SISTEMA PENALE

FASCICOLO

3/2020

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

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozzi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (*SP*) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.
La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale.
Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.
La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committe on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).
Il testo completo della licenza è consultabile su *https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/*.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "*Articoli*" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "*Altri contributi*" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.
Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

SISTEMA PENALE

3/2020

INDICE DEI CONTRIBUTI

M. MAZZAMUTO, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*..... 5

G. PONTEPRINO, *Falso in attestazioni e relazioni: i labili confini della responsabilità penale del professionista attestatore*..... 29

* * *

SEZIONE SPECIALE

LA "NUOVA" LEGALITÀ E IL RUOLO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*..... 45

A. BASSI, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione*..... 69

A. CAPUTO – G. FIDELBO, *Appunti per una discussione su ruolo della Corte di cassazione e "nuova" legalità*..... 91

F. PETRELLI, *L'interpretazione della legge è uguale per tutti?*..... 113

V. MAIELLO, *La* legalità della legge *e il* diritto dei giudici*: scossoni, assestamenti e sviluppi*..... 129

R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*..... 143

* * *

L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione ai tempi della* Brexit..... 185

V. BONINI, *Una significativa revisione degli importi di indennizzo statale per le vittime di reati violenti restituisce dignità a un impianto altrimenti mortificanti*..... 199

R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affètta da sistematica irragionevolezza*..... 219

C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*..... 231

SCHEDE

B. FRAGASSO, *Sui rapporti tra turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (e sulla utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi): la sentenza della Corte d'appello di Milano sul caso Maroni*..... 247

3/2020

IL SALVATAGGIO DELLE IMPRESE TRA CONTROLLO GIUDIZIARIO VOLONTARIO, INTERDITTIVE PREFETTIZIE E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

di Marco Mazzamuto

SOMMARIO: 1. Il difficile ingresso del principio del salvataggio. – 2. La delimitazione dell'iniziativa dell'imprese. – 3. I presupposti: l'interdittiva, la sua impugnazione e l'infiltrazione criminale. – 4. Le misure di salvataggio e il sistema giuspubblicistico. – 5. Le interferenze sostanziali. – 6. Revisione non liberatoria e reiterazione delle istanze di controllo giudiziario. – 7. Conclusioni.

1. Il difficile ingresso del principio del salvataggio.

Il controllo giudiziario su richiesta delle imprese o controllo "volontario" (art. 34-*bis* c. 6 del codice antimafia) fa parte di una innovativa riforma che ha messo in atto un primo tentativo di inserimento nel quadro delle misure di prevenzione antimafia di un principio di salvataggio delle imprese esposte all'infiltrazione mafiosa. Un'iniziativa coraggiosa quanto difficile, incontrando inevitabilmente una significativa resistenza perché portatrice di una *ratio* estranea all'impalcatura tradizionale del sistema di prevenzione, dove gli strumenti meno invasivi, in mancanza dei presupposti per il sequestro e per la confisca, sono sempre stati esclusivamente concepiti come un tentativo di aggancio di realtà sospette a fini investigativi. E questa resistenza è stata poi fortemente alimentata dal fatto che la riforma non ha toccato soltanto la prevenzione giurisdizionale, ma ha preteso di incidere anche sull'altro versante della prevenzione amministrativa, che per certi versi appare ancor più refrattario a siffatte novità, poiché quelle situazioni di minor compromissione, costituenti il terreno elettivo del salvataggio, esaudiscono normalmente i presupposti dell'interdizione prefettizia. Ma come – potrebbero dire i Prefetti – noi intuiamo che c'è qualcosa che non va e siamo in grado di colpire, grazie allo strumento della prevenzione amministrativa che, in termini di ampiezza dei presupposti, è il più avanzato dell'ordinamento, e voi ci dite che dobbiamo salvare quell'impresa e che anzi vanno pure sospesi gli effetti dell'interdittiva?

Si comprende così perché mai una siffatta riforma sia dovuta entrare quasi di soppiatto, non con un autonomo e chiaro articolato che ne segnalasse un inserimento a pieno titolo nella sistematica del codice antimafia, ma intrufolandosi con una qualche inevitabile farraginosità tecnica tra istituti già esistenti.

A ciò deve aggiungersi che le resistenze, per quanto nell'*an* della riforma superate dalla volontà politica, hanno comunque inciso e continuano ad incidere: hanno inciso, ottenendo talune emende della proposta originaria, che hanno reso ancor più

intricata l'intelligenza della nuova creatura; continuano ad incidere, con l'emergere di orientamenti giurisprudenziali che, in sede applicativa, sembrano svuotare il senso della riforma, perdendo per strada la filosofia del salvataggio.

Ben inteso, non si vogliono qui di per sé stigmatizzare tali resistenze, che sono pur sempre originate da serie preoccupazioni. Il punto è un altro: la riforma è stata fatta e va rispettata la volontà del legislatore. Si provi dunque ad attuarla nel rispetto della r*atio* che la informa e si faccia quello sforzo di "mentalità" per andarvi incontro. Il tempo è galantuomo e ci dirà, alla luce dei risultati concreti, se è stato un, pur nobile, velleitarismo dottrinario o se invece si è felicemente concepito un utile percorso.

Né si vogliono nascondere dubbi e difficoltà sui contenuti della riforma, ma le perplessità sono accompagnate e superate dal sicuro convincimento che si tratti di un tentativo eticamente doveroso per le istituzioni. Non si può pensare che il buon cittadino debba, solitario, trovarsi esclusivamente di fronte alla brutale alternativa tra repressione statale e intimidazione mafiosa. Fermo restando l'ineludibile necessità del momento repressivo, dovrà pur trovarsi un terreno nel quale questo cittadino possa altresì fare affidamento sul sostegno salvifico dello Stato.

Vediamo dunque, con spirito costruttivo, quali ci sembrano i punti di debolezza o di incompiutezza della riforma, o anche di eventuale suo travisamento, per come è stata approvata e infine sin qui attuata nella giurisprudenza.

Senza tuttavia dimenticare che, pur a macchia di leopardo, a seconda delle propensioni dei vari tribunali, è già registrabile una quantità significativa di misure disposte su iniziativa delle imprese. Ciò significa che, nonostante la presenza di svariate questioni interpretative, il nuovo istituto non è affatto rimasto sulla carta.[1]

2. La delimitazione dell'iniziativa dell'imprese.

Si potrebbe anzitutto sostenere che la richiesta della misura di salvataggio da parte dell'impresa non dovesse venire necessariamente condizionata dall'esistenza di un'interdittiva, potendo essere sufficiente, ai fini dell'ammissibilità, di verificare l'effettiva esistenza di tentativi di infiltrazione da cui l'impresa intende difendersi, staremmo per dire, l'effettiva sussistenza di un interesse ad agire, unitamente ad una prognosi positiva sulla possibilità della bonifica. Il rigetto dell'istanza avrebbe poi potuto fondarsi a seconda dei casi: sull'inconsistenza dell'infiltrazione, paventata dall'impresa, sulla sua consistenza accompagnata però da una prognosi negativa sulla bonifica o su una consistenza già di tale entità da ritenere che la situazione sia troppo compromessa, se non ad un passo dall'adozione delle altri più gravi misure del sequestro e della confisca.

---

[1] C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in Amarelli, Saverio Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 238, evidenzia che "nei primi due anni di vigenza della riforma, è proprio il "controllo giudiziario volontario" ad avere avuto i maggiori riscontri applicativi".

Non meno si potrebbe sostenere che il legislatore avrebbe dovuto configurare la possibilità di una richiesta dell'impresa aperta ad "entrambe" le misure (artt. 34 e 34-*bis*). Ciò avrebbe peraltro consentito un più ampio raggio di azione, mantenendo un'idonea proporzione tra entità dell'infiltrazione (agevolazione occasionale e non) ed entità della misura (art. 34-*bis* o art. 34). Né pare facile pervenire, in via interpretativa, ad un medesimo risultato *de iure condito*, nel senso che il tribunale possa d'ufficio disporre subito la misura dell'art. 34, senza cioè apposita istanza della pubblica accusa, sia perché il codice configura un'asimmetria tra il chiesto e il pronunciato soltanto in senso discendente, dalla (richiesta) misura più grave del sequestro a quella (d'ufficio) meno grave, e non dunque, ragionando *a contrario*, in senso ascendente, sia perché lo stesso art. 34-*bis* prospetta espressamente tale possibilità, ma in un secondo momento, quello della valutazione degli esiti del controllo giudiziario[2].

Forse si sarebbe trattato di pretese eccessive, per novità bisognose di una certa gradualità, di un tempo necessario di progressiva sedimentazione ordinamentale. Più prudentemente, pur di avviare l'innesto della filosofia che ispira la riforma, si è infatti ritagliato un ambito più angusto, circoscritto sia da talune condizioni che devono accompagnare e qualificare la posizione dell'impresa, sia dai presupposti sostanziali e dal tipo di misura, ma al costo, come dicevamo, di un più difficile inserimento nelle trame codicistiche.

In primo luogo, si è consapevoli di derogare ad un sistema "prevenzionale caratterizzato da una esclusiva detenzione del potere d'iniziativa in capo a soggetti pubblici"[3]. Ed è proprio per questo che entra in campo il presupposto dell'interdittiva: non si apre *tout court* il sistema all'iniziativa dell'impresa che chiede la bonifica, ma, eccezionalmente, all'impresa appunto qualificata dall'aggravio dell'ergastolo imprenditoriale della prevenzione amministrativa ("imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva"). Sin qui potrebbe dirsi che si tratti di un primo e ragionevole nucleo della platea di imprese legittimate, appunto delimitato, ma in ipotesi suscettibile di futuro allargamento.

---

[2] Significativo è che da ultimo Cass. pen. SS. UU. n. 46898/2019, in *Sistema penale*, 28 novembre 2019, annotata D. ALBANESE, *Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario "volontario" (art. 34-bis, co. 6, d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione*, affermi che la domanda privata di controllo giudiziario può "essere rigettata per mancanza dei presupposti o, se accolta, dare *poi* luogo alla revoca per le stesse ragioni sopravvenute e refluire nella applicazione di altra, e più gravosa misura di prevenzione patrimoniale" (corsivo ns.), fermo restando che, anche in sede di valutazione dei presupposti, possa subito entrare in campo una domanda della pubblica accusa volta all'immediata adozione di misure più gravi, come si desume dalla considerazione che "l'accertamento della insussistenza di tale presupposto" del controllo giudiziario, cioè del carattere solo occasionale dell'agevolazione, "ed eventualmente di una situazione più compromessa possono comportare il rigetto della *domanda* e magari l'accoglimento di *quella, di parte avversa*, relativa alla più gravosa misura della *amministrazione* giudiziaria o di altra ablativa" (corsivo ns.).

[3] Sottolinea questo ultimo aspetto in sede di ricostruzione dell'art. 34-*bis*, Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sezione misure di prevenzione, decreto n. 2/2018. In dottrina C. VISCONTI, *op. cit.*, 237: "Il controllo giudiziario "volontario" costituisce la novità più "innovativa" contenuta nella riforma del Codice antimafia del 2017. È, infatti, l'unica misura di prevenzione applicata su istanza della parte privata".

L'avere usato tale criterio discretivo non è stato però privo di contraccolpi. Si è così determinata una qualche distonìa sistematica, poiché le misure di salvataggio, compreso il controllo giudiziario della lett. b), possono essere adottate su iniziativa pubblica anche qualora non sia stata adottata alcuna interdittiva. Ma soprattutto ne è derivata una sovraesposizione dell'istituto, sicché sembra che il problema dei rapporti con l'interdittiva abbia finito per mettere in secondo piano la finalità di salvataggio, come mostra già l'aggiunzione, rispetto all'originaria proposta della Commissione Fiandaca, dell'ulteriore presupposto che le imprese "abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto" (v. infra).

In secondo luogo, la richiesta dell'impresa può essere avanzata soltanto con riguardo al controllo giudiziario e nella forma della lett. b). Questa altra delimitazione è comprensibile soltanto in parte ed in relazione all'effetto sospensivo dell'interdittiva prefettizia.

Occorre considerare che i nuovi istituti giurisdizionali di salvataggio e le informative antimafia, pur genericamente riconducibili ad un comune obiettivo di contrasto della criminalità, si muovono con tecniche, o verso finalità, per così dire, intermedie, in qualche misura tra loro conflittuali. Le informative antimafia mirano, con una forte anticipazione del momento di tutela preventiva, a ridurre drasticamente il rischio che risorse pubbliche (finanziarie o giuridiche) alimentino le organizzazioni criminali, mentre gli istituti di salvataggio, puntando alla bonifica dell'impresa, propendono per la continuità dell'attività aziendale, ivi compresi eventuali rapporti con le amministrazioni pubbliche. La legge, prevedendo la sospensione dell'interdittiva, mostra di voler privilegiare il secondo percorso, ma, a ben vedere, a condizione che il contenuto stesso delle misure di salvataggio comporti un qualche ridimensionamento del rischio che la tutela prefettizia vuole prevenire. La modalità del controllo di giudice delegato e amministratore giudiziario presenta un grado di invasività (art. 34-*bis* lett. b)), pur "meno deflagrante"[4] dell'amministrazione giudiziaria dell'art. 34, che sembra appunto astrattamente ancora idonea a ridimensionare il rischio, mentre lo stesso non può dirsi per la "meno invasiva"[5] forma degli obblighi di comunicazione (lett. a).

Altri riferimenti legislativi, pur in modo non del tutto omogeneo, vanno del resto nella stessa direzione, e cioè che quando entrano in campo interventi giurisdizionali di una certa intensità, anche al fuori delle finalità di salvataggio, ne deriva la sospensione delle eventuali interdittive prefettizie. Anzitutto, nello stesso codice antimafia, con le modifiche del 2018: "Al fine di consentire la prosecuzione dell'attività dell'impresa sequestrata o confiscata, dalla data di nomina dell'amministratore giudiziario e fino all'eventuale provvedimento di dissequestro dell'azienda o di revoca della confisca della stessa, o fino alla data di destinazione dell'azienda, disposta ai sensi dell'articolo 48, sono sospesi gli effetti della pregressa documentazione antimafia interdittiva, nonché le procedure pendenti preordinate al conseguimento dei medesimi effetti" (art. 35-*bis* c. 3).

---

[4] Cass. pen. SS. UU. n. 46898/2019 cit..

[5] Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in S. Amarelli, Saverio Sticchi Damiani (a cura di), *op. cit.*, 295, che specularmente considerano "più incisiva" quella di cui alla lett. b).

Lo stesso può dirsi per il codice degli appalti pubblici che, da un lato, riguardo alle informative come cause di esclusione dalle gare, dispone che "resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-*bis*, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159", e d'altro lato, che "le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 od egli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento" (art. 80 c. 2 e 11).

Nelle misure amministrative anticorruzione, volte a tutt'altra finalità, quella non del salvataggio, ma della continuità di un appalto per ragioni di interesse pubblico "altro" rispetto a quello di prevenzione della criminalità, è pure riscontrabile una sterilizzazione dell'interdittiva. È vero che ciò si determina non solo in presenza dell'amministrazione prefettizia, ma anche della sola nomina di esperti o del solo ordine di rinnovo degli organi sociali. Pur tuttavia, occorre considerare che qui il bilanciamento consente maggiori margini di azione, sia perché la sterilizzazione dell'informativa riguarda soltanto l'appalto preso in considerazione, mentre rimane il generale effetto interdittivo per gli altri rapporti con le amministrazioni, sia perché il prefetto rimane *dominus* di entrambi i poteri, anticorruzione e antimafia (art. 42 DL n. 90/2014).

È dunque comprensibile, tornando alle misure di salvataggio, che la sospensione dell'interdittiva imponga un *minimum* di densità della misura giurisdizionale, individuato nella forma della lett. b) del controllo giudiziario.

Non altrettanto comprensibile è, anche sotto questo profilo, che la richiesta dell'impresa non possa altresì proiettarsi verso le forme più intense di intervento di cui all'art. 34, atteso che queste ultime sono semmai ancor più idonee a compensare i rischi della sospensione dell'interdittiva. Qui è invero ravvisabile una chiara contraddizione nel tessuto normativo, probabilmente dovuta al difficile calcolo del riformatore prudente, sia perché l'art. 34 è non meno dell'art. 34-*bis* informato alla medesima ratio del salvataggio ("il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate"), sia perché anche per questa misura è prevista espressamente la sospensione dell'interdittiva. Se è possibile, in presenza di un'agevolazione non occasionale, salvare un'impresa e sospendere un'interdittiva prefettizia, con una misura disposta dal giudice su iniziativa pubblica (dei soggetti di cui all'art. 17 c. 1) ai sensi dell'art. 34, non si vede perché ciò non dovrebbe essere possibile su iniziativa dell'impresa, così come per il controllo giudiziario.

Sarebbe stato dunque ben più coerente, una volta introdotta, che l'iniziativa delle imprese avesse carattere unitario e aperto, non circoscritto ad una forma tipica, lasciando al giudice di stabilire la misura idonea nell'intero *range* delle forme di salvataggio. Anzi un così largo rimettersi ai poteri giurisdizionali avrebbe ancor più asseverato il buon intendimento dell'istante.

Per inciso va peraltro osservato che il comma 7 dell'art. 34-*bis*, ai fini della sospensione dell'interdittiva richiama, oltre all'art. 34, soltanto il comma 6 dello stesso art. 34-*bis*. Il mero dato letterale sembrerebbe condurre alla conclusione che una stessa misura di salvataggio, quella del controllo giudiziario della lett. b), determinerebbe la

sospensione dell'interdittiva ove assunta su iniziativa dell'impresa e non invece ove assunta "anche d'ufficio", a seguito dell'iniziativa pubblica. Ma si tratterebbe di una conclusione del tutto priva di giustificazione dal punto di vista sistematico. È preferibile dunque ritenere, salvaguardando sotto questo profilo l'unità dell'istituto, che il legislatore *minus dixit quam voluit* e che la sospensione dell'interdittiva si produca anche nel caso del controllo, ben inteso quello della lett. b), disposto d'ufficio.

3. I presupposti: l'interdittiva, la sua impugnazione e l'infiltrazione criminale.

La riforma presenta anzitutto un'espressa interferenza tra giurisdizione e amministrazione, sia perché l'interdittiva è presupposto dell'istanza dell'impresa, sia perché l'accoglimento della misura ne determina la sospensione.

Un primo profilo problematico è se l'esistenza dell'interdittiva costituisca un presupposto che assume rilievo soltanto al momento della richiesta o invece un presupposto che deve rimanere in campo per tutto il tempo dello svolgimento della misura giurisdizionale. In altre parole, cosa accade se *medio tempore* l'interdittiva viene meno, poco importa adesso stabilire se ciò avvenga per annullamento giurisdizionale o per annullamento d'ufficio da parte della stessa amministrazione, o ancora per revisione amministrativa liberatoria con effetti *ex nunc*? Rimane automaticamente travolto il controllo giudiziario o questo continua fisiologicamente? Questa seconda evenienza ci pare ineludibile, atteso che l'interesse privato che muove l'impresa si innesta pur sempre in una misura giurisdizionale che, una volta disposta, risponde a indisponibili ragioni di interesse generale: nulla esclude peraltro che, nonostante l'interdittiva venga meno, il tribunale sia potuto pervenire ad ulteriori acquisizioni in vista dei vari poteri conferitigli dalla legge, compresi in ipotesi quelli che aprono la strada a misure diverse da quelle di salvataggio. D'altra parte, è anche probabile che il venir meno dell'interdittiva costituisca indice di un quadro che si è andato schiarendo, sicché l'impresa potrà, in tempi brevi, fare ragionevolmente affidamento su una chiusura positiva del controllo giurisdizionale, unitamente alla possibilità, espressamente prevista dal comma 5, di presentare "istanza di revoca" della misura[6].

Ancor meno si comprenderebbe, come invece ritenuto dalla, allo stato, prevalente giurisprudenza di prevenzione, che il controllo già avviato possa venire interrotto nel caso opposto, cioè non del venir meno, bensì del "consolidamento" dell'interdittiva. E ciò perché il controllo giudiziario non comporta di per sé "un superamento dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza"[7], la conferma cioè della sussistenza del pericolo d'infiltrazione, che a sua volta costituisce sul piano sostanziale la premessa naturale della misura giurisdizionale, altrimenti inutile, salvo ovviamente che l'entità e i caratteri dell'infiltrazione siano tali da indurre

[6] Significativo e condivisibile è, al riguardo, l'approccio di Trib. Catanzaro Decreto n. 115/2019, che ha accolto l'istanza di revoca, valutandone i presupposti, a seguito di revisione liberatoria prefettizia, intervenuta *medio tempore*.

[7] Cons. st. V n. 3268/2018.

il tribunale a ritenere che il salvataggio non sia possibile, o che addirittura sembrano porsi le premesse per le altre e più gravi misure.

Quanto si va dicendo apre subito la porta all'altro e ancor più complesso profilo problematico.

Ove il provvedimento prefettizio sia al contempo oggetto di impugnazione, l'interferenza tra giurisdizione e amministrazione si riverbera inevitabilmente anche nel rapporto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa[8], e senza che il legislatore si sia fatto carico di tale evenienza[9].

L'intreccio tra giurisdizioni è soltanto eventuale, poiché nulla esclude che le misure dell'art. 34 o 34-*bis*, ove disposte d'ufficio, determinino la sospensione dell'interdittiva, senza che quest'ultima sia stata mai impugnata. Ma ciò non vale nel caso del controllo "volontario", ove tale intreccio costituisce invece un passaggio obbligato, atteso che la legge pone come imprescindibili presupposti "processuali"[10] della richiesta non solo che vi sia un'interdittiva prefettizia, ma altresì che le imprese "abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto": un'aggiunta quest'ultima di cui si ha difficoltà a comprendere l'utilità e che, soprattutto, ha reso il quadro ancor più intrecciato, mostrandosi in scarsa sintonìa, se non in contrapposizione, con la filosofia del salvataggio. Una situazione sostanzialmente analoga potrebbe peraltro determinarsi anche in presenza di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, atteso che la legge parla di "impugnativa" senza ulteriori qualificazioni, sicché non necessariamente dovrà trattarsi di un ricorso al giudice amministrativo.

