fase si rinvia, in particolare, a W.A. Schabas, E. Chiatidou, M.M. El Zeidy, A*rticle 61. Confirmation of the charges before the trial*, in O. Triffterer, K. Ambos (a cura di.) *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3 ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1496-1529. Si ricorda che anche in questo caso le disposizioni dello Statuto vanno lette in combinato disposto con le *Rules of procedure and evidence*.

plessità e la difficoltà dell'attività investigativa, gravi sul procuratore l'onere di presentare casi particolarmente fondati, e ciò al fine di non attivare inutilmente il complesso meccanismo della giustizia internazionale, con un dispendio di energie e risorse ingiustificato e, ancor prima, di non privare della libertà individuale persone, nei cui confronti non è riuscito a reperire materiale probatorio adeguato a sostenere l'accusa, come accaduto nel caso Mbaruschimana.

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

www.penalecontemporaneo.it