L'unica ragione che è stata istituzionalmente prospettata per siffatto presupposto aggiuntivo è ravvisabile in un documento prodotto allora dalla Direzionale nazionale antimafia. Si rappresenta la preoccupazione di un automatismo tra richiesta e misura, con il pericolo di "consentire la prosecuzione dell'attività di una impresa infiltrata dalla mafia con il sostegno dello Stato". Si pone così l'esigenza di introdurre dei "filtri" e, a tal fine, vengono proposti appositi correttivi: subordinare l'ammissione, da un lato, ad una valutazione dei presupposti da parte del Tribunale, d'altro lato, "all'impugnazione della informazione interdittiva antimafia, essenziale per evitare che vi sia un ricorso generalizzato alla procedura di richiesta di controllo giudiziario con conseguente vanificazione dell'intera disciplina in materia di documentazione amministrativa antimafia".

Questa preoccupazione appare invero non ben calibrata[11]. Non si tiene conto del fatto che non si tratterebbe affatto per l'impresa di un *commodus discessus*: l'applicazione

---

[8] Problema che si era da parte nostra subito evidenziato, M. MAZZAMUTO, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia*, in *Dir. pen. cont*, 20 aprile 2016, 5.

[9] Tar Calabria Catanzaro I ord. n. 658/2019 afferma perentoriamente che "la norma trascura in via assoluta i rapporti tra giudizio amministrativo e procedimento di prevenzione sicché i Giudici penali e giudici amministrativi si sono dovuti occupare del coordinamento dei procedimenti".

[10] In questo senso, Cass. pen. Sez. V n. 34526/2018.

[11] M. MAZZAMUTO, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese*, cit., 6; ID., *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, in *Giur. it.*, 2018, 2229; nonché C. VISCONTI, *op. cit.*, 240.

della misura potrebbe infatti produrre anche un esito opposto, cioè l'accertamento dei presupposti per l'adozione dei più gravi provvedimenti di prevenzione, sicché vi è piuttosto da pensare che i male intenzionati starebbero ben alla larga da un siffatto contesto o se, in ipotesi, dovessero provarci, giocando a gatto e topo, finirebbero comunque per offrire su un piatto d'argento uno straordinario terreno investigativo.

Il risultato è che si mette in campo un presupposto che, da un lato, non presenta alcuna utilità, atteso che l'esperimento del ricorso al g.a. non sarebbe certo un ostacolo per un'impresa criminale che ambisse strumentalmente al controllo giudiziario, d'altro lato, si mostra la difficoltà ad immedesimarsi realmente nella filosofia innovativa della riforma, neanche immaginando la possibilità che un'impresa non compiacente, ma che "subisce", a volte persino inconsapevolmente, il condizionamento criminale, potrebbe non avere alcuna ragione per contraddire gli accertamenti prefettizi, e dunque per impugnarne i provvedimenti, bensì, proprio sulla base di questi stessi accertamenti, chiedere appunto l'aiuto salvifico dello Stato. Non va dimenticato che l'interdittiva prefettizia può basarsi su presupposti soltanto oggettivi, non attribuendo di per sé alcun rilievo dirimente al concorso del profilo soggettivo dell'imprenditore, che potrebbe mancare del tutto: stando al diritto positivo, anche, in ipotesi, l'impresa di un santo, oggetto di infiltrazione, potrebbe essere legittimamente colpita dalla prevenzione amministrativa.

Del resto, la premessa sociologica che sta dietro la filosofia del salvataggio e la riforma che ne è conseguita non può essere ignorata, e cioè che vi sia tutta una zona grigia nella quale operano imprese di per sé sane che subiscono, più o meno direttamente e più o meno consapevolmente, la presenza mafiosa e che evocano, attraverso questo nuovo strumento, il sostegno e l'autorità dello Stato[12].

Non meno delicato è stabilire se l'impugnazione, oltre che ovviamente precedere la richiesta del controllo giudiziario, costituisca un presupposto processuale che esaurisce la sua funzione al momento della richiesta o che invece esige la relativa pendenza per tutta la durata del controllo, con la conseguenza che, se il processo amministrativo dovesse trovare definizione, ne verrebbe travolto anche il controllo giudiziario, e ciò sia qualora l'interdittiva venga annullata, sia qualora venga confermata. Riemerge in sostanza, in chiave processuale, la questione delle sorti dell'interdittiva e della sua refluenza sul controllo giudiziario già avviato,

Nel citato documento della Direzione nazionale antimafia si prende in considerazione soltanto l'ipotesi del consolidamento dell'interdittiva, sostenendo che "dovrebbe essere prevista la cessazione del controllo giudiziario nel momento della definitività del provvedimento amministrativo a seguito di impugnazione". Un'indicazione questa che, pur non recepita dal legislatore, ha alquanto condizionato gli

[12] C. VISCONTI, *op. cit.*, 241: "Gli studi più recenti e accreditati sui rapporti tra economia lecita e criminalità mafiosa e in particolare sulla c.d. "area grigia", infatti, danno conto di un dato essenziale: lungi dal presentarsi uniformi nella loro morfologia, tali rapporti non si prestano a classificazioni schematiche e – soprattutto – richiedono strategie ben più articolate sotto il profilo del contrasto statale, non riconducibili, per dir così, alla semplice alternativa bianco/nero, colpevole/innocente".

sviluppi giurisprudenziali[13] nel senso di una mal posta enfatizzazione del rilievo dell'interdittiva e della sua impugnazione.

Ne sono derivate massime giurisprudenziali che hanno determinato un totale stravolgimento della r*atio* del controllo giudiziario.

Si ritiene infatti che "l'accesso all'istituto è 'fisiologicamente' ed inscindibilmente connesso alla pendenza di un ricorso avverso l'interdittiva" e che "l'istituto del comma 6 ha natura provvisoria ed e finalizzato, in un adeguato bilanciamento di interessi, a consentire la continuità delle attività di impresa ed a salvaguardare anche le esigenze occupazionali fintanto che non intervenga una pronuncia giudiziale definitiva, proprio nel periodo in cui l'interessato può ancora contestare la legittimità del provvedimento amministrativo"[14]; l'accesso al controllo giudiziario volontario dunque "trova una sua giustificazione razionale soltanto nella opportunità di evitare un pregiudizio potenzialmente irreparabile per interessi comunque meritevoli di tutela, durante il tempo necessario all'accertamento, davanti all'autorità giurisdizionale amministrativa, dei presupposti dell'informazione interdittiva emessa dal Prefetto"; sicché, quando "questi non siano controversi, per mancata attivazione del controllo giurisdizionale da parte del destinatario di tale misura, oppure siano stati definitivamente accertati come sussistenti, all'esito dell'infruttuoso esperimento dei gravami a quegli messi a disposizione dalla legge, non s'intravede alcuna ragione per paralizzare gli effetti di quella misura, come invece accadrebbe se si disponesse il controllo giudiziario (cit. art. 34-*bis*, comma 7)"; "una diversa lettura normativa, invero, farebbe di quest'ultimo un formidabile strumento per sterilizzare la più incisiva interdittiva amministrativa"; "la sospensione degli effetti dell'interdittiva prefettizia non può, dunque, essere letta nel senso che il controllo giudiziario possa essere disposto pur quando la misura amministrativa sia ormai divenuta definitiva"[15].

Un esito, a dir poco, sbalorditivo: il controllo giudiziario, unitamente alla sospensione dell'interdittiva, si tramuta in una sorta di tutela cautelare del Tribunale di prevenzione al servizio del processo amministrativo, quasi che il giudice amministrativo di tale tutela fosse privo[16], e senza peraltro tenere conto che le due tutele sono disomogenee anche negli effetti, poiché soltanto la sospensiva disposta dal giudice amministrativo ha carattere retroattivo. In tutto questo la finalità di salvataggio scompare del tutto. Anzi, sembra quasi che la sospensione dell'interdittiva sia divenuto il fine e non invece soltanto un mezzo per il perseguimento del vero fine della misura, cioè appunto il salvataggio. In altre parole, la difesa del sistema di prevenzione amministrativa, ovvero sia il timore che il controllo giudiziario divenga "un formidabile

---

[13] Per quanto non sono mancati pronunciamenti, rimasti minoritari, di segno diverso: così Trib. Santa Maria Capo a Vetere, 14 febbraio 2018 n. 3/18.

[14] Cass. pen., sez. II, n. 27856/2019, nonché n. 16105/2019, annotata, con condivisibili considerazioni critiche, da A. MERLO, *Il controllo giudiziario "volontario": fra irrazionalità della disposizione e irrazionalità interpretative*, in corso di pubblicazione in *Foro it*.

[15] Cass. pen, sez. VI, n. 38072/2019.

[16] A. MERLO, *op. cit.*, parla criticamente di una "forma surrettizia di provvedimento cautelare" con "un ruolo ancillare rispetto al giudizio amministrativo sulle interdittive, destinato a esaurirsi con la conclusione di quest'ultimo".

strumento per sterilizzare la più incisiva interdittiva amministrativa" ha finito per condurre ad uno snaturamento della misura di salvataggio.

Non ci avvede così che la salvaguardia della "continuità delle attività di impresa" anche nei rapporti con la p.a. non è perseguita in quanto tale, ma in quanto parte di un possibile programma di bonifica, che possa garantire all'impresa una sopravvivenza affrancata dall'infiltrazione criminale. O non ci si avvede che l'eventuale rigetto del ricorso dal giudice amministrativo e la conseguente definitività dell'interdittiva, tutto al contrario, assevera proprio i presupposti di una fisiologica ammissione o continuazione della misura di salvataggio.

Non meno sorprende che sia circolante l'idea che il controllo giudiziario su "richiesta di parte" abbia, rispetto alla generale configurazione degli istituti di salvataggio, una distinta e specifica *ratio*, così come indicata dalla Commissione Fiandaca: "fungere da adeguato strumento per consentire la prosecuzione dell'attività di impresa nei casi in cui le aziende vengano raggiunte da interdittiva prefettizia, garantendo così nel contempo il prevalente interesse alla realizzazione di opere di rilevanza pubblica"[17]. Sennonché, è evidente che nella proposta della Commissione Fiandaca il controllo giudiziario volontario rientra a pieno titolo nelle misure di salvataggio e che quel passaggio estrapolato esprimeva soltanto un possibile interesse aggiuntivo del tutto ancillare, una sorta di *captatio benevolentiae* per gli interlocutori di una riforma difficile da far approvare. Si finirebbe altrimenti per confondere la *ratio* del controllo giudiziario volontario con le misure anticorruzione, quelle sì volte a tutelare l'interesse pubblico alla prosecuzione di un appalto, tanto è vero che, nel primo caso, la sterilizzazione dell'interdittiva ha carattere generale, mentre nel secondo riguarda solo gli appalti presi in considerazione.

Non è forse un caso che, da ultimo, le Sezioni Unite abbiano sentito l'esigenza, pur incidentalmente, di riaffermare la *ratio* dell'istituto, valorizzando un precedente della prima Sezione[18]: la misura di salvataggio "è coadiuvante di un nuovo corso della gestione della azienda, finalizzato ad un suo recupero alla libera concorrenza, una volta affrancata dalle infiltrazioni mafiose che ne avevano condizionato l'attività"; "rispetto ad un pregresso assetto del sistema delle misure di prevenzione volto ad accertare e ad operare – coi mezzi ablativi del sequestro e della confisca – in presenza di una relazione tra situazioni di pericolosità soggettiva e accumulazione ingiustificata di beni, la misura di prevenzione patrimoniale della amministrazione giudiziaria, rinforzata nel 2017 con il potenziamento di quella del controllo giudiziario anche "volontario", rappresentano una risposta alternativa da parte del legislatore: perché alternativa è la finalità di queste, volte non alla recisione del rapporto col proprietario ma al recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza, a seguito di un percorso emendativo"[19].

Il documento della Direzionale nazionale antimafia ha, come si è visto, portato ad introdurre dei filtri, tra cui anche una valutazione dei presupposti da parte del

---

[17] Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *op. cit.*, 297. Anche in giurisprudenza già Trib. Reggio Calabria, 31 gennaio 2018, A. & C.

[18] Cass. pen. Sez. I n. 29487/2019.

[19] Cass. pen. SS. UU. n. 46898/2019 cit..

tribunale, al fine di evitare ogni sorta di automatismo, derivante dalla sola sussistenza *ab externo* di un'interdittiva (e della sua impugnazione).

La laconica previsione normativa ("accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti") ha posto immediatamente il problema di precisare quali siano in effetti tali ulteriori presupposti.

Si sono qui essenzialmente confrontati due orientamenti. Uno prevalente che esige l'accertamento del carattere occasionale dell'agevolazione, sicché, qualora venga superata tale soglia, la misura va rigettata, ed uno, sin qui minoritario[20], ma che valorizza appieno la *ratio* del salvataggio, secondo il quale, in fase di ammissione, l'accertamento deve riguardare piuttosto la prognosi di idoneità della misura a perseguire l'obiettivo della bonifica dell'impresa, mentre soltanto all'esito del controllo si potrà considerare l'entità del condizionamento criminale, eventualmente anche al fine di altre e più gravi misure di prevenzione[21].

È importante peraltro sottolineare che entrambi gli orientamenti sembrano comunque escludere, così come le già citate Sezioni Unite, che, nel giudizio di ammissione al controllo, il tribunale possa d'ufficio, senza cioè un'immediata e apposita iniziativa della pubblica accusa, disporre altra misura ed in particolare, come poteva, quantomeno, ritenersi ragionevole nell'unità funzionale del "sotto-sistema" del salvataggio, quella dell'art. 34. In sede di ammissione, l'eventuale necessità di una immediata adozione della misura di salvataggio più intensa esige dunque ineludibilmente l'iniziativa della pubblica accusa.

Poco peraltro si comprende che, nella prassi, la pubblica accusa dia a volte parere contrario all'adozione del controllo perché l'agevolazione non sarebbe occasionale, senza però proporre la misura più grave, né contestualmente, né successivamente all'ottenuto rigetto del controllo. Si ha sotto questo profilo l'impressione che le procure possano vedere nelle dinamiche del controllo giudiziario volontario un onere investigativo, in sede di ammissione, ma anche successivamente all'espletamento del controllo, che non rientra nei loro piani di lavoro, e che dunque preferiscano che la misura non venga *ab origine* avviata.

Di recente, sempre la citata pronuncia delle Sezioni unite, sembra voler trovare un punto di compromesso tra i due orientamenti, ridando un qualche peso anche a quello sin qui minoritario. Non si contravviene all'idea che il tribunale debba "pur sempre accertare i presupposti della misura, necessariamente comprensivi della occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi, come si desume dal rilievo che

---

[20] Cass. pen. Sez. I n. 29487/2019 cit.. Si tratta però di un orientamento fortemente sostenuto in dottrina, contrapponendo un metodo "prospettivo-cooperativo" ad un metodo "restrospettivo-stigmatizzante", C. Visconti, *op. cit.*, 239: "il compito principale dei giudici non è cimentarsi nella qualificazione in termini occasionali o duraturi dei rapporti tra l'impresa e la criminalità mafiosa, quali risultanti dal provvedimento interdittivo e dalle deduzioni delle parti. Piuttosto, il Tribunale dovrà servirsi del materiale probatorio disponibile per decidere se l'azienda istante, grazie all'applicazione della misura, è in grado o no di attrezzarsi in modo adeguato al fine di scongiurare in futuro quegli "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa diretti a condizionare l'impresa" che – subiti in passato secondo le indagini prefettizie – hanno fatto scattare l'interdizione amministrativa".

[21] Trib. Firenze 28 maggio 2018 n. 100/18 RG.

l'accertamento della insussistenza di tale presupposto ed eventualmente di una situazione più compromessa possono comportare il rigetto della domanda e magari l'accoglimento di quella, di parte avversa, relativa alla più gravosa misura della amministrazione giudiziaria o di altra ablativa", ma, nel quadro di una rimessa in campo della *ratio* del salvataggio, si afferma altresì che "la peculiarità dell'accertamento del giudice, sia con riferimento alla amministrazione giudiziaria che al controllo giudiziario, ed a maggior ragione in relazione al controllo volontario, sta però nel fatto che il fuoco della attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni (nel caso della amministrazione, anche vere intromissioni) che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata. L'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può, cioè, essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versi la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta".

Rimane infine da evidenziare che, nel loro opportuno intervento, le Sezioni unite non hanno tuttavia colto l'occasione per rimeditare altresì la questione del rilievo dell'esistenza dell'interdittiva e della sua impugnazione, riportando anche l'interpretazione di tali presupposti a soluzioni più conformi alla *ratio* del salvataggio: così, ad es., mettendo in discussione l'idea che il consolidamento dell'interdittiva possa incidere sulla misura giurisdizionale e che il presupposto dell'impugnativa vada inteso come perdurante "pendenza" del processo amministrativo. Anzi, a voler andare fino in fondo nel ragionamento, si potrebbe arrivare a sostenere che ciò che rileva è soltanto che vi sia stata un'impugnativa, sicché non solo la "perduranza" della pendenza, ma la "pendenza" stessa non rientri nel presupposto, con la conseguenza che ben l'impresa potrebbe chiedere per la prima volta il controllo giudiziario successivamente al giudicato amministrativo di rigetto.

4. Le misure di salvataggio e il sistema giuspubblicistico.

Dal punto di vista dell'amministrativista, tutte queste problematiche assumono rilievo non in quanto tali, che di per sé potrebbero rimanere estranee ad una stretta pertinenza disciplinare, ma nella misura in cui coinvolgono l'esercizio di un potere pubblicistico, ossìa le interdittive prefettizie e gli altri atti amministrativi conseguenziali.

L'idea del salvataggio, del tutto *prima facie*, suscita nell'immaginario giuspubbicistico un percorso del genere, più immediatamente consono al sistema di appartenenza e che guarda ad una nuova e straordinaria possibilità di ottenere, grazie al *quid novi* della bonifica giudiziaria, un risultato sul difficilissimo terreno della revisione liberatoria da parte dell'autorità prefettizia.

Di fronte ad un'interdittiva, l'impresa, che si ritiene estranea alla criminalità, potrebbe:

– o prendere atto dell'esistenza dell'infiltrazione, non aver dunque ragione di impugnare il provvedimento, chiedere, proprio alla luce dell'interdittiva, il sostegno giudiziario e, sulla base dell'esito di quest'ultimo, sperare in una revisione liberatoria;

– ovvero, ritenere che entrambe le vie vadano perseguite, poiché, da un lato, si contesta l'accertamento prefettizio, d'altro lato, quasi che fosse una subordinata, si evoca comunque l'aiuto salvifico dello Stato, sempre in funzione di un'eventuale revisione liberatoria; l'interesse a tentare l'impugnazione potrebbe essere anche dettata dal fatto che soltanto la cautela del giudice amministrativo ha carattere retroattivo, conformemente alla retroattività del *petitum* di annullamento, non anche, secondo consolidata giurisprudenza[22], quella derivante *ex lege* dalla misura di salvataggio, sicché, se l'interesse principale è certo quello di rimuovere un'interdizione che tocca in generale tutti i futuri rapporti con la p.a., e a questi fini potrebbe anche valere la sospensione *ex lege*, ad esso può aggiungersi l'interesse più delimitato, ma in ipotesi rilevante, a rimuovere altresì gli atti già adottati in attuazione dell'interdittiva (ad es. la revoca di un'aggiudicazione), risultato che potrebbe essere perseguito soltanto con la, appunto retroattiva, cautela amministrativa e non anche con la sospensione *ex lege*[23]; qui peraltro, riguardo alla specifica questione degli atti conseguenziali, la tutela cautelare è fondamentale, poiché, in caso di rigetto cautelare, un eventuale accoglimento nel merito, si scontrerebbe, in termini di utilità, con la tendenziale ritrosìa del giudice amministrativo, quando vi siano di mezzo, pur risultate infine illegittime, interdittive prefettizie, a concedere l'unica tutela rimasta possibile, cioè il risarcimento dei danni (ad es. derivanti dalla ormai non più recuperabile in forma specifica revoca dell'aggiudicazione).

Con l'inopportuna aggiunta del presupposto dell'impugnativa, la prima ipotesi è stata ingiustificatamente estromessa e, al contempo, si è specularmente sovraesposta

---

[22] Cons. st. V n. 3268/2018 cit.: "il controllo giudiziario che permette la prosecuzione dell'attività imprenditoriale sotto controllo giudiziario non ha effetti retroattivi"; Tar Basilicata I n. 482/2018: "la sospensione degli effetti di cui all'art. 94 D.Lg.vo n. 159/2011, prevista dall'art. 34-*bis*, comma 7, dello stesso D.Lg.vo n. 159/2011, non retroagisce anteriormente all'emanazione del provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria"; Tar Campania Napoli I ord. n. 1185/2019: "l'effetto di sospensione dell'efficacia dell'informazione antimafia a seguito del provvedimento di ammissione a regime di controllo da parte del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere non è retroattivo, per cui non incide sull'anteriore esclusione della società ricorrente dalla gara"; Tar Toscana I ord. n. 554/2018.

[23] Per un esempio che può far capire il tipo di problematiche che affronta il giudice amministrativo, v. Tar Calabria Catanzaro I n. 924/2018: il ricorrente "lamenta la violazione dell'articolo 34-*bis* del D.lgs. n. 159/2011", sostenendo "che il decreto di ammissione al controllo giudiziario avrebbe dovuto indurre la Stazione Appaltante a disporre l'immediato ripristino dell'aggiudicazione", che le era stata revocata in ragione dell'interdittiva e attribuita ad altra impresa. Il giudice rigetta il ricorso, motivando tra l'altro che "data la natura del controllo giudiziario e atteso che da esso discende la mera sospensione degli effetti dell'interdittiva (destinato, in quanto tale, ad operare per i rapporti futuri e non anche per il pregresso), non è neppure possibile riconoscere a tale misura una efficacia retroattiva, dalla quale discenda l'automatico travolgimento degli atti medio tempore adottati dall'amministrazione". In altre parole, quell'appalto ormai è perduto.

la seconda e più complessa ipotesi, sicché, come abbiamo visto, accanto all'originaria questione del rapporto tra giurisdizione e amministrazione, si è reso strutturale anche il problema del rapporto tra giudice della prevenzione e giudice amministrativo[24].

L'*an* e il *quando* dell'interferenza tra i due processi dipende essenzialmente dal ricorrente.

Riguardo all'*an*, nulla esclude che l'impresa voglia giocarsi la sola carta dell'impugnativa e non intenda chiedere la misura del salvataggio, perché tiene in ogni caso a preservare la propria autonomia imprenditoriale rispetto alle incertezze del controllo giudiziario, di cui semplicemente non conosce bene le dinamiche, o perché, nella patologia, nasconde ben altre interessenze criminali rispetto a quelle emerse nell'interdittiva.

Riguardo al *quando*, l'impresa ha un ampio arco temporale entro il quale attivarsi per il controllo giudiziario, che va dalla tutela cautelare alla definizione dell'eventuale processo di seconde cure, mentre, come si è visto, la giurisprudenza, allo stato, non ammette un'attivazione successiva al giudicato di rigetto, anzi addirittura quest'ultimo interromperebbe la misura di salvataggio già attivata. La scelta del momento può ovviamente dipendere da vari fattori, dalla maturazione sulla convenienza di un siffatto percorso a una cronologia più sofisticata tra i due strumenti di tutela, anche in relazione alla maggiore o minore urgenza nel tentativo di sterilizzare, almeno per il futuro, l'interdittiva prefettizia.

La stessa casistica giurisprudenziale offre in tal senso vari esempi.

L'impresa potrebbe già in fase cautelare presentarsi con in tasca l'ammissione alla misura di salvataggio o quantomeno l'avvenuta proposizione della relativa istanza. Ovvero, attendere l'esito della fase cautelare, anche eventualmente di seconde cure, per tentare la sospensione dell'interdittiva e per testare l'orientamento del giudice amministrativo sul *fumus* del ricorso, nonché, in caso sfavorevole, attivarsi subito dopo per produrre l'ammissione alla misura di salvataggio prima dell'udienza di merito di prime cure. Ovvero, ancora più in là, attendere la sentenza di prime cure, per poi attivarsi in funzione dell'appello, già in sede cautelare o prima dell'udienza di merito. In altre parole, si articola così diacronicamente, in relazione, come dicevamo, alla maggiore o minore urgenza nel tentativo di usare tutti mezzi volti a paralizzare l'interdittiva, la (per così dire) "subordinata" del controllo giudiziario, fermo restando che in quest'ultimo caso la sospensione non potrà essere retroattiva.

È chiaro che, fin quando nulla viene rappresentato al giudice amministrativo, il processo andrà avanti secondo il suo normale svolgimento: così, ad es., in sede cautelare, il giudice deciderà sulla richiesta di sospensiva, limitandosi al più, in caso di rigetto, a ricordare che vi sarebbe ancora la possibilità di attivarsi per il controllo giudiziario[25]. Ma, una volta prodotta l'ammissione al controllo giudiziario, il dado è tratto ed il giudice

---

[24] Sul tema dei rapporti tra le due giurisdizioni in materia v. già N. PISANELLO, *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo*, in S. Amarelli, Saverio Sticchi Damiani (a cura di), *op., cit.*, 271 ss..

[25] Tar Sicilia Palermo I ord. n. 436/2019: "resta impregiudicata per il ricorrente la scelta in ordine alla percorribilità, ove ne sussistano i presupposti, degli ulteriori e paralleli strumenti predisposti dal legislatore", evocando proprio l'art. 34-*bis*.

amministrativo dovrà invece farsi ineludibilmente carico del rapporto tra i due processi e fronteggiare l'alternativa tra l'andare innanzi, sul presupposto dell'autonomia tra due processi, e un temporeggiare in attesa dello svolgimento della misura di salvataggio.

Una primissima giurisprudenza sembra decisamente orientarsi per l'autonomia del processo amministrativo. Si rigetta senza esitazioni una domanda di rinvio della trattazione, motivata con l'avvenuta presentazione della richiesta di controllo giudiziario. Ma l'argomento addotto non sta nell'insufficienza a questi fini della mera richiesta, bensì, ben più radicalmente, nel fatto che "in alcun modo la legittimità del provvedimento impugnato è ricollegata all'applicazione dell'istituto testé citato"[26], sicché nulla sarebbe cambiato ove si fosse invece prodotta l'ammissione al controllo: si entra così nel merito e si rigetta il ricorso.

Quello dell'autonomia del processo amministrativo avrebbe potuto essere un percorso da approfondire al fine del coordinamento tra le due giurisdizioni: come abbiamo già visto, è discutibile ritenere che l'annullamento o, al contrario, il consolidamento dell'interdittiva debbano incidere automaticamente sulle vicende del salvataggio. In questo senso, avrebbe potuto costituire un punto d'inizio una pronuncia d'appello nella quale, nonostante l'avvenuta ammissione al controllo giudiziario, viene deciso egualmente il ricorso, atteso, tra l'altro, che tale controllo "non costituisce un superamento dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza"[27].

Ma nel medesimo arco temporale il quadro viene parallelamente inciso dalla circolazione della prima giurisprudenza di prevenzione ed in particolare di quella del Tribunale di Catanzaro[28] sui presupposti del controllo giudiziario, che entra nel processo amministrativo con la produzione delle pronunce di ammissione al controllo, acquisite *medio tempore* tra il rigetto di prime cure e l'appello, e di cui Il giudice amministrativo ovviamente non può che prendere atto. Significativa è un'ordinanza del Consiglio di Stato ove si rileva "altresì, che il Tribunale ha chiarito che l'istituto del controllo giudiziario ha natura provvisoria sicché la sua funzione è tesa a consentire la continuità aziendale dell'impresa fintanto che sul provvedimento interdittivo non sia intervenuta una pronuncia giudiziale definitiva"[29].

Si comprende subito che, a questo punto, la via dell'autonomia processuale e dunque della tempestiva definizione del processo determinerebbe conseguenze fatali sul controllo giudiziario. La giurisprudenza ha qui un momento di chiaro tentennamento. Vi sono pronunce che sembrano appiattirsi su questa prospettiva, assecondando la *ratio* prospettata dai giudici di prevenzione[30] e addirittura propendendo per una sollecita

---

[26] Tar Calabria Catanzaro I n. 924/2018.

[27] Cons. st. V n. 3268/2018 cit.; Tar Calabria Reggio n. 643/2018; Cons. st. III n. 6377/2018.

[28] Trib. Catanzaro Decreto 19 febbraio 2018 n. R. C.c. 4/18, secondo il quale il requisito dell'impugnativa "delimita il perimetro di applicazione dell'istituto, circoscrivendone l'applicabilità nell'ambito del periodo di tempo in cui è pendente il giudizio amministrativo. Viene dimostrata per questa via la natura provvisoria dell'istituto e la sua funzionalizzazione a consentire la continuità aziendale dell'impresa fintanto che sul provvedimento interdittivo non sia intervenuta una pronuncia giudiziale definitiva… in una logica analoga a quella propria della misura cautelare della sospensione degli effetti del provvedimento amministrativo".

[29] Cons. st. III ord. n. 6162/2018.

[30] Cons. st. III n. 6162/2018 cit.

definizione della controversia[31], o ancora rimandando *sic et simpliciter* al giudice della prevenzione di farsi carico delle conseguenze sulla misura di salvataggio di un giudicato di rigetto[32]. Ma è altro l'orientamento che finirà per prevalere e che, non potendo incidere sull'interpretazione dei presupposti del controllo giudiziario, rimesso ovviamente alla giurisdizione del giudice della prevenzione, si preoccuperà almeno di evitare che il processo amministrativo divenga il cavallo di Troia delle misure di salvataggio, mostrando con ciò una sensibilità per la *ratio* della riforma ben superiore a quella sin qui complessivamente mostrata dalla giurisdizione ordinaria.

Già in un pronuncia del 2018 lo stesso Consiglio di Stato dà l'abbrivio alla prospettiva del "temporeggiamento", ricorrendo alla sospensione del processo: la "sospensione degli effetti interdittivi, quale conseguenza scaturente ex lege dal provvedimento che dispone il controllo giudiziario, comporta, ad avviso del Collegio, anche la sospensione del giudizio avente ad oggetto l'informativa antimafia, in quanto l'eventuale conferma di tale provvedimento, da parte del giudice amministrativo, renderebbe definitivi gli effetti di detto provvedimento e, quindi, vanificherebbe la previsione del medesimo art. 34-*bis*, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011"[33].

I giudici amministrativi continueranno a discutere se la misura processualmente più appropriata del temporeggiamento sia la sospensione del processo o invece la tecnica del rinvio, ma ciò poco importa ai fini del nostro discorso, non mutando il risultato pratico.

Più rilevante è sottolineare la progressiva emersione della *ratio* del salvataggio, unitamente ad una più articolata modulazione tra prosecuzione e temporeggiamento.

Lo schema non può che partire dalla presa d'atto degli orientamenti prevalenti nella giurisprudenza di prevenzione[34], il che induce alla scelta di un temporeggiamento volto a "non compromettere l'auspicato percorso di redenzione dell'impresa", precisando altresì:

– che il controllo giudiziario "costituisce istituto di sostegno previsto dall'ordinamento per l'imprenditore che sia marginalmente toccato dai clan e che

---

[31] Cons. st. III n. 7294/2018: "la sollecita definizione della controversia in sede giurisdizionale comporta il venir meno delle stesse esigenze sottese all'istituto".

[32] Tar Calabria Reggio n. 21/2019: "non è prevista la sospensione del processo amministrativo in presenza del ripetuto provvedimento di ammissione al controllo giudiziario" e "graverà sulla sezione misure di prevenzione del Tribunale ordinario, scrutinare gli effetti della decisione del presente ricorso sul provvedimento di ammissione al controllo giudiziario, oltre che sul Prefetto quello di vagliare gli esiti del controllo giudiziario e della eventuale riabilitazione".

[33] Cons. st. III ord. n. 4719/2018.

[34] Tar Calabria Catanzaro I ord. n. 658 e 883/2019 cit.: "i Giudici della Prevenzione, vincolati nell'ammettere e nel gestire le procedure dalla "pregiudiziale amministrativa", hanno affermato in via maggioritaria che la sentenza passata in giudicato di rigetto del ricorso amministrativo comporta l'inammissibilità del controllo e la chiusura della procedura (v. tra le altre Tribunale di Reggio Calabria – Mis. Prev. Decreto 11/7/18 in 47/18 N. 47/18 Mod. Patr.; Tribunale di Catanzaro – Mis. Prev. Decreto 19.2.2018 in n. R. C.c. 4/18) e solo in via minoritaria hanno sostenuto la ammissibilità/persistenza del controllo, nonostante il rigetto dell'impugnazione della informativa, per consentire alla impresa condizionata solo occasionalmente di proseguire nel percorso di redenzione attraverso il "tutoraggio" (v. Tribunale Santa Maria Capo a Vetere, 14.2.2018 in N. 3/18 reg. gen. m.p. speciale)".

individualmente (specie in realtà piccole e contaminate e ad economia scarsa) non sia in grado di reagire alla criminalità, sostegno costituito da un percorso imprenditoriale sorvegliato dall'amministratore giudiziale che conduca alla sua bonifica";

– che di per sé "l'ammissione al controllo non sconfessa la legittimità dell'informativa in punto di sussistenza di pericolo di infiltrazione non costituendone un superamento, ma in un certo modo conferma[ndone] la sussistenza", alla luce dei sopra evocati precedenti del Consiglio di Stato (3268 e 6377 del 2018), e che "gli effetti positivi attestati dall'organo giudiziale potrebbero anche comportare un aggiornamento favorevole da parte del Prefetto dell'informazione ai sensi dell'art. 91 comma 5 d.lgs. n. 159/2011, con soluzione finale che armonizza ragionevolmente il sistema".

Ma il giudice amministrativo va anche oltre distinguendo a seconda del presumibile esito del ricorso, recuperando così uno spazio di autonomia del processo. Così, se "ad un primo sommario esame gli elementi probatori acquisiti non escludono che si possa giungere al rigetto del ricorso" non si potrà che temporeggiare, mentre "al contrario, ove il Tribunale dall'esame degli atti riscontri una evidente fondatezza del ricorso, ad esempio per travisamento della sussistenza di infiltrazioni occasionali e non stabili, sarà tenuto all'emissione della decisione definitiva sia per garantire l'effettività della tutela dell'imprenditore sia per determinare chiusure di procedure di prevenzione, generanti aggravio per l'amministrazione della giustizia, aperte solo per garantire il prosieguo dell'attività nella pendenza del giudizio amministrativo"[35].

L'ultimissimo inciso, o, sarebbe meglio dire, sbavatura, sembra ancora dare omaggio agli assunti della giurisprudenza di prevenzione, ma è soltanto un'apparenza.

Il costrutto nel suo complesso e per i suoi riflessi pratici conferma piuttosto la sensibilità del giudice amministrativo per la *ratio* del salvataggio: si comprende che il rigetto di per sé potrebbe asseverare i presupposti della misura di salvataggio e che la stella polare sta piuttosto nella possibilità di una revisione della liberatoria a seguito degli esiti della misura ("soluzione finale che armonizza ragionevolmente il sistema"); ma si evita di pronunciarlo, temporeggiando, per non determinare, alla luce della strozzatura imposta dalla giurisprudenza di prevenzione, la chiusura della misura di salvataggio; non si rinuncia tuttavia, in caso di evidente fondatezza, ad accogliere il ricorso e a ritenere che ciò determini una chiusura della procedura di prevenzione, se si vuole, è lo stesso giudice amministrativo che provvede al salvataggio.

Per quest'ultimo aspetto, pur condividendone la *ratio* sostanziale, non vi era forse bisogno di asseverare, appunto con una sbavatura, la travisante idea che le procedure di prevenzione siano "aperte solo per garantire il prosieguo dell'attività nella pendenza del giudizio amministrativo". Nulla del resto di più contraddittorio rispetto alla chiara e contestuale affermazione che la *ratio* del controllo giudiziario sia il salvataggio. Ma evidentemente è un qualche costo che paga la coerenza, affinché il giudice amministrativo non dia l'impressione di contrapporsi alla giurisprudenza di prevenzione, dandone conto, qua e là, in apparenza.

---

[35] Tar Calabria Catanzaro I ord. n. 658 e 883/2019 cit..

Un altro rivolo, non irrilevante dal punto di vista pratico, che segna un ulteriore avanzamento nel segno del *favor* per il salvataggio, riguarda la questione di cosa debba essere rappresentato per determinare l'interferenza tra i due processi e l'eventuale temporeggiamento di quello amministrativo.

Scontato è il rilievo del caso in cui il ricorrente si presenti già con la misura di salvataggio, ma può anche accadere che il ricorrente arrivi a produrre soltanto l'avvenuta presentazione della domanda della misura di salvataggio. Secondo un primo orientamento, ciò non sarebbe sufficiente[36], mentre, secondo altro orientamento, il giudice deve tenerne conto e, all'occorrenza, se ci si trovi in fase cautelare, concedere la sospensione dell'interdittiva sino alla data di decisione sull'ammissione del controllo giudiziario[37]: orientamento quest'ultimo senz'altro da preferire, essendo chiaramente proteso a salvaguardare l'esperibilità del salvataggio: "l'esigenza di non compromettere l'auspicato percorso di redenzione dell'impresa sussiste anche prima che il giudice della prevenzione si sia pronunciato sull'istanza"; "la peculiare legittimazione attiva di cui all'articolo 34-*bis*, comma 6 – che si risolve nella valorizzazione di un mero dato processuale (la proposizione di ricorso giurisdizionale amministrativo) – non può tradursi nella negazione dell'accesso alla misura per ragioni che possono essere di mera contingenza temporale della trattazione dei due giudizi interdipendenti; il sistema non può tollerare che, in base ai tempi del giudizio amministrativo e di quelli del tribunale della prevenzione, situazioni uguali possano essere trattate in modo differenziato"; "l'esigenza di non compromettere l'eventuale possibile percorso di redenzione grazie all'eventuale ammissione al controllo risponde non solo all'interesse dell'operatore economico, ma anche e soprattutto a quello generale a riportare nell'alveo della legalità le attività economiche risanate, sottraendole a quella criminalità"[38].

Il, pur lodevole, percorso intrapreso dal giudice amministrativo non è però privo di inconvenienti, sia, come vedremo nel prossimo paragrafo, per le eventuali interferenze "sostanziali" tra le giurisdizioni, sia sul versante della tutela cautelare.

Ci riferiamo al fatto, già evocato, che l'impresa possa avere anche l'interesse ad una sospensione retroattiva dell'interdittiva con riguardo ad atti conseguenziali già adottati. Secondo un orientamento ormai consolidato[39], qualora il ricorrente produca già in sede cautelare l'ammissione al controllo, la giurisprudenza, oltre a sospendere o rinviare il processo, rigetta l'istanza cautelare per carenza d'interesse, attesa l'intervenuta sospensione *ex lege*. Occorre tuttavia considerare che la differenza tra cautela amministrativa e sospensione *ex lege* non è sul piano pratico apprezzabile sinché

---

[36] Cons. st. III 18 dicembre 2018 n. 7294: "Nessuna norma milita nel senso che il giudizio predetto debba risultare sospeso sino alla decisione sull'istanza presentata dall'impresa medesima"; Tar Calabria ord. n. 659 e 883/2018 cit..

[37] Tar Puglia Bari II ord. n. 100/2019 e n. 447/2018: "Ritenuto che, nelle more della decisione del giudice della prevenzione, l'istanza cautelare debba essere accolta in via interinale al solo fine di mantenere la res adhuc integra"; Tar Sicilia Palermo I ord. n. 12/2020.

[38] Tar Puglia Bari II ord. n. 987/2019.

[39] Già Cons. st. III ord. n. 6162/2018: "deve considerarsi venuto meno l'interesse delle parti alla pronunzia sulla fase cautelare, essendo stati sospesi gli effetti del provvedimento gravato sino alla definizione del merito".

oggetto dell'impugnativa è la sola interdittiva prefettizia, ma la questione si atteggia diversamente se siano oggetto di impugnazione anche atti conseguenziali già adottati, rispetto ai quali ben potrebbe permanere un interesse appunto ad una cautela retroattiva, non essendo sufficiente la sospensione *ex lege*. Non sembra, nella casistica, che la giurisprudenza amministrativa abbia ancora colto o avuto occasione di cogliere la necessità di articolare, sotto questo profilo, la valutazione dell'interesse alla cautela. Il punto, ai fini del nostro discorso, è che, nel momento in cui se ne dovrà fare carico, sarà costretta almeno *in parte qua* a dismettere i panni del "temporeggiatore".

Una tale inconveniente potrebbe però venire evitato dall'impresa, avendo l'accortezza di acquisire e produrre l'ammissione al controllo nel giudizio amministrativo, soltanto dopo gli esiti della tutela cautelare[40].

5. Le interferenze sostanziali.

Un altro punto problematico ineludibile è la sovrapposizione dei giudizi sui presupposti "sostanziali". Non sfugge infatti la chiara percezione che i presupposti legislativi del controllo giudiziario vogliano ricalcare quelli dell'interdittiva prefettizia: se l'agevolazione occasionale serve per distinguere da quella non occasionale dell'art. 34, essa deve pur sempre tradursi in "circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività".

Mettiamoci anzitutto dal punto di vista del giudice della prevenzione.

Una prospettiva che potrebbe contribuire a rimuovere l'interferenza è ravvisabile in quella giurisprudenza, allo stato, minoritaria, per la quale, in sede di ammissione, il giudice non dovrebbe tanto soffermarsi sull'esistenza e sui caratteri dell'infiltrazione, in qualche modo, pur provvisoriamente, già acclarata dall'interdittiva prefettizia, bensì vagliare in via prognostica la bonificabilità dell'impresa, mentre quell'ordine di valutazioni sarà possibile successivamente agli esiti del controllo e ai fini dei vari provvedimenti che il giudice potrà a quel punto adottare.

Non a caso questa interpretazione mette in campo anche l'argomento che, altrimenti, "in qualche modo" si "finirebbe per sindacare l'operato della Prefettura" che è "rimesso in via esclusiva al T.A.R.". L'inconveniente non viene invece riproposto ove l'apprezzamento dell'infiltrazione avvenga soltanto agli esiti del controllo[41]. Ed una motivazione può certo addursi: tale apprezzamento, essendo il frutto di una sopravvenienza, cioè del *quid novi* derivante dallo svolgimento della misura, di per sé non dovrebbe incidere sulla legittimità dell'interdittiva, che va valutata dal giudice amministrativo secondo il principio del *tempus regit actum*, potendo semmai, quando il

[40] Più in generale una siffatta strategia ha già peraltro riscontro nella casistica. Così ad es. Trib. Bologna II pen. 30/1/2018, n. 16/2017: "Stante l'infruttuosa impugnazione del provvedimento amministrativo in sede cautelare, l'art. 34-*bis* al comma 6 consente all'impresa destinataria dell'informazione interdittiva antimafia di "sottoporsi volontariamente" a controllo giudiziario".

[41] Trib. Firenze 28 maggio 2018 n. 100/18 RG, cit..

ricorso amministrativo sia rigettato e l'esito del controllo sia favorevole per l'impresa, costituire un buon viatico per ottenere la revisione liberatoria del prefetto.

Il discorso cambia radicalmente, alla luce della giurisprudenza prevalente e, pur valorizzando anche il profilo della prognosi di bonifica, in quella recente delle stesse Sezioni Unite, non appena la valutazione dei presupposti debba comunque investire, già in sede di ammissione della misura, l'occasionalità dell'agevolazione e dunque il pericolo d'infiltrazione. In questo orientamento, pur ricorrendo laconicamente l'affermazione che il giudice della prevenzione non possa sindacare la legittimità dell'interdittiva, in realtà non ci si fa carico della interferenza sostanziale di tale giudizio sul processo amministrativo. Eppure ciò è del tutto evidente, quali che siano le decisioni sulla richiesta dell'impresa: se si accoglie, si assevera l'esistenza di un pericolo di infiltrazione su cui si fonda l'interdittiva; tanto più lo si assevera, se si rigetta perché l'agevolazione è non occasionale, a mente dell'art. 34, ove il più contiene il meno. Ma per quanto improbabile può esservi anche un'altra evenienza, e cioè che il giudice rigetti, poiché ritiene che non sussista "alcuna" agevolazione, neanche occasionale, o comunque che l'agevolazione occasionale non abbia determinato un pericolo d'infiltrazione, sicché l'impresa non abbia in realtà interesse ad agire, cioè a ricevere l'aiuto salvifico, sconfessando così l'interdittiva.

Per altro verso, non ci si pone affatto il problema, in senso inverso, dell'incidenza sostanziale dell'eventuale definizione giudizio amministrativo sulla decisione del giudice della prevenzione, ma, questa volta, per l'assorbente ragione che, per questa stessa giurisprudenza, la suddetta definizione, qual che ne sia l'esito, determina, troncando ogni possibilità d'interferenza, l'inammissibilità o l'interruzione della misura di salvataggio.

Vediamo adesso il problema dal punto di vista del giudice amministrativo.

La via dell'autonomia del processo amministrativo che assicuri da ogni interferenza sostanziale da parte del giudice della prevenzione sarebbe praticabile soltanto se si adottasse una disciplina che anteponga la definizione della lite amministrativa all'esperibilità della misura di salvataggio. Ipotesi che peraltro potrebbe essere approfondita *de jure condendo*. Se l'impresa non impugna o se viene rigettato il ricorso, magari, per accorciare i tempi, limitandosi il presupposto al solo rigetto cautelare definitivo, e allora, proprio perché rimane acclarata l'esistenza del pericolo di inflitrazione, è naturale che si possa provare ad accedere alla misura salvifica. Ciò peraltro consentirebbe di dare conforto alle esigenze cautelari perseguibili soltanto di fronte al giudice amministrativo, come abbiamo visto riguardo al problema degli atti conseguenziali già adottati.

Ma il quadro è ben diverso, e la giurisprudenza amministrativa, per non pregiudicare il salvataggio, sospende o rinvia il processo. A questo punto è evidente che la definizione della lite costituirà necessariamente un *posterior* rispetto alla vicenda del salvataggio.

Abbiamo appena evidenziato, stando alla giurisprudenza prevalente, come qualsiasi decisione del giudice della prevenzione non possa non toccare i presupposti sostanziali dell'interdittiva. Ed infatti di tale interferenza, pur in assenza di un vincolo formale, si ha già contezza nella casistica giurisprudenziale, e con esiti peraltro

disomogenei. Ed infatti, in talune pronunce, si afferma che "l'ammissione al controllo giudiziario conferma la legittimità dell'interdittiva, atteso che "il requisito della occasionalità può giustificare l'ammissione all'istituto del controllo giudiziario, da parte del giudice della prevenzione, ma non è mai tale da smentire l'esistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa, che anzi presuppone", ricordando che il giudice della prevenzione dispone il controllo "solo «se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività», costituendo l'accertamento di tali circostanze indefettibile presupposto per la concessione della misura"[42], o che non va attribuito rilievo alla mera "occasionalità" accertata dal giudice di prevenzione come elemento che indebolisce i presupposti dell'interdittiva[43]. Così come, al contrario, vi sono pronunce di accoglimento del ricorso, ove "il Collegio è stato confortato, nella valutazione sin qui svolta, anche dall'opinione del Tribunale di Catanzaro, pur espresse ai diversi fini dell'ammissione della ricorrente al controllo giudiziario"[44], ovvero si trae argomento dal fatto che il giudice della prevenzione, in sede di ammissione, "ha escluso che l'infiltrazione mafiosa possa avere natura non occasionale", pervenendo alla conclusione che "il compendio indiziario che ha motivato la determinazione prefettizia appare privo dell'univocità e della serietà necessarie a sostenere un provvedimento prefettizio, giacché il pericolo di influenza criminale risulta essere oggettivamente remoto"[45].

6. Revisione non liberatoria e reiterazione delle istanze di controllo giudiziario.

Uno dei presupposti affinché l'impresa possa chiedere la misura di salvataggio è, come si è visto, la presenza di un'interdittiva. Vi è tuttavia da chiedersi se tale presupposto possa ritenersi esaudito anche in presenza di un provvedimento di revisione prefettizia non liberatorio.

La questione è sicuramente di grande rilievo pratico. Si prenda il caso di un'impresa che lasci consumare il termine di impugnazione o che decida di non impugnare o ancora che si ritrovi un giudicato di rigetto del ricorso. Stando gli attuali orientamenti della giurisprudenza di prevenzione, occorrerà un altro provvedimento da impugnare per potere chiedere la misura di salvataggio. Questo risultato può ottenersi facendo istanza di revisione, atteso che, secondo consolidata giurisprudenza amministrativa, da tale istanza deriva un obbligo di provvedere a carico dell'autorità prefettizia.

Ebbene, non vi è dubbio che, qualora l'istanza contenga un *quid novi* e l'autorità prefettizia debba effettuare una nuova valutazione dei presupposti, l'eventuale diniego di liberatoria avrebbe un autonomo rilievo provvedimentale assimilabile all'originaria

[42] Cons. st. n. 6377/2018 cit..
[43] Tar Campania Napoli I n. 6243/2018.
[44] Tar Calabria Catanzaro I 2019 n. 1538/2019, nonché n. 1776/2019.
[45] Tar Calabria Catanzaro I n. 1213/2019.

interdittiva. In tal caso, ben potrà l'impresa impugnare e chiedere la misura di salvataggio a partire dal suddetto diniego.

È possibile tuttavia che l'istanza di revisione non presenti invero delle novità, sicché il diniego di liberatoria avrebbe un valore meramente confermativo della precedente interdittiva. In tal caso, ammettere la misura del salvataggio renderebbe facile un'elusione del requisito dell'impugnazione, essendo sempre possibile sollecitare artificiosamente un nuovo provvedimento da impugnare attraverso la revisione.

Nulla certo impedisce che l'impresa impugni il diniego, anche perché la presenza o meno di novità rilevanti o il carattere o meno confermativo del provvedimento sono spesso alquanto controversi, e spetterà al giudice amministrativo scrutinare questi aspetti. Cosa dovrà fare il giudice della prevenzione in sede di ammissione? Dovrà, per non invadere l'ambito proprio del giudizio amministrativo, rinunciare ad ogni valutazione sul rilievo sostanziale del diniego di liberatoria, cioè sul suo carattere o meno conformativo, o potrà invece sindacare siffatto profilo squisitamente amministrativistico in concorrenza col giudice amministrativo?

Ancora una volta l'inutile presupposto aggiuntivo dell'impugnazione diviene fonte di difficoltà. È preferibile dunque ritenere che il giudice della prevenzione debba ritenere esaudito il presupposto formale dell'impugnazione, senza poter effettuare alcun sindacato sul carattere o meno conformativo del diniego di liberatoria. O tutt'al più che un tale sindacato possa operarsi con valore ostativo nei soli casi in cui il carattere confermativo sia manifesto. In ciò potrebbe anche giocare il fatto che il giudice amministrativo si sia *medio tempore* pronunciato al riguardo in sede cautelare, con la sentenza di prime cure o con il cautelare in appello, prima di sospendere il giudizio: ma si tratta solo di un'eventualità che dipende dal momento in cui il ricorrente produce in giudice l'avvio della misura di salvataggio e che rimane preclusa con l'immediata sospensione del giudizio qualora tale produzione avvenga già nella cautela di prime cure.

Queste problematiche possono poi altresì refluire sulla questione della reiterabilità dell'istanza di salvataggio.

Si tratta di un'ipotesi del tutto fisiologica. Si prenda il caso dell'avvenuto ricorso, dell'avvio della misura del salvataggio e della conseguente sospensione del giudizio amministrativo. È ben possibile che il salvataggio dia esito positivo e che poi il ricorso venga comunque rigettato. Eventualità quest'ultima anch'essa del tutto fisiologica, sia perché l'esito positivo del salvataggio può essere consistito nell'aver bonificato il pericolo d'infiltrazione esistente, sia perché, anche qualora il controllo abbia mostrato che invero quella che sembrava un pericolo d'inflitrazione non sussisteva, l'interdittiva potrebbe rimanere legittima in base al principio del *tempu regit actum*.

A quel punto, è del tutto ovvio che l'impresa, sulla base del *quid novi* del salvataggio, presenterà un'istanza di revisione liberatoria. È probabile che l'istanza verrà accolta, ma non è da escludere che invece possa esservi un diniego. L'impresa dunque impugnerà il diniego, di certo non conformativo, poiché nessuno potrà negare che l'applicazione *medio tempore* della misura di salvataggio costituisca un *quid novi*, e potrà, ancora una volta, valutare se è il caso di attivarsi per un'ulteriore misura di salvataggio.

Vi sono dei limiti alla reiterazione delle misure di salvataggio? Non pare che di tali limiti si possa affermare l'esistenza, sia perché la legge non li prevede, sia perché la stessa *ratio* di questi istituti, essendo anche volta ad un interesse generale, non si presta ad ostacoli siffatti. Non è del resto privo di significato, *mutatis mutandis*, che la giurisprudenza di prevenzione ammetta la possibilità della reiterazione dell'istanza a seguito, questa volta, non già dell'avvenuto svolgimento di una prima misura, bensì di un suo primo rigetto[46].

7. Conclusioni.

È difficile trarre delle conclusioni in una materia ancora così incerta e complessa, in ragione sia delle resistenze ad accogliere il nuovo principio del salvataggio, sia dell'intreccio tra sistema di prevenzione e sistema giuspubblicistico.

La superiore analisi consente tuttavia qualche breve considerazione.

De iure condito, se è vero che il presupposto dell'impugnazione è stata un'aggiunta inutile e dannosa, la giurisprudenza di prevenzione dovrebbe rimeditare i propri orientamenti allo stato dominanti, non enfatizzando il rilievo di tale presupposto (perduranza della pendenza del ricorso amministrativo), ma, al contrario, riducendolo al lumicino, sicché l'esito del giudizio amministrativo non dovrebbe di per sé determinare automatiche conseguenze sulla misura in corso, né precludere lo stesso avvio della misura successivamente al formarsi del giudicato amministrativo, purché, e qui siamo al lumicino, un'impugnazione vi sia stata.

Questa sarebbe già una buona premessa per provare a riannodare, in modo più conforme alla *ratio* della riforma, le fila di questa complicata materia.

De iure condendo, non è certo da escludere che possa essere necessario un intervento normativo, per rimuovere o correggere gli aspetti di imperfezione evidenziati, ma soprattutto per dare una più chiara soluzione ai rapporti tra le giurisdizioni.

Una traccia tutta ancora da approfondire e da costruire tecnicamente potrebbe essere questa: in presenza di un'interdittiva, il presupposto per la domanda di salvataggio dovrà consistere o nella mancata impugnazione o, in caso di ricorso, nel provvedimento cautelare definitivo di rigetto o nella definizione di un apposito rito speciale superaccelerato.

[46] Trib. Bologna Decreto 31/10/2018, n. 45/2018.

3/2020

FALSO IN ATTESTAZIONI E RELAZIONI: I LABILI CONFINI DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL PROFESSIONISTA ATTESTATORE

Nota a Trib. Alessandria, sent. 18 luglio 2019 (dep. 14 ottobre 2019), Giud. Bargero

di Gabriele Ponteprino

*La pronuncia in esame risulta, a quanto ci è dato constatare, una delle prime sentenze edite riguardanti il delitto di falso in attestazioni e relazioni. Il professionista attestatore avrebbe infatti consapevolmente omesso di indicare informazioni rilevanti, compilando una relazione fortemente rivolta a permettere all'imprenditore in crisi di accedere alla procedura di concordato preventivo. Peraltro, questi non avrebbe potuto esser chiamato a svolgere tale delicato incarico per mancanza dei requisiti di indipendenza ed imparzialità espressamente richiesti dall'art. 67, comma 3, l. fall. La presente trattazione intende brevemente analizzare i numerosi profili di criticità della fattispecie di cui all'art. 236-*bis *l. fall., tanto sul versante della delimitazione del perimetro di tipicità, che sotto il profilo della dimostrazione dell'elemento soggettivo.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Breve *excursus* storico. L'introduzione del delitto di falso in attestazioni e relazioni. – 3. Tratti essenziali della fattispecie: l'indipendenza del professionista attestatore. – 3.1. Le condotte incriminate: gli incerti confini del falso penalmente rilevante. – 3.2. La difficile prova del dolo del professionista: un riscontro necessariamente indiziario. – 4. Epilogo. Brevi cenni sul "nuovo" art. 342 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Alessandria, a termine di un *iter* motivazionale conciso ma puntuale, ha riconosciuto la responsabilità penale del professionista attestatore per il reato previsto dall'art. 236-*bis* l. fall. Questi era stato chiamato dal presidente del consiglio di amministrazione di un'impresa in crisi a redigere la relazione di cui all'art. 161, comma 3, lett. d), l. fall., che, com'è noto, deve necessariamente accompagnare la domanda di ammissione al concordato preventivo, al fine di attestare la veridicità dei dati aziendali in essa contenuti e l'effettiva fattibilità del piano.

Secondo la prospettazione accusatoria, l'imputato, nell'adempiere al suo incarico, avrebbe consapevolmente esposto "informazioni false" ed omesso

"informazioni rilevanti" concernenti la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società, integrando così gli estremi del tipo delittuoso.

A conclusioni in parte dissimili è pervenuto il giudice del merito, che – dopo un'accurata disamina delle singole attestazioni – ha rintracciato profili di falsità soltanto nella voce riguardante l'attivo della compagine sociale. Precisamente, l'attestatore avrebbe mancato di specificare che l'apporto di nuova finanza, quantificabile in 200.000 €, doveva essere fornito dalla madre dell'imprenditore, la quale, peraltro, si era limitata alla mera promessa di versare questa somma di denaro nelle casse aziendali.

Sul versante soggettivo, il dolo risulterebbe provato dalle "reiterate anomalie" rinvenibili nell'intera relazione, da cui emerge un atteggiamento di "piena e acritica adesione" agli intenti dell'imprenditore. Tale assunto troverebbe un decisivo riscontro nel fatto che il professionista fosse, sin dall'inizio, sprovvisto dei requisiti di indipendenza e di imparzialità espressamente richiesti dall'art. 67, comma 3, l. fall., dal momento che, prima di assumere l'incarico, aveva preso parte alla gestione contabile della società e si era occupato di alcune delicate questioni tributarie.

2. Breve *excursus* storico. L'introduzione del delitto di falso in attestazioni e relazioni.

La sentenza in commento, a quanto ci è dato constatare, risulta una delle prime pronunce edite riguardanti il delitto di falso in attestazioni e relazioni che, fin dalla sua introduzione, per mano del D.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modifiche dalla l. 7 agosto 2012, n. 83, ha avuto scarsissima applicazione nella prassi giudiziaria[1].

Le ragioni dell'inserimento dell'art. 236-*bis* nel *corpus* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 sono note; il legislatore, nell'ottica di una progressiva "privatizzazione" delle procedure concorsuali, ha predisposto una serie di strumenti alternativi al fallimento diretti a favorire, ove possibile, la prosecuzione dell'attività di impresa[2]. In questo

[1] Tra le poche sentenze reperibili nella giurisprudenza di merito si richiamano: Trib. Torino, Sez. G.i.p., ord. 16 luglio 2014, in *Cass. pen*., 2014, p. 2422, annotata da M. GROTTO, *Il falso del professionista nelle procedure negoziate della crisi d'impresa*; Trib. Pescara, sent. 30 settembre 2019, il cui testo è consultabile sul portale *www.leggiditalia.it*. La Cassazione, invece, non si è ancora pronunciata in merito alle questioni interpretative sollevate dall'art. 236-*bis*, ma – in via incidentale – ha escluso che al professionista attestatore possa essere conferita la qualifica di pubblico ufficiale; cfr. Cass. pen., Sez. V., 2 dicembre 2015, n. 9542, c. on nota di E. FONTANA, *Ai fini penali, il professionista attestatore del concordato non è un pubblico ufficiale*, in *Dir. & Giust.*, 2016, fasc. 13, p. 56 ss. Sull'impatto della fattispecie *de qua* nella prassi applicativa: E. JANNUZZI – A.REGI, *Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2017, p. 99.

[2] Sin dai primi anni 2000 il diritto fallimentare è stato interessato da una pluralità di riforme, il cui minimo comune denominatore risiede nel superamento del carattere afflittivo delle procedure concorsuali: al fallimento si affianca una pluralità di strumenti alternativi che, in una logica essenzialmente negoziale, mira a garantire il soddisfacimento dei creditori, senza tuttavia compromettere la prosecuzione dell'attività di impresa. Per una puntuale disamina delle modifiche legislative che hanno riguardato tale materia v. *ex plurimis*: A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011; C. CAVALLINI, *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo di insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 762 ss. L'ultima tappa – si vedrà *infra* – è segnata dalla promulgazione del codice della crisi d'impresa (il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in vigore dal 15 agosto 2020), con cui il legislatore è

contesto il controllo pubblico si attenua notevolmente ed il ruolo del giudice delegato[3] viene parzialmente "rimpiazzato" dalla figura del professionista attestatore – un soggetto iscritto al registro dei revisori contabili, terzo e indipendente rispetto alla struttura aziendale – che ricopre una posizione strategica nel complesso *iter valutativo* per l'accesso alle soluzioni "negoziate" della crisi[4]. Precisamente, costui è chiamato ad attestare la veridicità e la completezza dei dati forniti dall'imprenditore e – in un secondo tempo – a compiere una delicata valutazione circa "l'idoneità del piano a raggiungere gli scopi normativamente richiesti"[5].

Ecco allora che, a fronte della conclamata inadeguatezza delle preesistenti figure di reato[6], si era avvertita da più parti l'esigenza di introdurre una fattispecie delittuosa *ad hoc*, specificamente volta a punire le falsità del professionista nell'espletamento del suo incarico[7].

L'intervento legislativo del 2012 è stato dunque salutato con estremo favore da parte degli studiosi: la previsione di un reato proprio e di mano propria[8] permette, infatti, di circoscrivere con maggiore precisione i confini della responsabilità penale dell'attestatore che, in precedenza, poteva essere incriminato soltanto quale concorrente atipico nei delitti commessi dall'imprenditore in crisi – con indubbio sacrificio del principio di tassatività – ovvero per le fattispecie di falso inserite nel dettato codicistico[9].

---

intervenuto in maniera organica sulle procedure concorsuali, superando definitivamente il concetto di fallimento; per un primo commento alla normativa si vedano S. DELLA ROCCA – F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al D.Lgs. N.14/2019*, Padova, 2019 e A.A. V.V., *Fallimento e crisi di impresa*, Milano, 2020.

[3] Come precisato da T. GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi di impresa*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, p. 74, il giudice delegato si limita ora a vigilare sulla legalità formale della procedura e sul rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Si veda, altresì, A. PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice. Regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti*, Milano, 2009, *passim*, cui si rinvia per un'analisi di più ampio spettro sul ruolo dell'A.G. nell'ambito del "rinnovato" diritto fallimentare.

[4] Per tutti: F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista attestatore e le valutazioni*, in *L'Ind. pen.*, 2014, 131; sugli stringenti requisiti richiesti al professionista attestatore il rimando è a N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, Torino, 2016, p. 137 ss.

[5] Così: F. CONSULICH, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità 'paracolpevole': spunti a partire dal nuovo art. 236-bis* L.F., in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 613. In sostanza il professionista si fa "garante della veridicità nonché della sostenibilità e/o fattibilità dei piani, accordi e proposte alla base delle procedure alternative al fallimento". Cfr. S. BRUNO – G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall: il reato di falso in attestazioni e relazion*i, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), Vicenza, 2017, p. 2245.

[6] R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, p. 367.

[7] Come espressamente ammesso dalla *Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione (A.C. 5312)*, p. 33, la sanzione penale è necessaria "per saldare i meccanismi di tutela e per bilanciare adeguatamente il ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore nell'intero intervento normativo".

[8] F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 622 ritiene che si tratti di un reato "iperproprio", che può essere perpetrato unicamente da chi apponga la propria firma in calce alla relazione, appropriandosi del suo contenuto; in senso analogo A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, 2014, p. 281, che parla di "fattispecie a soggettività ristretta normativamente prevista".

[9] F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 130. Anteriormente alla promulgazione

Peraltro, la possibilità di inquadrare le condotte illecite nell'alveo dei reati contro la fede pubblica era subordinata alla previa risoluzione della delicata questione interpretativa concernente la natura (privatistica o pubblicistica) del suo ufficio, che, grazie alla tipizzazione dell'art. 236-*bis*, viene completamente *bypassata*[10].

3. Tratti essenziali della fattispecie: l'indipendenza del professionista attestatore.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte appare evidente che l'introduzione del reato di falso in attestazioni e relazioni rappresenti un presidio indispensabile al corretto svolgimento delle soluzioni "concordate" della crisi aziendale[11].

La totale indifferenza mostrata dal legislatore rispetto all'esito finale della procedura ci induce a ricondurre l'art. 236-*bis* l. fall. nella categoria dei reati a consumazione anticipata[12]: il nucleo essenziale della fattispecie risiede, infatti, nell'infedeltà del professionista che, presentando una relazione deliberatamente inveritiera, abusa della fiducia in lui riposta dai creditori e dall'Autorità giudiziaria[13].

---

dell'art. 236-*bis* era sorto un "significativo dibattito" in merito alla qualificazione giuridica delle condotte dell'attestatore: secondo una prima tesi costui avrebbe assunto la veste di garante *ex* art. 40 cpv. e, pertanto, avrebbe dovuto rispondere per il mancato impedimento dei reati posti in essere dall'imprenditore. Un secondo indirizzo ermeneutico attribuiva invece al professionista la qualifica di pubblico ufficiale o di persona esercente un servizio di pubblica necessità, facendone rispettivamente discendere la responsabilità *ex* artt. 479 e 480 c.p. ovvero *ex.* art. 481 c.p.; si vedano, ampiamente, N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa,* cit., p. 147 ss.; D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 3-4/2014, p. 368 e, nella manualistica, E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna 2016, p. 401.

[10] La Cassazione, in linea con la dottrina maggioritaria, propende per l'esclusione della qualifica pubblicistica in considerazione del fatto che l'esperto viene nominato dall'imprenditore in crisi dal quale, peraltro, percepisce un compenso per l'attività prestata. Cfr. Cass. pen., Sez. V., 2 dicembre 2015, n. 9542, cit.; nello stesso senso: A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Vol. IV, Torino, 2018, p. 180, nonché E. RECCIA, *Le soluzioni concordate alla crisi di impresa*, in A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica. Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo – C.E. Paliero, Torino, 2017, p. 628. anche la giurisprudenza civile conclude per la natura privata del suo incarico: le stesse Sezioni unite, in una pronuncia del 2013, hanno infatti ritenuto che l'attestatore svolga funzioni "assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice". V. Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giust. Civ., 2013,* 2, I, p. 314 ss.

[11] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 177. Nello specifico, la fattispecie *de qua* "tutela l'effettiva garanzia di veridicità dei dati esposti dal debitore e di fattibilità del piano per superare lo stato di crisi (e provvedere al pagamento dei debiti)"; si tratta di un reato plurioffensivo che, oltre alla fede pubblica, mira a salvaguardare gli interessi patrimoniali dei creditori; così: G.G. SANDRELLI, *La riforma penale della legge fallimentare: i rimedi per la crisi di impresa, il concordato preventivo e le nuove fattispecie*, in *Arch. pen. web*, 2/2015, p. 29.

[12] L'art. 236-*bis* prevede dunque un reato di pericolo, il cui momento consumativo coincide con il deposito dalla relazione nella cancelleria del Tribunale Fallimentare. Non è infatti richiesto che le dichiarazioni infedeli producano un "evento di danno nei confronti dei creditori"; tale evenienza potrà eventualmente rilevare quale circostanza aggravante, come prescritto dal terzo comma dell'art. 236-*bis*. Cfr., tra gli altri, S. BRUNO – G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 2256 e T. GUERINI, *Il falso in attestazioni e relazioni*, in N. MAZZACUVA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Vicenza, 2018, p. 276.

[13] F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 623.

Fiducia che, a nostro avviso, verrebbe integralmente tradita qualora l'attestatore assumesse l'incarico in mancanza delle condizioni soggettive indicate dall'art. 67, comma 3, l. fall.[14]; in effetti, stando alle indicazioni contenute nei *Principi di attestazione dei piani di risanamento* elaborati dal CNDCEC, nella prima parte della relazione dovrebbe comparire "la dichiarazione relativa ai requisiti di professionalità e di indipendenza, nonché di assenza di condizioni di incompatibilità di cui all'art. 28 L.F." [15].

Sulla scorta di questi rilievi, una parte minoritaria della dottrina ritiene che la falsità di tali informazioni assurga ad elemento costitutivo del reato *de quo*, a prescindere dalle possibili ripercussioni sulle determinazioni assunte dai soggetti coinvolti nella procedura concorsuale[16]. Tuttavia, l'art. 161 l. fall., nel descrivere il contenuto della relazione di accompagnamento alla domanda di ammissione al concordato preventivo, fa unicamente riferimento all'attestazione della "veridicità dei dati aziendali" e della "fattibilità del piano". Pertanto, a nostro avviso, è da condividersi la diversa posizione assunta dalla sentenza in commento, la quale esclude che la mancanza di indipendenza del professionista – *rectius* la falsa dichiarazione in merito al possesso di tale requisito – integri, di per sé, gli estremi del tipo delittuoso.

Una simile lettura, oltre a garantire il rispetto del principio di legalità, consentirebbe di delimitare con un maggior grado di precisione i confini dell'art. 236-*bis*, che, al contrario, risulterebbero estremamente incerti se la sua portata applicativa venisse estesa alle ipotesi in cui la dichiarazione mendace riguardasse la sussistenza delle menzionate qualità soggettive. Sebbene il legislatore abbia individuato in maniera apparentemente puntuale i requisiti necessari a qualificare come indipendente l'attestatore, da una più approfondita esegesi del dato normativo emergono invero numerose incertezze interpretative[17] che, chiaramente, potrebbero ripercuotersi

---

[14] Per quanto specificamente concerne il requisito della professionalità, l'attestatore non deve soltanto comparire nel registro dei revisori contabili ma – in ragione del rinvio all'art. 28 lett. a) e b) disposto dall'art. 67 l. fall. – essere iscritto ad uno specifico albo professionale (alternativamente, quello degli avvocati, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e dei ragionieri commercialisti): la carenza di uno o di entrambi i requisiti comporterebbe la sussistenza del delitto di esercizio abusivo della professione, previsto dall'art. 348 c.p. Sul punto: T. GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore,* cit., p. 80; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, p. 287 ss.

[15] Vd. *Principi di attestazione dei piani di risanamento, approvati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili in data 3 settembre 2014*, consultabili a questo *link*, p. 46.

[16] G.L. PERDONÒ, *Reati commessi da persone diverse dal fallito,* in A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa,* Padova, 2018, p. 647.

[17] Cfr. F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 132 s. Particolarmente ambigua appare la formulazione dell'art. 67, comma 3, l. fall. nella parte in cui statuisce che "il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio". In primo luogo, non è chiaro cosa debba rientrare nella nozione di "interesse rilevante"; inoltre – stante il richiamo ai requisiti previsti dall'articolo 2399 c.c. – risulta particolarmente arduo attribuire una valenza autonoma alla locuzione "rapporti di natura personale o professionale"; ragione per cui, il compito demandato all'interprete appare estremamente delicato e foriero di esiti non facilmente prevedibili. A riguardo si legga, anche: F. TETTO, *La ritrovata indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2013, p. 677.

sull'accertamento della responsabilità *ex* art. 236-*bis*, accentuando le frizioni con i fondamentali principi di tassatività e determinatezza[18].

D'altro canto – lo si vedrà nel prosieguo – è innegabile che il difetto di indipendenza del professionista – per quanto "estraneo" alla tipicità del fatto – possa rivelarsi un elemento decisivo sul piano probatorio, tanto sul versante obiettivo che sotto il profilo della dimostrazione del dolo.

3.1. Le condotte incriminate: gli incerti confini del falso penalmente rilevante.

Come anticipato in premessa, l'art. 236-*bis* l. fall. tipizza un reato di mera condotta che – secondo il tradizionale schema dei delitti di falso – può essere realizzato in due modalità alternative: l'esposizione di "informazioni false" ovvero l'omissione di "informazioni rilevanti"[19].

È del tutto evidente che la norma incriminatrice, così come formulata, presenti numerosi aspetti critici che, senza dubbio, non agevolano la sua concreta operatività[20]. *In primis*, il tenore letterale dell'art. 236-*bis* sembrerebbe richiedere il requisito della "rilevanza" per la sola omissione di informazioni false, mentre, sul versante attivo, qualsiasi attestazione mendace potrebbe astrattamente integrare gli estremi del tipo delittuoso[21]. Tuttavia, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 236-*bis* che – oltre a ripristinare la simmetria tra le condotte incriminate[22] – risulti conforme al principio di offensività, impone di riferire detto requisito anche alle ipotesi commissive: in questo modo verrebbero espunti dal perimetro della fattispecie tutti quei casi in cui le false dichiarazioni o attestazioni non abbiano alcuna incidenza sul "giudizio finale" del professionista[23].

---

[18] Di questo avviso G.L. PERDONÒ, *Reati commessi da persone diverse dal fallito,* cit., p. 647.

[19] L'art. 236-*bis* l. fall. integrerebbe una peculiare ipotesi di falso ideologico in scrittura privata "punita in via eccezionale dall'ordinamento"; Si tratta, con tutta evidenza, di una norma a più fattispecie: pertanto, se nella relazione si cumulano una pluralità di attestazioni false, sussisterà, in ogni caso, un unico reato. Cfr. R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 91, nonché C. FARINA, *Gli altri reati del fallito e delle persone diverse dal fallito*, in R. Rampioni (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2016, p. 288.

[20] Così anche G.P. DEL SASSO, *Fallimento e concordato preventivo (II parte). Le modifiche alle disposizioni penali*, in *Giur. It.*, 2017, p. 508, che individua nella "sconfinata ampiezza" dell'elemento obiettivo del reato una delle principali ragioni della sua ridotta portata applicativa.

[21] Per tutti: R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino,* in *Guida Dir.,* 2012, fasc. 29, p. 49; in questo modo – osserva E. MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Arch. pen. web*, 1/2015, p. 9 – verrebbero sanzionate tutte le false comunicazioni del professionista attestatore, a prescindere dal rilievo "per l'attendibilità dei dati di bilancio e la fattibilità del piano".

[22] In questi termini: v. F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 624. D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi,* cit., p. 371, nell'indagare la *ratio* della scelta legislativa, ritiene che la condotta attiva sia connotata da una maggiore capacità decettiva e, pertanto, esprima un disvalore intrinsecamente più elevato rispetto alla mera omissione di informazioni.

[23] Sul punto la dottrina è sostanzialmente concorde; si veda, per tutti, R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 96; dello stesso avviso la giurisprudenza: in uno dei pochi precedenti riguardanti il delitto *de quo*, il Tribunale di Pescara, sent. 30 settembre 2019, cit., p. 7 ha ravvisato la necessità di "estendere la rilevanza anche alle informazioni esposte" alla luce dei fondamentali principi di

Le più delicate questioni interpretative riguardano però il significato da attribuire al termine "informazione", cui fanno riferimento entrambe le condotte descritte dal tipo delittuoso[24]. L'art. 236-*bis* omette infatti di considerare che l'attività del professionista si articola in due momenti distinti[25]. Come rilevato poc'anzi, in una prima fase – prettamente *informativa* – egli è chiamato ad accertare la veridicità delle scritture contabili presentate unitamente alla domanda di ammissione alla procedura prescelta. Si tratta di un compito tutt'altro che agevole, atteso che l'attestatore è "per definizione" estraneo alla compagine sociale e ne conosce la situazione economica, patrimoniale e finanziaria soltanto attraverso i documenti fornitigli dall'imprenditore dopo l'assunzione dell'incarico[26]. In un secondo momento, la legge gli impone di valutare le possibilità di successo del piano; ebbene, se nel concetto di "informazione" venissero ricompresi i soli dati suscettibili di essere qualificati in termini di verità o di falsità, tale giudizio, di natura eminentemente prognostica, non potrebbe di certo assumere rilevanza *ex* art. 236-*bis* l. fall.[27].

Di questo avviso si è mostrata la sentenza in commento: secondo il giudice procedente, benché al professionista venga "certamente richiesta una valutazione attendibile" in merito alla proposta di concordato, suddetta "valutazione, ancorché sbagliata (magari per difetto di inun'dipendenza o per un approccio troppo favorevole dell'imprenditore), non entra nel fuoco della fattispecie *de qua*, nella quale vengono

---

"eguaglianza sostanziale e di analogia *in bonam partem*". Sull'ambiguo tenore della nozione di "informazione rilevante" si rinvia a F. BONATO, *La patologia dell'attestazione: l'art. 236-bis l. fall. e il "falso in attestazioni e relazioni"*, in *Fallimento*, 2019, p. 310; secondo l'A. tale "fumoso concetto" sarebbe assimilabile al criterio di "ragionevolezza", "così da poter tenere conto della portata dell'informazione falsa e del suo maggiore o minore scostamento dalla realtà fenomenica". Peraltro, l'esclusione dall'alveo di tipicità dell'art. 236-*bis* delle false dichiarazioni/attestazioni "irrilevanti" potrebbe dedursi dalla concreta declinazione dei principi enucleati dalla Corte di cassazione a Sezioni unite, la quale, nel diverso ambito dei delitti contro la fede pubblica, ha negato che il falso "inoffensivo per la concreta inidoneità ad aggredire gli interessi da esso potenzialmente minacciati" – il cd. falso innocuo – assuma rilevanza penale; spetta dunque al giudice del merito verificare, "in relazione alle peculiarità del singolo caso", gli effetti prodotti dalla falsità sulla situazione giuridica di volta in volta considerata; cfr. Cass. pen., Sez. un., 25 ottobre 2007, n. 46982, in *Riv. pen.*, fasc. 4, p. 382 ss.; sulla funzione selettiva del principio di offensività in relazione ai delitti di falso, si legga diffusamente I. GIACONA, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, Torino, 2007, *passim*.

[24] Come osserva T. GUERINI, *Il falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 281 la "formula semantica" adottata dal legislatore risulta "scarsamente selettiva", tenuto conto della "fortissima componente soggettiva" che caratterizza l'attività dell'attestatore.

[25] La relazione del professionista ha dunque una struttura essenzialmente "bipartita"; e*x multis*: S. BRUNO – G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 2258, F. BONATO, *La patologia dell'attestazione*, cit., p. 310.

[26] A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 181.

[27] Il sostantivo "informazione" – "evocando un fatto come oggetto di notizia" – sembrerebbe unicamente riferibile ai "fatti obiettivi" e "ai valori di immediata percezione" e non, anche, alle valutazioni, che incorporano insopprimibili elementi di natura soggettiva, non connotabili in termini di falsità. Di questo avviso si mostrano A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e altri reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 135 ss., N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa,* cit., p. 147 ss. e R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 96.

tipizzate soltanto le condotte omissive (di informazioni rilevanti) o consistenti nel riportare dati falsi"[28].

Si deve però registrare come la dottrina assolutamente prevalente e i pur esigui precedenti rintracciabili nella giurisprudenza di merito, sulla scorta di condivisibili argomenti di carattere sistematico e teleologico, pervengano ad opposte conclusioni, includendo nella nozione di "informazione" anche i giudizi e/o i pronostici sull'idoneità del piano rispetto agli scopi dichiarati[29]. La responsabilità penale dell'attestatore sussisterebbe allora sia quando egli ponesse a base della propria relazione un compendio informativo falso o incompleto[30], sia nelle ipotesi in cui il giudizio di fattibilità risultasse "insidiosamente incoerente con i criteri indicati all'esordio dell'attestazione"[31]. Non essendo però possibile predicare la falsità di una "valutazione", ai fini del riscontro dell'elemento obiettivo del reato occorrerà verificare se l'agente si sia o meno attenuto ai principi della tecnica professionale comunemente riconosciuti ed accettati secondo le "regole dell'arte"[32].

Si tratta di parametri in parte similari a quelli elaborati in materia di false comunicazione sociali dalla giurisprudenza[33], la quale – com'è noto – conclude per la sussistenza del delitto di cui all'art. 2621 c.c. ogniqualvolta l'agente si discosti "consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa" dai "criteri di

---

[28] Così, testualmente, Trib. Alessandria, 18 luglio 2019, p. 11.

[29] Una siffatta prospettazione risulta pienamente in linea con la *ratio* della fattispecie e coerente a livello sistematico: nonostante il legislatore utilizzi l'ambiguo sostantivo "informazione", l'art 236-*bis* richiama infatti "tutte le attestazioni e relazioni", senza fare alcun distinguo in base al loro contenuto. Cfr. G. SANDRELLI, sub *art. 236-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, III ed., diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2015, p. 2549. Peraltro, anche a livello letterale, l'espressione "informazione" sembra essere "un termine comprensivo tanto dei fatti materiali, oggettivi, frutto del semplice riscontro della conformità tra quanto esposto e quanto effettivamente esistente, quanto di valutazioni che devono essere comunicate al pubblico dei creditori in modo che questi ne siano informati". Così: N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa,* cit., p. 179 s.

[30] F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 623.

[31] Cfr. F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 135. In giurisprudenza, si veda la già citata ordinanza del Tribunale di Torino, Sez. G.i.p., 16 luglio 2014, cit., che ha ritenuto sussistenti i gravi indizi di colpevolezza in capo all'indagato per aver "fornito una attestazione di fattibilità basata […] sul nulla". Più di recente, il Tribunale di Pescara, sent. 30 settembre 2019, cit., ha espressamente ammesso che il falso del professionista possa essere realizzato "non soltanto con riferimento a dati oggettivi o avalutativi, ma anche a quelli che, passando attraverso il vaglio critico dell'attestatore, sono inevitabilmente contaminati da elementi di soggettività", a patto che il suo "campo di valutazione" sia rigorosamente predeterminato.

[32] Tale assunto trova ampia condivisione tra gli studiosi. *Ex multis* F. MUCCIARELLI, *Il professionista attestatore nell'ambito delle procedure di risanamento e la fattispecie di «Falso in attestazioni e relazioni»*, in *Ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012; S. BRUNO – G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 2259; come infatti precisa A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 183 "il giudizio di falsità dipenderà dalla corrispondenza o congruenza del risultato finale con l'indicazione dei criteri seguiti e dalla bontà degli stessi, bontà da intendere come accoglimento da parte della comunità economica e dei professionisti".

[33] In effetti, secondo A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari,* a cura di C.F. Grosso, XIV ed., Milano, 2018, p. 374, la fattispecie di falso in attestazioni e relazioni andrebbe proprio ricondotta alla "tematica del falso valutativo".

valutazione normativamente fissati o dai criteri tecnici generalmente accettati […] in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazione"[34].

Senonché, in mancanza di paradigmi normativi che determinino in maniera puntuale il contenuto e la struttura della relazione, l'autorità procedente non può far altro che ricorrere al criterio della "irragionevolezza manifesta"[35]. In un settore caratterizzato da un elevato tasso di tecnicalità, siffatto parametro appare tuttavia "fisiologicamente inadeguato" a testare la coerenza delle valutazioni espresse dal professionista: l'interprete, pertanto, dovrà necessariamente ricorrere a criteri extra-legali, prevalentemente sviluppati da organismi privati[36]. Si pensi, in particolare, ai già menzionati *Principi di attestazione dei piani di risanamento* del CNDCEC, attraverso cui vengono proposti "modelli condivisi di alta qualità delle attestazioni, ottenibili con l'impiego dei più elevati standard di diligenza professionale", nel dichiarato intento di sopperire al *deficit* di precisione del dettato normativo[37].

Ebbene, per quanto *prima facie* il ricorso a fonti integrative, per giunta extra-legali, sembri porsi in netta antitesi rispetto al principio di stretta legalità, esse risultano invero un supporto indispensabile nella selezione delle condotte penalmente rilevanti[38], consentendo peraltro un recupero di tassatività dell'art 236-*bis*, senza tacere i benefici sul piano della prevedibilità della decisione del giudice[39].

3.2. La difficile prova del dolo del professionista: un riscontro necessariamente indiziario.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 236-*bis* designa una fattispecie a dolo generico, integrato dalla volontà di porre in essere le condotte tipizzate; il soggetto agente deve quindi essere consapevole della falsità delle notizie esposte – e, secondo l'opzione che

---

[34] Vd. Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, annotata da F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni unite e le false comunicazioni sociali tra legalità e* ars interpretandi, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*, 4/2016, p. 174 ss. Sull'estensione all'art. 236-*bis* l. fall. dei principi elaborati in materia di false comunicazioni sociali: N. MENARDO, *Brevi riflessioni sul delitto di falso in attestazioni e relazioni,* in *Giurisprudenza penale Web*, 6/2019, p. 2.

[35] Sul punto, il rinvio è agli scritti di F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 623 e di D. PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi,* cit., p. 372 s.

[36] Così: A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 183; S. BRUNO – G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 2261.

[37] Cfr. *Principi di attestazione dei piani di risanamento, approvati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili in data 3 settembre 2014*, cit., p. 7 s. Tale documento intende precisare il significato da attribuire ai concetti di "falsità" e di "rilevanza" delle informazioni esposte od omeese, al fine di permettere "agli attestatori di svolgere il proprio incarico con una certa sicurezza e tranquillità, ai creditori di esprimere il proprio voto con cognizione di causa e con convinzione e agli organi giudiziari di fare affidamento su norme di comportamento e procedure precise che non si prestino a varie interpretazioni".

[38] Da condividersi la tesi prospettata da F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 629.

[39] Per una indagine sul difficile equilibrio tra riserva di legge e prevedibilità, specialmente nei contesti ad "elevata complessità", si rimanda al recente studio di F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in corso di pubblicazione, *passim*.

noi riteniamo preferibile, della loro incidenza sul giudizio finale di fattibilità – ovvero, nel caso di omissione, del nascondimento di informazioni rilevanti[40].

Tuttavia, specialmente nella seconda ipotesi, il riscontro dell'elemento soggettivo risulta estremamente complicato, poiché – a livello pratico – non è facile distinguere la falsità dovuta a semplice negligenza o imperizia, dalla deliberata infedeltà del professionista[41]. Il rischio tangibile è che il dolo venga desunto dall'obiettiva falsità delle attestazioni o delle valutazioni, ritenendolo "implicito nella materialità del fatto": in questo modo l'interprete sarebbe esonerato dal compiere ogni ulteriore accertamento in merito al concreto atteggiarsi dell'intenzione dell'agente[42].

Paradigmatica, a riguardo, la già citata ordinanza del G.i.p. presso il Tribunale di Torino del 16 luglio 2014, la quale ha ritenuto la sussistenza del dolo dell'attestatore in ragione del suo elevato grado di professionalità, non essendo plausibile che la palese mendacità della relazione fosse il frutto "di una banale incompetenza"[43]. Si tratta, chiaramente, di una conclusione inaccettabile: le argomentazioni cui ha fatto ricorso il giudice piemontese, di carattere eminentemente presuntivo, comportano infatti un notevole *vulnus* alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., facendo ricadere sull'imputato il gravoso onere di dimostrare l'assenza della volontà di produrre attestazioni inveritiere[44].

Del resto, la giurisprudenza sviluppatasi in materia di false comunicazioni sociali ha a più riprese ribadito come il dolo non possa considerarsi provato "*in re ipsa*, sulla base della violazione di norme contabili sulla esposizione delle voci in bilancio, nè possa ravvisarsi nello scopo di far vivere artificiosamente la società e debba, invece, essere

---

[40] Condivisibilmente, il Tribunale di Pescara, sent. 30 settembre 2019, cit., p. 7 ritiene che "la consapevolezza della consistenza quantitativa e qualitativa dei dati veri – volontariamente falsati o omessi – non che del loro peso (*id est* rilevanza) ai fini del risultato del giudizio prognostico cui è chiamato il professionista attestatore, rappresenti il necessario presupposto per la sussistenza dell'elemento soggettivo".

[41] Tale criticità è rilevata, già a prima lettura, da F. MUCCIARELLI, *Il professionista attestatore nell'ambito delle procedure di risanamento e la fattispecie di «Falso in attestazioni e relazioni»*, cit. e da R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 97. In senso analogo: F. CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fallimento*, 2014, p. 1120.

[42] S. BRUNO – G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 2264.

[43] Così, testualmente, Trib. Torino, Sez. G.i.p., ord. 16 luglio 2014, cit., p. 2422 ss. Nel caso di specie, l'attestatore aveva ritenuto realizzabile la proposta di concordato preventivo presentata dal debitore in termini di "ragionevole certezza", vincolandone la riuscita al solo rilascio di una fidejussione "dichiarata in termini del tutto generici, da un soggetto sulla cui affidabilità nulla sia dato di sapere e senza alcuna documentazione di supporto". Ebbene, secondo il G.i.p. di Torino, non è ipotizzabile che un soggetto munito dei necessari requisiti di professionalità abbia espresso una siffatta valutazione, se non "nella piena consapevolezza del fatto che essa non disponesse di alcuna concreta corrispondenza con affidabili dati di realtà"; ragione per cui dovrebbe ritenersi integrato l'elemento soggettivo del reato *de quo.* Per una robusta critica a tale statuizione si rimanda a S. BRUNO – G.M. CALETTI, *L'art. 236-bis l. fall.: il reato di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 2264.

[44] Si assiste, di fatto, a un'indebita inversione dell'onere della prova circa la sussistenza dell'elemento soggettivo. Sul tendenziale rifiuto delle presunzioni nel diritto penale: M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 1522 ss. nonché F. CAPOROTUNDO, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giurisprudenza penale Web*, 24 gennaio 2017.

desunto da inequivoci elementi che evidenzino, nel redattore del bilancio, la consapevolezza del suo agire abnorme o irragionevole"[45].

In senso analogo, nel diverso ambito dei reati contro la fede pubblica, la Cassazione esclude la rilevanza penale del falso derivante "da una semplice leggerezza ovvero da una negligenza dell'agente", ravvisando la necessità di un rigoroso riscontro dell'elemento soggettivo[46].

È dunque evidente che, anche nel caso dell'art. 236-*bis*, la mancata previsione di una forma di responsabilità per colpa imponga all'interprete una puntuale disamina delle risultanze probatorie al fine di rintracciare gli indici rivelatori del dolo del professionista. Fatta eccezione per i "casi facili", in cui l'intenzione di predisporre una relazione infedele emerge in maniera indiscutibile dal contesto fattuale di riferimento[47], il compito del giudice del merito si fa però complesso, stante la possibilità di ritenere integrato il tipo delittuoso anche in presenza del dolo eventuale[48]. In un campo caratterizzato da una "fisiologica incertezza" – qual è, senza dubbio, quello in cui ci troviamo – la concreta declinazione del paradigma del dolo eventuale appare spesso foriera di indebite estensioni del raggio operativo della fattispecie, fino a ricomprendervi le ipotesi in cui le attestazioni risultino errate, perché sprovviste di un adeguato supporto informativo o a causa di una mera disattenzione del professionista[49].

Chi scrive ritiene tuttavia imprescindibile che la pubblica accusa si accolli l'onere di dimostrare la sussistenza in capo al soggetto agente di una dimensione volitiva o, per lo meno, "di un atteggiamento ragionevolmente assimilabile alla volontà"[50].

Nel peculiare settore del diritto penale dell'economia, la prova del dolo può essere agevolata dalla rilevazione dei cd. segnali di allarme, ossia dati, condizioni e

---

[45] *Ex multis* Cass. pen., Sez. V, 16 febbraio 2018, n. 21672, in *Guida Dir.*, 2018, fasc. 27, p. 84 ss.; Cass. pen., Sez. V., 30 giugno 2016, n. 46689, in *De Jure.*

[46] Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2019, n. 21748, in *De Jure;* Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2019, n. 28029, in *Guida Dir.*, fasc. 28, p. 104 ss.

[47] Si pensi, in particolare, alle ipotesi in cui l'azione del professionista sia connotata da una finalità di profitto che – com'è noto – sono oggetto dell'aggravante enucleta dal secondo comma dell'art. 236-*bis* l. fall.

[48] Circostanza da ultimo rilevata da F. BONATO, *La patologia dell'attestazione*, cit., p. 310, nonché da G.P. DEL SASSO, *Fallimento e concordato preventivo,* cit., p. 508 ss. Conscio del fatto che la compatibilità del dolo eventuale con la fattispecie *de qua* renderebbe ancor più evanescente il suo perimetro operativo A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 184 ravvisa per lo meno l'esigenza di dimostrare il dolo diretto.

[49] E. RECCIA, *Le soluzioni concordate alla crisi di impresa*, cit., p. 632, F. BAFFI, *Attestare stanca*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2015, p. 360 s.; M. GROTTO, *il falso del professionista nelle procedure negoziate della crisi d'impresa*, cit., p. 2425 ss. paventa il rischio "che, con riferimento a questa fattispecie, si giudichi come cosciente e volontaria la condotta del professionista che per disattenzione, superficialità, inesperienza – in sostanza, per colpa – non s'accorga della falsità di alcuni dati oppure non colga profili di problematicità di alcune informazioni che, invece, potrebbero emergere ad un più approfondito esame degli atti".

[50] Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, il cui testo è consultabile su *Dir. pen. cont.* a questo link. Sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, tra gli innumerevoli contributi della dottrina penalistica, si richiamano, a mero titolo esemplificativo, M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 559 ss.; M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim*, 1/2014, p. 70 ss.; L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo eventuale (Salvaguardando in itinere la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2014, p. 118 ss.

accadimenti sintomatici di un fatto illecito o, comunque, di un pregiudizio per la compagine sociale[51]. Nondimeno, il rispetto del fondamentale principio di colpevolezza impone di verificare se il soggetto agente – nella generalità dei casi un amministratore privo di deleghe, un sindaco o, appunto, un controllore esterno – pur avendo "percepito e compreso" detti "indici di anomalia", li abbia deliberatamente ignorati[52].

Per quanto specificamente concerne il reato in esame, ai fini del riscontro dell'elemento soggettivo occorre in primo luogo considerare che l'attestatore è un soggetto estraneo alla struttura aziendale, al quale la legge non attribuisce alcuno specifico potere di ispezione o di accesso. Eccettuate le ipotesi in cui sia il contratto a conferire al professionista più penetranti facoltà di indagine, questi redige allora la propria relazione avvalendosi del solo compendio informativo fornitogli dall'imprenditore in crisi[53].

Pertanto, il dolo potrà dirsi provato unicamente quando si riesca a dimostrare che l'esperto, una volta venuto a conoscenza di inequivoci segnali della falsità dei dati in suo possesso, si sia reso "intenzionalmente negligente", rimuovendo "tutti i meccanismi conoscitivi" a propria disposizione[54].

Qualora il falso attenga alla componente valutativa della relazione sarà invece necessario verificare se l'ingiustificato scostamento da metodologie e criteri generalmente accettati abbia avuto natura volontaria[55]; in simili contesti dovrebbe essere richiesto per lo meno il dolo diretto, in quanto l'elevato margine di incertezza che

---

[51] *Ex plurimis*: Cass. pen., Sez. V, 19 giugno 2018, n. 42658 in *De Jure*; Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Le società*, 2008, p. 902 ss., annotata da D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*. Secondo l'A. tuttavia non è chiaro cosa la giurisprudenza intenda per "segnali di allarme": si tratta, infatti, di un concetto "non definito, e sostanzialmente affidato a variegate (tutt'altro che indiscutibili) casistiche di casi concreti". L'evidente rischio è quello "di dedurre il dolo dalla colpa", ricavando la prova della volontà del soggetto agente da situazioni di mera negligenza. Sulla problematica applicazione della teoria dei segnali di allarme, si leggano, da ultimo, M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 905 ss.; F. PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati di impresa*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1785B ss.; N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2015; M. PERDONATI, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 965 ss.; imprescindibile, infine, la lettura del pur risalente contributo di C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265 ss.

[52] Da condividere quanto affermato da D. PULITANÒ, *Dommaticità e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4277B, *id, Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti*, cit., p. 900, a detta del quale "il topos giurisprudenziale dei cosiddetti segnali d'allarme va verificato, sul terreno probatorio suo proprio, come problema di identificazione di elementi che – per il loro contenuto informativo, e per il modo in cui sono stati percepiti e valutati dall'imputato – hanno offerto la base di una effettiva conoscenza (e non di una mera conoscibilità) del fatto costitutivo del reato, sia pure nella forma del dolo eventuale".

[53] F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 622; *contra* N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa,* cit., p. 157.

[54] Cfr. N. MENARDO, *Brevi riflessioni sul delitto di falso in attestazioni e relazioni*, cit., p. 5 e F. CONSULICH, Nolo cognoscere, cit., p. 641, secondo cui il professionista è in dolo "ogni qual volta si precostituisca un alibi fondato sull'omessa conoscenza dei fatti".

[55] A siffatti parametri ricorre il Tribunale di Pescara, sent. 30 settembre 2019, cit., rendendo evidente come, anche sul versante subiettivo, le fonti di matrice extra–legale assumano un rilievo di prim'ordine.

connota il giudizio sulla fattibilità del piano appare difficilmente compatibile con una valutazione di responsabilità in termini di dolo eventuale[56].

Ebbene, nel caso di specie, il giudice alessandrino, a nostro avviso correttamente, dopo un attento vaglio delle condotte in imputazione, ha ritenuto che la sola voce della relazione riconducibile al paradigma dell'art. 236-*bis* sia quella concernente i crediti della società in crisi, tanto sul versante obiettivo – avendo l'imputato omesso informazioni di certo non insignificanti sulla provenienza e sulla connotazione dell'apporto di nuova finanza – quanto sotto il profilo soggettivo.

È stata invece esclusa la rilevanza penale di quelle condotte consistite nell'esposizione di informazioni incomplete o non compiutamente verificate, proprio per il mancato riconoscimento del dolo in capo all'imputato. Emblematica, sul punto, la parte della sentenza che analizza l'attestazione riguardante la posizione dei creditori chirografari: secondo la prospettazione accusatoria, infatti, l'agente avrebbe dato per vera la rinuncia al credito da parte della moglie dell'imprenditore, senza minimamente curarsi dell'autenticità della sua firma (rivelatasi poi falsa), integrando così gli estremi del tipo delittuoso. L'autorità procedente, al contrario, ha ritenuto che l'assenza di controlli, magari dovuta a "leggerezza" o a "eccessiva accondiscendenza" nei confronti dell'imprenditore, non sia di per sè sufficiente a provare il dolo, configurabile soltanto laddove si accerti che l'omissione "sia artatamente rivolta a nascondere dati compromettenti". Ciò non di meno, il fatto che la dichiarazione di rimessione del debito risalisse al giorno immediatamente precedente alla presentazione della relazione al tribunale fallimentare rivelerebbe un atteggiamento estremamente corrivo da parte dell'attestatore, il quale, con ogni probabilità, avrebbe preso atto della rinunzia ancora prima di entrarne in possesso, non essendo "verosimile" ipotizzare la compilazione dell'intera relazione in un così ristretto lasso temporale. Questa e altre anomalie, seppure inidonee a generare violazioni immediatamente sussumibili nell'art. 236-*bis* l. fall., costituirebbero un preciso indizio del dolo del professionista. Peraltro, deve escludersi che le svariate imprecisioni e dimenticanze, tutte dirette a favorire l'ammissione dell'azienda alla procedura di concordato preventivo, siano il frutto di una mera negligenza, in quanto – lo si è accennato in premessa – l'imputato non avrebbe potuto nemmeno assumere l'incarico di attestatore perché privo dei requisiti di indipendenza ed imparzialità. Ebbene, le argomentazioni sviluppate dal giudice piemontese consentono, a nostro avviso, di scorgere una pluralità di indici rivelatori della volontà dolosa dell'attestatore, sfuggendo al paventato rischio di accontentarsi di una dimostrazione *in re ipsa.*

[56] Così anche G. MINNITI, *La "nuova" responsabilità penale dell'attestatore*, in *Ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012 e F. BONATO, *La patologia dell'attestazione*, cit., p. 310.

4. Epilogo. Brevi cenni sul "nuovo" art. 342 del Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza.

In definitiva, la sentenza in commento adotta un'interpretazione decisamente restrittiva degli elementi costitutivi dell'art. 236-*bis*; tale scelta emerge, in particolar modo, dalla discutibile esclusione del cd. falso valutativo dal perimetro della fattispecie. Se, da un lato – come più volte ribadito in queste pagine – una siffatta alternativa ermeneutica facilitava, e non poco, il compito del singolo giudice, garantendo – almeno in apparenza – una maggiore tenuta del principio di legalità, d'altro canto essa rischiava di vanificare la portata operativa dell'art. 236-*bis* e le istanze general-preventive ad esso sottese, dal momento che il punto nevralgico della relazione di cui all'art. 161, comma 3, lett. d) consisteva proprio nel giudizio finale sull'idoneità del piano agli scopi prestabiliti[57].

L'uso dell'imperfetto non è casuale: il D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in vigore dal prossimo 15 agosto 2020, ha infatti parzialmente modificato la formulazione del falso in attestazioni e relazioni, ora collocato nell'art. 342 c.c.i.[58]. Immutate restano le condotte tipiche, sempre coincidenti con "l'esposizione di informazioni false" o con "l'omissione di informazioni rilevanti" e, di conseguenza, si ripropongono le delicate questioni interpretative attinenti al significato ed alla riferibilità del concetto di "rilevanza"; di seguito viene però aggiunta la locuzione "in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati"[59]. Malgrado, a detta della *Relazione illustrativa*, l'art. 342 c.c.i. si limiti a riprodurre "il vigente art. 236-*bis* della l. fall.", le precisazioni circa il

---

[57] Da ultimo: A. PANTANELLA, *Professionista attestatore e responsabilità penale: la dimensione temporale e spaziale dell'art. 236-bis l. fall.*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 809.

[58] Sugli aspetti penalistici della recente Riforma si leggano: M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 488 ss., *id.*, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2018, G.L. GATTA, *Approvato il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: scompaiono i concetti di 'fallimento' e di 'fallito'*, in *Dir. pen. cont.*, 11 gennaio 2019, R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2019, p. 75 ss. e R. MANCINI, *Fattispecie penali senza soluzione di continuità*, in *Guida Dir., Dossier* 5, 2019, p. 68 ss. Per una complessiva esegesi del nuovo codice il rimando è ai contributi di cui *supra*, nota 2.

[59] Come acutamente osservato a prima lettura da R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare,* cit., p. 88, "l'ambiguità sintattica" che già riguarda l'aggettivo "rilevanti" si ripropone in relazione al sintagma "in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati", che, a livello periodale, parrebbe riferibile alle sole condotte omissive. Tuttavia, analogamente a quanto accade per la "rilevanza", un'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo impone di riferire suddetta locuzione anche alla "esposizione di informazioni false".
Non subiscono invece alcuna modifica le circostanze di cui al secondo e al terzo comma, che comminano, rispettivamente, un aumento di pena qualora sussista il dolo specifico di profitto – evenienza questa assolutamente frequente, essendo arduo ipotizzare che l'attestatore integri il reato senza ottenere alcun indebito vantaggio – e nel caso in cui dal falso consegua un danno per i terzi creditori.

"contenuto delle informazioni rilevanti la cui omissione costituisce reato"[60] comporterebbero, in realtà, un significativo restringimento dei margini operativi del tipo legale, dando luogo ad una *abolitio criminis* parziale limitatamente alle condotte di "falso valutativo". In effetti, la scelta del legislatore delegato che, nella sostanza, avalla l'interpretazione del Tribunale di Alessandria, sembrerebbe circoscrivere il fatto tipico al solo "giudizio di veridicità" dei dati forniti dal debitore, lasciando implicitamente prive di sanzione penale le falsità commesse dal professionista nell'elaborazione della prognosi finale di fattibilità[61].

Una opzione del genere non pare affatto condivisibile in quanto, anche nel mutato quadro normativo, l'attestatore è tenuto a valutare le possibilità di successo del piano predisposto dall'impresa in crisi. Al tempo stesso è innegabile che, con l'entrata in vigore del nuovo codice, il suo ruolo sia destinato a contrarsi, specialmente nella procedura di concordato preventivo: l'art. 47 c.c.i., in ottemperanza alle direttive contenute nella legge delega[62], incarica infatti il tribunale di svolgere un ulteriore controllo sulla "fattibilità economica della proposta", rendendo così meno decisivo il giudizio dell'esperto attestatore[63].

Nonostante ciò, chi scrive ritiene che il legislatore del 2019 abbia comunque perso un'occasione per meglio precisare i confini del tipo delittuoso. La contestabile scelta di ridurre drasticamente l'ambito applicativo della norma incriminatrice non è stata, invero, accompagnata dalla necessaria riformulazione del precetto, la cui struttura continua a destare notevoli incertezze sul piano ermeneutico. Pertanto, non è difficile pronosticare che la fattispecie *de qua*, già ora confinata ad un ruolo davvero marginale, sia destinata, nel prossimo futuro, a trovare applicazione in un ancor più ristretto novero di casi[64]. Non v'è alcun dubbio, infatti, che il rispetto del fondamentale principio di tipicità imponga al giudice penale di limitare il suo sindacato alla sola parte *informativa* della relazione; questi dovrà invece astenersi dal compiere ogni valutazione in merito al

---

[60] Cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicata sulla G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017*, p. 239.

[61] In tal senso v. anche R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare,* cit., p. 88, nonchè M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., p. 514.

[62] Precisamente, l'art. 6, lett. e), della l. 19 ottobre 2017, n. 155 incaricava il legislatore delegato di "determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale".

[63] Ne danno ampiamente conto M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., p. 514, nonché A. PANTANELLA, *Professionista attestatore e responsabilità penale*, cit., p. 817; sul ruolo del professionista attestatore nel "rinnovato" concordato si veda lo schematico scritto di S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *Ilcaso.it*, 25 febbraio 2019, p. 9 s.

[64] E. JANNUZZI – A.REGI, *Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma*, cit., p. 110, in maniera decisamente ottimistica, ritengono che la scarsa applicazione dell'art. 236-*bis* dimostri l'efficacia deterrente che "in taluni casi può assumere la minaccia di una sanzione penale". Secondo gli A. i professionisti, a seguito dell'introduzione del presidio penalistico, avrebbero assunto "una maggior consapevolezza e un maggior rigore" ponendo "particolare attenzione alle conseguenze negative […] che potrebbero loro derivare dall'irrogazione di una condanna".

giudizio di fattibilità che, come osservato poc'anzi, potrà essere integralmente smentito dal tribunale fallimentare e, nei casi di comprovata infedeltà del professionista, dare luogo a responsabilità civile.

SISTEMA PENALE

3/2020

LA NUOVA LEGALITÀ PENALE E IL RUOLO DELLA GIURISDIZIONE. SPUNTI PER UN CONFRONTO (*)

di Massimo Vogliotti

Dopo aver accennato alle basi materiali e culturali della categoria moderna della legalità, l'Autore ne tratteggia i caratteri, mettendone in luce l'aporia, che verrà sciolta nel secondo dopoguerra con il ristabilimento del dualismo del diritto. Prende così avvio un processo di trasformazione costituzionale, reso possibile dal recupero della natura pratica del sapere giuridico, che trasforma profondamente il ruolo della giurisdizione. Queste vicende incidono sul significato della legalità, che assume una natura ibrida e teleologica, e impongono di valorizzare la cultura e il vincolo del precedente. A tal fine, un ruolo fondamentale è svolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, che una recente riforma legislativa ha opportunamente rafforzato.

SOMMARIO: 1. Un invito a storicizzare – 2. I presupposti teorici e mitologici della legalità – 3. Da *iurisdictio* a giurisdizione: metamorfosi di una funzione – 4. Non siamo mai stati moderni – 5. L'aporia della legalità e il ristabilimento del dualismo del diritto – 6. Il nuovo ruolo della giurisdizione tra fatti e valori, tra effettività e legittimità – 7. La nuova legalità – 8. Il precedente: ragioni e significato di un vincolo relativo – 9. Cultura del precedente ed effettività del vincolo – 10. Il rafforzamento delle Sezioni unite e il ruolo della cultura giuridica.

1. Un invito a storicizzare.

La categoria della legalità, su cui poggia l'edificio penalistico moderno, è il prodotto di un determinato contesto storico. Come tale, il suo significato è strettamente collegato alla base materiale e culturale della società in cui è sorta. È una categoria, come tutte le categorie culturali, relativa, non assoluta.

Come per altre categorie giuridiche fondamentali, tuttavia, anche per la legalità si è col tempo smarrita la consapevolezza della sua natura storica e si è finito per trasformarla in un dogma, sottratto, com'è ogni articolo di fede, a una serena e libera valutazione critica, dettata dal progressivo venir meno dei suoi presupposti materiali e culturali[1].

(*) Il lavoro è stato svolto nell'ambito del progetto di ricerca "La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione", finanziato dall'Università del Piemonte Orientale (FAR anno 2019).

[1] «Dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la "riserva di legge" come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile

La consapevolezza della storicità della categoria moderna della legalità – un'autentica rivoluzione se esaminata alla luce del contesto culturale medievale, in cui quella categoria non era concepibile – e la presa d'atto delle profonde trasformazioni dell'ambiente giuridico e sociale avvenute nel secondo dopoguerra non impongono però, necessariamente, di celebrare le esequie della legalità. Al contrario, la cultura giuridica tende a conservare le proprie categorie teoriche, perché le parole – specie quando dietro di loro hanno una tradizione scientifica secolare – non svolgono soltanto una funzione strumentale, puramente denotativa, ma posseggono una forza simbolica che si oppone al loro abbandono. Per mantenerle in vita, senza che si trasformino in «ostacoli epistemologici»[2] che impediscono di vedere e di comprendere il nuovo, occorre, però, risemantizzarle. Solo così parole e categorie che svolsero, quando furono concepite, una funzione fondamentale per interpretare le nuove esigenze della società e per indirizzare l'esperienza giuridica nella direzione auspicata dalla cultura giuridica del tempo, possono ancora fornire un utile contributo per comprendere e ordinare il nuovo paesaggio giuridico.

2. I presupposti teorici e mitologici della legalità.

La categoria della legalità è il prodotto di quella rivoluzione scientifica – innescata dall'umanesimo giuridico, la «più fattiva fucina della modernità»[3], secondo Paolo Grossi – che ha sancito il tramonto del paradigma giuridico medievale e l'avvento del paradigma moderno[4].

Quella rivoluzione è, a sua volta, l'effetto di profonde trasformazioni della struttura materiale della società e del suo immaginario: la crisi della società feudale e la formazione del modo di produzione capitalistico; la lacerazione dei due mantelli universalistici – l'Impero e la Chiesa – a vantaggio del particolarismo degli Stati; la fine della costituzione mista medievale e la formazione della costituzione dei moderni, fondata sulla nuova categoria della sovranità, intesa come potere originario, indivisibile e assoluto, nel senso etimologico di sciolto dal bilanciamento con altri poteri; l'eclisse della *societas societarum* medievale, in cui l'uomo era inteso come un'entità relazionale –

---

tratto distintivo di un diritto penale esprimente una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza indiscutibile, in una dogmatica, in una mitologia, con un rifiuto acritico di ogni possibile elasticizzazione nel divenire dell'itinerario storico» (così P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, 2009, p. 1901).

[2] G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, 1980, p. 13 s.

[3] P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 90.

[4] Su questa vicenda, qui appena accennata, si rinvia, per approfondimenti, a M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007. Più specificamente, sulla genesi, sulle caratteristiche e sulla crisi del moderno principio di legalità, si rinvia alla nostra voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto. Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371-435, in cui si tratteggia anche il profilo della nuova legalità che prende corpo in seguito al processo di trasformazione costituzionale avviato alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso (su cui v. *infra*). Una versione in francese, rimaneggiata, di quella voce è di recente uscita con il titolo *Les nouveaux chemins de la légalité. Au-delà de la modernité juridique*, Bruxelles, Pusl, 2019.

determinata, cioè, dalla rete dei rapporti in cui era naturalmente inserito – e la formazione di una società di individui, liberi artefici della propria identità e portatori di diritti soggettivi (è da questa nuova figura antropologica – il soggetto astratto – che trae origine la categoria del soggetto unico di diritto, presupposto delle codificazioni ottocentesche e dell'accezione meramente formale del principio di eguaglianza, che occulta le diseguaglianze reali); la rivoluzione scientifica, che spazza via la fisica qualitativa di Aristotele, il cui ibridismo fatto/valore era alla base della concezione antica e medievale del diritto naturale.

Con il lento e contrastato passaggio dal paradigma giuridico medievale al paradigma moderno muta profondamente la concezione del diritto e del sapere giuridico.

In seguito alla crisi dell'immagine medievale del mondo e dell'uomo, che ha fatto evaporare le millenarie garanzie di Dio e della Natura, non più fonti di ordine e sicurezza, ma di disordini e di insicurezza (le guerre di religione, lo stato di natura come *bellum omnium contra omnes*), il giurista moderno cerca nelle scienze della natura, che tanto successo stavano avendo allora, le risorse metodologiche per costruire un nuovo ordine giuridico capace di assicurare quella stabilità e quella sicurezza che l'ordine antico non era più in grado di garantire.

In seguito a questa "rottura epistemologica", che sancisce l'abbandono dell'insegnamento bimillenario di Aristotele secondo cui non si può chiedere a un retore delle dimostrazioni e a un matematico di essere persuasivo, il giurista moderno non considera più il diritto come "azione" che deve tendere verso il giusto (l'*eupraxía*, l'agire bene, era il fine delle scienze pratiche, cui il sapere giuridico era sempre stato ancorato), ma come una "cosa", un dato esterno che la rinnovata scienza giuridica deve descrivere nella sua oggettività, così come fanno le scienze della natura. In altre parole, l'adozione del metodo veritativo, descrittivo e oggettivante di queste scienze, che Aristotele chiamava «teoretiche», provoca un mutamento dell'ontologia giuridica, della concezione dell'essere del diritto. Se il metodo delle scienze pratiche presupponeva un'ontologia *relazionale* (la loro natura teleologica implica una concezione del diritto come *relazione* tra il diritto che è, il diritto *positum*, e il diritto che deve essere perché sia avvertito come giusto) e, quindi, un'idea *dualistica* del diritto (diritto positivo e diritto naturale, *auctoritas* e *ratio*), il nuovo metodo delle scienze teoretiche presuppone un'ontologia *oggettualistica* o *sostanzialistica* (la loro natura descrittivistica e veritativa implica una concezione del diritto come *cosa*, *sostanza*, radicalmente separata dal soggetto conoscente che deve limitarsi a conoscerla nella sua oggettività) e, quindi, un'idea *monistica* del diritto (*auctoritas facit legem*)[5].

[5] Nella prima fase della modernità vi è ancora un diritto, il diritto di ragione, che si contrappone al diritto positivo e ne è il fondamento. E tuttavia, questo nuovo dualismo, che non rinvia più a una dimensione oggettiva e preesistente all'uomo (la moderna etica della libertà è incompatibile con un ordine già dato che si impone all'uomo) e che ha bisogno della volontà di un'autorità per tradursi in valido e coercibile diritto (il diritto naturale dei moderni è «*dictamen rectae rationis*», un sistema di teoremi, di verità evidenti, che, per diventare autentico diritto, devono essere recepiti in leggi positive), apre la strada al futuro positivismo giuridico, che finisce per ridurre tutto il diritto alla sola dimensione potestativa («*auctoritas facit legem*»). Cfr. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), Napoli, Liguori, 2000, p. 88: «Il diritto naturale moderno

In questo nuovo scenario, la legittimità è completamente assorbita nella legalità: una norma è legittima non perché è conforme a certi parametri di giustizia (come accade quando la cultura giuridica fa propria una concezione dualistica del diritto), ma perché è posta, secondo determinate forme e procedure, da un'autorità, il cui potere – per una cultura giuridica che sposa una concezione monistica del diritto – non può che provenire da un'unica fonte di legittimazione, quella che incarna il potere sovrano (Monarca, Nazione, Stato, Popolo…).

Nella fase positivistica della modernità, che, sul piano politico e ideologico, coincide con la svolta conservatrice della classe borghese, il compito della scienza non è più progettuale – com'era ancora nella sua fase giusnaturalistica, in cui occorreva abbattere l'antico regime e costruire il nuovo ordine – ma descrittivo e veritativo: fare in modo che gli enunciati interpretativi *corrispondano* perfettamente ai dati giuridici positivi, all'*ita lex*.

Il nuovo metodo veritativo e descrittivo convive pacificamente con una concezione volontaristica e «assolutistica»[6] del diritto: il contenuto di quest'ultimo – che era stabilito nelle sue linee essenziali dalla sua seconda dimensione, dal fine, cioè, cui doveva tendere il diritto come pratica sociale interpretativa e che per il giurista medievale era inscritto nella natura delle cose – è ora completamente affidato, direttamente o indirettamente, al detentore del potere sovrano, che non incontra più limiti sostantivi di fronte a sé. È in questa rottura epistemologica che vanno ravvisate le radici della kelseniana separazione della «scienza del diritto» (che si deve occupare esclusivamente *de iure condito*) dalla «politica del diritto» (che si occupa *de iure condendo*, cioè dei fini del diritto).

In seguito a queste profonde trasformazioni, al sapere giuridico, spogliato di ogni competenza in ordine ai contenuti del diritto – i quali, dopo il fallimento del programma razionalistico di costruire una scienza dei valori *more geometrico demonstrata*, saranno relegati nell'ambito dell'irrazionale (di qui il dogma novecentesco dell'*avalutatività* della scienza giuridica) – si può chiedere un'unica prestazione: assicurare la certezza del diritto, valore che prenderà ben presto il posto che era sempre spettato alla giustizia nell'assiologia giuridica premoderna. Congeniale alle esigenze dei nuovi soggetti politici (gli Stati), alle prese con la necessità di organizzare in modo efficiente e di controllare il proprio apparato di potere, e a quelle del nuovo ceto mercantile, che deve poter contare sulla sicurezza dei traffici, il valore della certezza del diritto diventerà, negli anni bui del fascismo, per giuristi liberali come Piero Calamandrei, «un'ultima e minima linea difensiva […] se non contro l'autoritarismo o il totalitarismo, almeno contro l'*arbitrarietà del potere*»[7].

[…] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

[6] P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, specialmente il saggio d'apertura *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto*).

[7] G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 11.

Nell'ambito penalistico, dove, fin dall'età dei Lumi, l'esigenza di conoscere il precetto per prevedere con certezza le conseguenze giuridiche della propria condotta era particolarmente avvertita, la scienza elabora il principio di «determinatezza» della fattispecie incriminatrice, al quale si attribuisce l'ulteriore compito di attuare, sul versante della giurisdizione, l'altro principio cardine della legalità dei moderni, la «riserva assoluta» di legge, con cui si affidava al legislatore un potere assoluto *in criminalibus* (la mitologia illuministica del legislatore «buono e razionale»[8], legittimato dal contratto sociale, e il controllo politico della fonte legislativa da parte del nuovo ceto egemone, impedivano che potesse sorgere, in seno alla comunità penalistica, il timore che un così vasto e illimitato potere potesse essere esercitato contro i diritti e le libertà conquistati dalla rivoluzione borghese). Postulata, attraverso quei principi, la piena conoscibilità del precetto, diventava possibile, anche in un'ottica garantistica, giustificare l'assoluta non scusabilità dell'ignoranza della legge penale, la cui accessibilità era garantita a tutti dall'ideologia illuministica del codice, ispirata al principio dell'*extrema ratio*.

3. Da *iurisdictio* a giurisdizione: metamorfosi di una funzione.

Date queste premesse epistemologiche, ontologiche e mitologiche, la giurisdizione viene ridotta a un'attività meramente esecutiva: il suo compito consiste nell'applicare le "sostanze" normative, definite dall'autorità politica, all'inerte materia fattuale. Il meccanismo ideale attraverso cui questo compito può realizzarsi è il processo inquisitorio, il cui metodo verificazionista – sperimentato con successo durante tutto l'antico regime e sostanzialmente confermato dal modello misto, inaugurato in Francia nel 1808 dal *Code d'instruction criminelle* – si presta perfettamente a garantire la rigorosa attuazione delle scelte politiche effettuate dal legislatore[9].

La riduzione del diritto alla sola dimensione potestativa, dovuta, come si è visto, all'adozione del metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, e l'immagine del giudice come *être inanimé* priva la giurisdizione di qualsiasi potere valutativo: il legittimo *arbitrium* del giudice medievale[10] diventa l'illegittimo *arbitrio* del giudice moderno. Inoltre, la netta separazione tra il fatto e il diritto, anch'essa conseguenza dell'adozione del metodo delle scienze teoretiche – come «i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi» così i giuristi moderni «nel trattare del diritto» distolgono «il pensiero da qualsiasi fatto particolare»[11] – conduce alla svalutazione del mondo dei fatti che non ha alcuna incidenza sulla configurazione del diritto, l'unico

---

[8] Su questa mitologia, v. C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), Bologna, Il Mulino, 2018, p. 53 s.

[9] Sul modello di giustizia come «attuazione di scelte politiche» che ispira il processo inquisitorio, v. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), Bologna, Il Mulino, 1991, p. 249 s.

[10] V., in proposito, M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

[11] GROZIO, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace* (1625), § 58.

oggetto di studio del nuovo sapere giuridico. La dicotomia fatto/diritto porterà sempre il giurista moderno a trascurare il piano dell'effettività, la cui indagine verrà affidata, all'inizio del Novecento, a un'altra scienza, la sociologia del diritto (sempre ostracizzata dalla comunità giuridica ortodossa), e a concentrare tutta la sua attenzione sulla dimensione astratta della legalità. Quest'ultima, in linea con il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche e con la nozione aristotelica della verità come *adaequatio mentis et rei*, viene concepita come misura della *corrispondenza* degli atti di esercizio del potere (sentenze dei giudici o provvedimenti dell'amministrazione) alla "cosa" legge.

Tutt'altro significato aveva, invece, il termine *iurisdictio* nel lessico giuridico medievale. Diversamente dalla moderna giurisdizione – tutta rivolta verso il piano della legge generale e astratta, da cui trae la propria legittimazione e di cui deve essere fedele e inflessibile ancella (*dura lex sed lex*) – la *iurisdictio* era intimamente collegata sia al mondo dei valori (il fine dell'*interpretatio* era la riduzione «*de iniquo ad aequum*») sia al mondo dei fatti.

Quanto al primo aspetto, il compito fondamentale di questa tipologia di potere "relativo" e, quindi, limitato era «*statuere aequitatem*», stabilire autoritativamente i contenuti dell'*aequitas*, compito, questo, che spettava tanto al giudice quanto al principe, raffigurato non come *conditor legum*, ma come *custos iusti*, in perfetta coerenza con una cultura giuridica "dualistica" (*lex humana/lex naturalis*, *auctoritas/ratio*)[12]. Ora, il compito di ridefinire il significato della legge positiva alla luce dell'*aequitas* doveva essere svolto dal giudice non in astratto, ma in relazione al fatto: diversamente dagli scienziati teoretici ai quali la conoscenza interessa di per sé (il fine di quelle scienze è la verità), agli scienziati pratici (quali sono i giuristi) la conoscenza interessa «in relazione a qualcosa e ora»[13], cioè in vista di altro, l'azione (che deve essere orientata verso il giusto), e «in una situazione particolare, come è quella in cui sempre si colloca l'azione»[14].

In altre parole, il giudice non poteva limitarsi a conoscere la legge (in astratto) *e poi* applicarla al fatto (secondo il modello sillogistico con cui i moderni raffigureranno sempre il ragionamento del giudice e che presuppone la dicotomia fatto/diritto), ma doveva comprenderla *in relazione* alla seconda dimensione del diritto (la sua era dunque un'attività necessariamente valutativa) e *in relazione* alla concretezza del fatto, che non era dunque un fattore estraneo alla vita del diritto, ma un ingrediente essenziale. Solo se il giusto legale, che si esprime necessariamente in modo generale e astratto, viene ridefinito dal giudice alla luce del contesto fattuale e delle categorie di senso e di valore del momento applicativo (la legge può avere origini lontane nel tempo), la sentenza del giudice – cioè il diritto che risulta dalla relazione tra la legge (la prima dimensione del diritto), l'*aequitas* (la seconda dimensione del diritto) e il contesto applicativo – può

---

[12] Sul significato della nozione di *iurisdictio*, v. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 130 s.

[13] Cfr., in proposito, ARISTOTELE, *Metafisica*, 993 b 20-23: «Della [filosofia] teoretica è fine la verità, mentre di quella pratica è fine l'opera; se anche, infatti, i [filosofi] pratici indagano come stanno le cose, essi non considerano la causa per sé, ma in relazione a qualcosa ed ora».

[14] E. BERTI, *Filosofia pratica*, Napoli, Guida, 2004, p. 6.

essere ritenuta giusta (per questa ragione il "giusto giudiziale", l'*epiéikeia*, è considerato da Aristotele un perfezionamento della giustizia legale).

Per ristabilire il legame della scienza giuridica e della giurisdizione con il mondo dei valori e con il mondo dei fatti occorreva ricollocare il sapere giuridico nell'alveo delle scienze pratiche e ripristinare, quindi, la seconda dimensione del diritto, da cui la giurisdizione – tornata ad essere, come l'antica *iurisdictio*, attività produttiva di diritto (*iuxta propria principia*) – poteva trarre una sua propria legittimazione, autonoma dal potere politico.

4. Non siamo mai stati moderni.

La narrazione giuridica moderna, che ha a lungo alimentato le categorie teoriche e l'immaginario della comunità scientifica e ha ispirato il modello formativo del giurista dell'Europa continentale, non ha mai corrisposto alla concreta esperienza giuridica. Dobbiamo riconoscere che, nei fatti, non siamo mai stati davvero moderni[15], anche se lo abbiamo a lungo e pervicacemente creduto, a tal punto che, ancora oggi, presso una parte ancora consistente della comunità scientifica, quella narrazione continua a condizionare il modo di vedere e di valutare il mondo del diritto. La scienza giuridica non è mai stata un'attività meramente descrittiva e avalutativa, né quando si autorappresentava come esegesi né quando si proponeva come algida costruttrice di sistemi dogmi istituti, durante l'egemonia pandettistica. La giurisdizione non è mai stata una passiva riproduzione dei comandi legislativi. Il processo non è mai stato un «servo muto»[16] del diritto sostanziale. La riserva di legge in materia penale non è mai stata assoluta.

Questa discrepanza tra la mappa teorica e la realtà è potuta rimanere a lungo nascosta fondamentalmente per tre ordini di ragioni.

Il primo attiene al piano della realtà. In una società sostanzialmente statica, semplice, culturalmente omogenea e monoclasse, com'era quella ottocentesca, e in un ambiente giuridico statualistico com'era l'Europa del diritto sino alla fine della seconda guerra mondiale, le anomalie del paradigma scientifico dominante erano poco numerose e di dimensioni contenute. Erano, quindi, poco avvertibili, se non da alcuni spiriti acuti le cui analisi e denunce, percepite come eccentriche e spesso bollate come irrazionalistiche, rimasero a lungo ai margini della comunità scientifica ortodossa[17].

Il secondo ordine di ragioni attiene al piano della teoria. Innanzitutto, gli schemi concettuali e l'apparato mitologico del paradigma dominante tendono a occultare

---

[15] B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni* (1991), Milano, Elèuthera, 1995.

[16] T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice penale*, 1999, p. 529.

[17] Nella comunità penalistica degli anni Trenta del secolo scorso, due voci, in particolare, si levano dal monotono coro del tecnicismo e del purismo rocchiano dominante: quella di Francesco Antolisei e di Giuseppe Bettiol. V., in proposito, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 261-265.

fenomeni che non corrispondono al modello teorico e alle sue predizioni, spingendo i membri della comunità scientifica a incasellare la realtà, al prezzo di qualche forzatura, negli schemi della teoria. Inoltre, in virtù dell'effetto performativo che ogni paradigma scientifico produce, la pratica giuridica tende a conformarsi alla sua cornice teorica e al suo immaginario. Ad esempio, l'introiezione, da parte del giudice, del modello sillogistico del ragionamento giudiziale e dell'ideologia del giudice bocca della legge genera un'attività giurisdizionale che tende a conformarsi a quei presupposti teorici e mitologici (trascurando le specificità dei fatti e le loro esigenze e piegandosi completamente alla *dura lex*, anche quando la coscienza vorrebbe ribellarsi, avvertendo chiaramente l'ingiustizia della legge). Beninteso, tale conformità del comportamento del giudice ai dettami del paradigma (ad esempio attraverso un'interpretazione formalistica del ruolo della giurisdizione, insensibile ai fatti e ai valori) avviene più facilmente, quasi naturalmente, quando quella rappresentazione del ruolo della giurisdizione è funzionale agli interessi della classe dominante, a cui la magistratura – specie quella ai vertici della piramide giudiziaria – è a lungo appartenuta, per estrazione sociale e per cultura.

Il terzo ordine di ragioni attiene proprio alla cultura della magistratura, al suo status e alla sua collocazione istituzionale all'interno dell'apparato statale. La debole o debolissima indipendenza esterna e interna, che ha caratterizzato la magistratura italiana durante lo Stato liberale e fascista, e la sua cultura giuridica di tipo conservatore (condizionata, come si è detto, dalla sua appartenenza di ceto, dalla cornice teorica e mitologica del paradigma e dalla sua dipendenza, di fatto e di diritto, dal potere politico e dai vertici della piramide giudiziaria) tendono a dar vita a un'attività giurisdizionale in linea con la sua rappresentazione teorica e, quindi, collimante con la volontà del legislatore, quale si ricava dalla lettera della legge e dal clima politico del momento, clima cui l'alta magistratura è stata a lungo e spontaneamente sensibile. In questo scenario, le discrasie tra la fonte legislativa e la fonte giurisprudenziale sono poco numerose e poco visibili. Piuttosto, a quei pochi osservatori attenti al piano dell'effettività – da sempre trascurato, come si è visto, dal giurista moderno – cominceranno ad apparire sempre più evidenti e intollerabili le discrasie tra quelle due fonti – socialmente e culturalmente omogenee – e le istanze di eguaglianza sostanziale e di tutela di nuovi beni giuridici che saranno poi recepite dalla Carta costituzionale.

5. L'aporia della legalità e il ristabilimento del dualismo del diritto.

A partire dalla fine dell'Ottocento e, poi, con il progressivo incedere del Novecento, la base materiale e culturale sulla quale poggiava il paradigma moderno comincia a sgretolarsi. L'aumento della complessità e del dinamismo sociale indotti dallo sviluppo tecnologico, dalla rivoluzione industriale e dalla rinascita dei corpi intermedi, sindacati e partiti di massa *in primis* – che contestano, in modo sempre più deciso, lo Stato monoclasse e la sovrastruttura ideologica e giuridica che lo sosteneva – generano nuove anomalie che col tempo appaiono sempre più visibili. Sarà, però, soltanto la «catastrofe» della guerra e dei totalitarismi che si incaricherà di mettere

chiaramente in luce, «con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni», l'aporia fondamentale del paradigma giuridico moderno, la «contraddizione», cioè, come osserva Giuseppe Capograssi in un saggio del 1950, «tra il principio centrale di tutto l'ordinamento, la libertà, e questo ridurre il diritto a volontà dello Stato»[18].

Quella contraddizione è la stessa che ha accompagnato la storia del moderno principio di legalità fin dalle sue origini e che la cultura giuridica liberale aveva tentato di occultare dietro la cortina fumogena dello Stato di diritto. La legalità del paradigma giuridico moderno è *coincidentia oppositorum*: esprime il desiderio – che matura pienamente durante il secolo dei Lumi – di un potere *sub lege* e *per legem* che ribalti la massima assolutistica *rex facit legem* (la «legge-garanzia»), ma, allo stesso tempo, vive nel cono d'ombra della moderna categoria del potere sovrano la cui onnipotenza si manifesta attraverso quella stessa fonte, la legge, che dovrebbe limitarlo (la «legge-potenza»)[19]. Aspira alla libertà – che il giusnaturalismo liberale e poi l'illuminismo rivoluzionario avevano affidato alle leggi positive, stante l'imperfezione delle leggi naturali («la liberté […] a pour sauvegarde la loi»[20]) – ma si affida, senza ancore giuridiche di salvataggio, all'autorità dello Stato per la traduzione giuridica di quell'aspirazione alla libertà e ai diritti. Osservato senza veli mitologici – brutalmente e definitivamente strappati dall'«illegalismo legale»[21] dei regimi totalitari – il moderno principio di legalità rivela il suo volto autentico, ossia quello la cui bocca «ha sempre parlato il "linguaggio del potere"»[22].

Per sciogliere quella contraddizione occorreva ristabilire il dualismo del diritto, fornendo finalmente una traduzione giuridica al programma politico che ha accompagnato il costituzionalismo moderno fin dalle sue fondazioni settecentesche: limitare l'illimitabile potere sovrano. Per ottenere quel risultato era necessaria una nuova rivoluzione scientifica che abbattesse quella concezione moderna del potere, risemantizzando la categoria della sovranità (com'è poi accaduto con il primo articolo della Costituzione repubblicana: «la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei *limiti* della Costituzione»), e che ristabilisse il legame del sapere giuridico con la tradizione aristotelica della filosofia pratica.

Senza questa nuova rottura epistemologica, il semplice varo della nuova Costituzione non sarebbe stato sufficiente a sciogliere la contraddizione del paradigma moderno e, quindi, a recuperare la seconda dimensione del diritto che il pensiero giuridico premoderno aveva rappresentato con la categoria – ormai non più proponibile – del diritto naturale. Infatti, dopo la rivoluzione scientifica moderna che aveva separato

---

[18] G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in Id., *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 180-181 e 175.

[19] Sulle due figure della legge-garanzia e della legge-potenza, v. P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, t. 1, 2007, p. 17.

[20] Così recita l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 24 giugno 1793.

[21] P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* (1948), in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, vol. II, *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 330.

[22] B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007), Milano, Giuffrè, 2008, p. 58.

il fatto dal valore e la concomitante rivoluzione antropologica che aveva fondato la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere concepita come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Un tentativo in tal senso fu fatto nell'immediato dopoguerra con l'appello alla categoria del «diritto naturale vigente»[23]; tentativo che si è subito rivelato impraticabile. Anche la via della *tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo nella forma *common law/statute law*, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivistica riduzione del diritto a una sola dimensione, la via della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi.

Come afferma Norberto Bobbio recensendo il saggio di Pietro Piovani *Giusnaturalismo ed etica moderna*, «l'individuo, una volta entrato in scena colla sua pretesa di essere lui solo il responsabile delle proprie azioni», ha «le norme non dietro di sé come un freno o un limite, ma davanti a sé come una aspirazione o un'esigenza». L'antico dualismo del diritto, infranto definitivamente dalla modernità, che libera l'uomo dalla «cattiva etica»[24] del giusnaturalismo – tra le varie forme che assume il diritto, nota Gustavo Zagrebelsky, quello naturale è il più intriso di «violenza» perché «mette in campo valori, principi, regole che si vorrebbero sottrarre alla libera discussione ponendoli sotto l'egida di un feticcio che chiunque disponga del potere può brandire per i suoi fini»[25] – poteva essere ricostituito soltanto attraverso l'etica moderna della libertà.

L'unica via percorribile per il giurista del secondo dopoguerra era, dunque, quella di Ulisse e le sirene: chiedere al popolo sovrano, nel momento di sobrietà successivo alla guerra di liberazione dal nazifascismo, il consenso a farsi legare all'albero maestro di una costituzione rigida per evitare, in futuro, di cadere nuovamente vittima del canto seduttivo di nuove sirene. E tuttavia, come si è poc'anzi accennato, la Costituzione del 1948 non era, di per sé, sufficiente a sciogliere la contraddizione. Per recuperare la categoria premoderna dell'indisponibile non bastava una legalità *superiore*, che si limitasse ad aggiungere un gradino alla moderna piramide delle fonti, vincolando la legge ordinaria alla *legge* costituzionale; era necessaria una legalità *differente*.

Occorreva, cioè, vedere la Costituzione repubblicana non come una mera *lex superior*, ma come la reincarnazione, nell'unica forma allora possibile, della seconda dimensione del diritto, del *fine di giustizia* (ora rappresentato dalla *concordia discors* dei principi e dei valori della Costituzione) cui doveva tendere l'agire giuridico secondo l'insegnamento di Aristotele, che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, una parte della cultura europea, anche giuridica, stava riscoprendo, proprio in seguito alla

---

[23] R. ANGELONI *et alii*, *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951.

[24] N. BOBBIO, *Giusnaturalismo ed etica moderna in un libro di Pietro Piovani* (1961), ora in P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 158-159. Cattiva etica perché «legalistica», inficiata da «una inadeguata valutazione dell'uomo, delle sue capacità e possibilità, del suo destino e della sua storia».

[25] G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, p. 14.

tragedia dei totalitarismi[26]. Infatti, «al di là delle molteplici trasformazioni sociali che l'avevano preparata», quella tragedia era in parte «imputata all'atrofizzazione del giudizio nel mondo moderno, alla perdita della capacità di dare "misura" all'agire e di cogliere i principi e le ragioni della condotta umana»[27]. Avendo ormai la religione perduto tale capacità, a causa del processo di secolarizzazione, ci si rivolse di nuovo «all'idea antica di una "filosofia pratica", cioè ad un discorso che non rinunciasse ad essere un sapere, ma fosse al tempo stesso valutativo, cioè capace di orientare la prassi»[28].

L'interpretazione della Costituzione come la via "postmoderna" per ristabilire l'antico dualismo del diritto era facilitata dalle caratteristiche della sua genesi storica. La Costituzione del 1948, infatti, non è «figlia di un "potere", o di un "soggetto", che esprima una "volontà", come il popolo sovrano della tradizione rousseauviana»[29], ma è il risultato di un momento costituente in cui forze politiche e spirituali ispirate a tradizioni culturali diverse (cattoliche, liberali, socialiste, comuniste), ma unite dalla comune lotta contro il fascismo, riuscirono a convergere intorno a un nucleo di valori condivisi.

Diversamente dalle Costituzioni dell'Ottocento, le Costituzioni pluralistiche del Novecento sono «*senza autore*, e dunque protette dal pericolo che qualcuno possa considerarle come cosa propria, di cui poter liberamente disporre»[30]. E tuttavia, non potendo esse presentarsi come ricognizioni di un ordine già dato (divino, naturale, sociale…), e perciò sottratte, per loro natura propria, al potere dispositivo di qualsivoglia *auctoritas*, essendo il prodotto artificiale delle *volontà* e delle *ragioni* di uomini, seppur concepite in un momento della storia particolarmente denso com'è quello costituente, quelle Costituzioni possono davvero soddisfare l'esigenza del costituzionalismo di porre un limite al potere, ristabilendo l'antico dualismo del diritto, solo se riescono a vincere una scommessa che «sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*»[31].

Dopo una prima fase in cui la Costituzione viene vista come una *loi politique* rivolta al solo legislatore, conformemente alla cultura giuridica dell'epoca, ancora fortemente condizionata dal paradigma moderno, e che, perciò, non poteva riconoscere come autentico diritto – applicabile dal giudice e dall'amministrazione – un documento pieno di principi indeterminati, lo sguardo rivolto alla Costituzione comincia a mutare con la prima sentenza della Corte costituzionale, che respinge la dottrina delle norme programmatiche, e con il processo di rinnovamento culturale della magistratura italiana che approda al «punto di non ritorno»[32] rappresentato dal congresso dell'Associazione

---

[26] Sulla riscoperta della tradizione aristotelica della filosofia pratica, maturata in ambito culturale tedesco, v. F. VOLPI, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in *Il Mulino*, 6, 1986, p. 928-949.

[27] P.P. PORTINARO, *Potere, diritto e politica*, in P. Rossi e C.A. Viano (a cura di), *Storia della filosofia. Il Novecento*, vol. VI, t. 1, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 531.

[28] E. BERTI, *Filosofia pratica*, cit., p. 96.

[29] M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 153.

[30] M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 152-153.

[31] G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., p. 149.

[32] E.B. LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia Repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 73. Com'è noto, in

nazionale magistrati, tenuto nel 1965 a Gardone. Nella mozione finale, approvata all'unanimità, i giudici rifiutano la concezione «formalistica» dell'interpretazione, «indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese», attribuendo anche alla giurisdizione, e non solo alla legislazione, il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione[33].

Prende avvio, in quegli anni cruciali, una «trasformazione costituzionale» che sancisce la fine del vecchio stato legislativo di diritto, in cui il giudice guardava alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza», e l'inizio del nuovo stato costituzionale di diritto che ha posto «la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»[34]. Come osserva opportunamente Maurizio Fioravanti, è un «grave errore sul piano storico»[35] considerare l'attuale Stato costituzionale come un mero perfezionamento dello Stato di diritto della tradizione e non invece come «una nuova *forma politica*»[36], «un vero e proprio nuovo assetto dei poteri» in cui il legislatore «non è più solo, e dunque in posizione di monopolio, di fronte alla Costituzione. Accanto a lui si pone in posizione ormai sostanzialmente equiordinata il giudice, che è ben altra figura rispetto a quanto voleva il modello della tradizione»[37].

Il "riorientamento gestaltico" nei confronti della Costituzione repubblicana – da documento politico a testo pienamente giuridico; da *lex superior* a reincarnazione della seconda dimensione del diritto – si conclude con la sentenza n. 1146 del 1988 che *istituisce*, *expressis verbis*, la nuova categoria dei principi supremi, già evocata in diverse pronunce degli anni Settanta. Con questo «performativo» – la cui «felicità»[38] (noi giuristi diremmo "validità") non dipende né da una legge superiore, secondo la teoria kelseniana della validità, né dalla volontà di potenza della Corte costituzionale, ma dal *consenso della cultura giuridica*, fondato su evidenti *ragioni* etico-politiche – la Corte ristabilisce, nell'unico modo oggi possibile, il salvifico dualismo tra *ius* e *lex*, tra *ratio* e *voluntas*.

---

seguito allo «scontro aperto con la Corte di cassazione», che si è consumato nel 1957 nel congresso dell'Anm di Napoli, la cui mozione si apre con la proclamazione dell'«assoluta parità» di tutti i magistrati, ponendo per la prima volta in minoranza la relazione dei dirigenti dell'associazione, i magistrati della Cassazione, arroccati «in una posizione di splendido isolamento», abbandonano l'Anm e si riuniscono in una nuova associazione, l'Unione dei magistrati italiani (UMI), che si scioglierà solo nel 1979 (ivi, p. 62-66).

[33] Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 ottobre 1965, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, pp. 309-310. Nella mozione, approvata per acclamazione dalle tre correnti, Magistratura Democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere, si precisa che «il problema dell'indirizzo politico nell'ambito della funzione giurisdizionale non si pone, ovviamente, in termini di indirizzo politico contingente, che spetta alle forze politiche, titolari della funzione legislativa ed esecutiva, bensì in termini di tutela dell'indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario».

[34] M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 13 e 17.

[35] Ivi, p. 19.

[36] M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 57.

[37] M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 8 e 10.

[38] J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole* (1962), Genova, Marietti, 1987.

6. Il nuovo ruolo della giurisdizione tra fatti e valori, tra effettività e legittimità.

Con il ristabilimento del dualismo del diritto – reso possibile, lo ripetiamo, grazie al recupero, più o meno consapevole, della natura pratica del sapere giuridico – muta nuovamente la concezione dell'essere del diritto: non più cosa, "sostanza", ma *relazione*, tra la legge (la prima dimensione del diritto) e i principi e i valori costituzionali (la seconda dimensione del diritto, il cui nucleo essenziale, identitario, è sottratto al potere dispositivo di qualsiasi *auctoritas*, nazionale e, con la c.d. "dottrina dei controlimiti", sovranazionale). Con il recupero della natura pratica del sapere giuridico – il cui fine non consiste più nel conoscere "oggettivamente" dati normativi, secondo il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, ma nel tessere giuste relazioni tra enunciati normativi e principi, secondo il metodo costruttivo e progettuale delle scienze pratiche – e con il conseguente ritorno di un'ontologia relazionale, si pongono le premesse per ristabilire, dopo la lunga parentesi moderna, il legame della giurisdizione con il mondo dei fatti e dei valori.

Dopo il congresso di Gardone, in un periodo storico in cui «convivono, in contraddizione insanabile tra loro, da una parte la Costituzione repubblicana e dall'altra i codici fascisti», il legame tra la giurisdizione e il mondo dei fatti e dei valori è particolarmente enfatizzato dall'ala più progressista della magistratura italiana che – facendo propri schemi interpretativi di matrice marxista e denunciando l'«insopprimibile dimensione politica» dell'attività giudiziaria, «a causa delle inevitabili scelte valutative che necessariamente intervengono in ogni decisione giurisdizionale» – si attribuisce il compito di elaborare una «giurisprudenza "alternativa" rispetto alla tradizionale giurisprudenza di ispirazione autoritaria: una giurisprudenza non già più politicizzata ma politicizzata in senso diverso e contrario, cioè orientata non più alla difesa e al servizio dell'assetto capitalistico vigente bensì alla tutela degli spazi d'azione delle forze sociali d'opposizione e all'emancipazione delle classi subordinate»[39]. Una giurisprudenza, si precisa, che «non vuol essere disapplicazione della legge né libera creazione di diritto, ma applicazione vincolata di un fondamentale precetto costituzionale; che non vuol dire negazione della legalità, ma solo del modo borghese di intendere la legalità come strumento esclusivo della classe dominante; che non si fonda su di un'arbitraria scelta di parte, ma sulla fedeltà a una scelta in favore delle classi subalterne già operata dalla Costituzione repubblicana»[40].

Quella giurisprudenza "alternativa", che si presenta come «fedele alla nuova legalità» costituzionale, ha nel capoverso dell'articolo 3 della Costituzione la sua stella polare. Tale articolo, nell'imporre alla Repubblica – «e quindi anche ai giudici», secondo quanto già stabilito nella mozione di Gardone – «il compito di rimuovere quegli ostacoli che di fatto si oppongono all'attuazione dell'effettiva libertà e della sostanziale

[39] L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Bari, Laterza, 1973, p. 108, 106 e 113.
[40] Ivi, p. 114-115.

uguaglianza di tutti i cittadini», spinge i giudici che si richiamano a quell'orientamento culturale a operare una netta e radicale soluzione di continuità rispetto alla tradizionale trascuratezza nei confronti della dimensione dell'effettività, fino a teorizzare il «capovolgimento del rapporto tra norma e fatto istituito per via di sussunzione»[41]. Nella nuova prospettiva, non è più la norma ma il fatto «ad essere assunto a oggetto primario e privilegiato di conoscenza, non più in segmenti frazionati e avulsi dal contesto come il formalismo postula e impone attraverso il filtro della rilevanza giuridica, bensì nella totalità dei suoi nessi e delle sue complesse e singolari determinazioni economico-materiali». Questa «rivoluzione copernicana» non sarebbe solo consentita, ma «imposta […] dall'art. 3 cpv. della Costituzione: il quale, nel denunciare l'insufficienza dell'uguaglianza formale e di qualsiasi regolamentazione giuridica che prescinda dalle concrete connotazioni economico-sociali della realtà, addita in un integrale recupero dell'effettività di tali connotazioni la strada da battere per sottrarsi alla logica deformante del formalismo e dell'astrattismo giuridico»[42].

Sul versante penalistico, questo orientamento giurisprudenziale induce una parte della magistratura ad utilizzare lo strumento del processo e del diritto penale per tutelare determinati beni giuridici – costituzionalmente rilevanti, ma non ancora presidiati a livello legislativo – facendo leva su fattispecie incriminatrici concepite per proteggerne altri. Formalmente riconducibili al testo degli enunciati normativi (sottoposti, in certi casi, ad ardite spremiture lessicali, quando non a vere e proprie forzature), queste strategie interpretative – adottate anche in seguito e da giudici di diverse matrici culturali – più che violare la forma dell'incriminazione (la *littera legis*) – di cui si ha anzi cura di mostrare, in motivazione, il rispetto – ne alterano la sostanza, generando tipi criminosi non (ancora) previsti dalla legge e assistiti da corredi sanzionatori normalmente inadeguati perché tagliati sulla misura di altri tipi.

L'apertura della giurisdizione al mondo dei fatti e dei valori – che per la giurisprudenza alternativa degli anni Settanta si fondava su ragioni eminentemente politiche e ideologiche, pur ancorate al dato giuridico della nuova legalità costituzionale, che non consentiva più alla giurisdizione di rimanere chiusa all'interno del perimetro della vecchia legalità puramente legislativa, ma, anzi, ne imponeva la fuoriuscita – quell'apertura, si diceva, verrà affermata, a livello teorico e senza quelle vischiosità ideologiche, dall'ermeneutica giuridica, che comincia a farsi strada nella comunità scientifica italiana a partire dal decennio successivo. Concepita nell'ambiente culturale tedesco in seguito alla pubblicazione del saggio *Verità e metodo* di Gadamer, che si richiama esplicitamente alla tradizione aristotelica della filosofia pratica[43], l'ermeneutica fornisce una convincente giustificazione teorica del ruolo costitutivo che il contesto fattuale e valoriale esercita inevitabilmente nel processo di applicazione del diritto[44].

---

[41] Ivi, p. 115, 114 e 117.

[42] Ivi, p. 118.

[43] H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, Bompiani, 1983, p. 363 s.

[44] Sullo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna e sulla sua penetrazione in una parte della comunità penalistica italiana, v. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, p. 1341-181, cui si rinvia per gli opportuni

Nella prospettiva ermeneutica, infatti, non si *conosce* propriamente il senso di un enunciato normativo, secondo il metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze teoretiche, ma lo si *progetta*, muovendo dalla precomprensione del caso e in vista di una sua soluzione ragionevole e giusta, tale cioè da essere ritenuta adeguata alle peculiarità del fatto e conforme alla tavola costituzionale dei valori, dai «*partners* ragionevoli»[45] della comunità interpretativa cui si rivolge il giudice. In quest'ottica, il fatto non può più essere concepito come un fattore estrinseco al diritto, a tal punto irrilevante da essere affidato alle cure di un'altra scienza, la sociologia del diritto. Al contrario, il fatto è inteso come un ingrediente essenziale nel processo di comprensione e di definizione del diritto, i cui contorni semantici non sono fissati in astratto e una volta per tutte dal legislatore, ma vengono ridisegnati dal giudice – avvalendosi dell'apporto conoscitivo della dialettica processuale – alla luce del fatto e dei valori costituzionali che, a loro volta, acquistano significato nel corso dei procedimenti applicativi in cui sono richiamati dagli interpreti.

Se al momento applicativo si riconosce un ruolo fondamentale nel processo di «positivizzazione» del diritto[46], allora i prodotti dell'attività giurisdizionale non possono più essere concepiti come mere interpretazioni (nel senso moderno e riduttivo di interpretazione), ma vanno intesi come aspetti rilevanti e significativi della vita del diritto, di cui la scienza penalistica non può non tener conto nell'elaborazione delle sue categorie ordinanti.

7. La nuova legalità.

In questa prospettiva, la dimensione dell'effettività (della *law in action*, direbbero i realisti americani) non solo non può più essere trascurata dalla scienza penalistica, pena una visione decurtata e falsante del proprio oggetto di studio, ma va intesa come un aspetto fondamentale della nuova legalità generata dal processo di trasformazione costituzionale, il quale, come si è visto, attraverso l'esperienza del giudizio di costituzionalità (e, in particolare, dell'interpretazione conforme) ha finito per riscoprire la natura pratica del sapere giuridico, ristabilendo, in vesti necessariamente rinnovate, l'antico e salvifico dualismo del diritto.

Se, coerentemente con il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, la vecchia legalità (legislativa) era misura della *corrispondenza* dell'atto (sentenza o provvedimento amministrativo) alla "cosa" legge (che, nell'ambito di una visione monistica del diritto, esaurisce l'intera dimensione del giuridico), la nuova legalità

---

riferimenti bibliografici. In generale, sui vari aspetti dell'ermeneutica giuridica, v. la raccolta di saggi del principale esponente dell'ermeneutica giuridica italiana, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

[45] J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli, Esi, 1983, p. 18-20.

[46] G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 329-358.

(costituzionale) è misura della *conformità* dell'atto al *diritto* (nella sua duplice dimensione di *auctoritas* e *ratio*, di regola legislativa e di principi costituzionali), nel significato che gli è dato dalla diffusa e incessante pratica interpretativa della giurisdizione e dell'amministrazione. Tale pratica consente al diritto – sotto il controllo, *ex ante* ed *ex post*, della comunità interpretativa – di evolvere conformemente alle specificità e alle esigenze dei fatti che di volta in volta si trova ad intercettare e alle categorie culturali di senso e di valore che vigono nei differenti contesti applicativi. In altre parole, mentre la modernità aveva ridotto l'intero orizzonte assiologico della legalità alle sole e sovrane scelte valutative del legislatore e l'aveva isolata dal mondo dei fatti, la nuova legalità assorbe in sé sia la dimensione della *legittimità* (che rinvia ai valori fondativi e identitari della pratica giuridica, sui quali si fonda il consenso sociale che regge l'ordinamento giuridico) sia la dimensione dell'*effettività* (che rinvia alla concreta esperienza giuridica, ai significati che gli enunciati normativi assumono a contatto con i multiformi e cangianti fatti della vita).

Muta, così, la natura della legalità: non più descrittiva e veritativa, ma teleologica e progettuale. Mentre, come si è visto, nell'ottica della legalità legislativa l'atto (giurisdizionale o amministrativo), per essere legale, doveva *corrispondere* perfettamente alla "cosa" legge (secondo l'ontologia "oggettualistica" conseguente all'adozione del metodo veritativo delle scienze teoretiche), nella prospettiva della nuova legalità costituzionale, l'atto, per essere legale, deve *tendere a un risultato*[47]. Per il diritto, che è oggetto di un sapere pratico orientato verso il giusto (l'*eupraxía* è il fine delle scienze pratiche per Aristotele), questo *risultato* va inteso in termini di giustizia, che significa, lo ripetiamo, adeguamento della sentenza alla specificità dei fatti e ai valori costituzionali, come interpretati dalla legge – che non è più la manifestazione di una volontà sovrana, ma il risultato di un'attività interpretativa (della Costituzione, come interpretata dalla Corte costituzionale, del diritto europeo, come interpretato dalla Corte di giustizia, della Convenzione europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo) – e dalle altre *auctoritates* legittime, tra cui quella giurisprudenziale[48].

---

[47] Questa metamorfosi della legalità – da misura della corrispondenza dell'atto alla "cosa" legge, a misura della conformità dell'atto al fine di giustizia – è al cuore del nuovo paradigma scientifico che va sotto il nome, significativo, di «amministrazione di risultato» (v, in merito, M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., p. 424-426). Mentre nell'ottica della vecchia legalità la legittimazione dell'amministrazione era concepita come corrispondenza formale dell'atto al tipo legislativo – nel presupposto «che il mero rispetto della legge [fosse] garanzia di risultato» – nella prospettiva della nuova legalità costituzionale la legittimazione viene dalla (giusta) realizzazione del fine di interesse pubblico, dall'«agire bene» (*eupráttein*), come nota significativamente, in un parere, il Consiglio di Stato: «Per dirla in termini metaforici, un tempo agire legittimamente significava agire bene, oggi si può pensare che agire bene significhi agire legittimamente» (Cons. St., sez. consultiva per gli atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943/09, parere sullo schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 4 l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici, p. 5-6).

[48] A questo proposito, Francesco Palazzo nota come la pratica diffusa dell'interpretazione conforme (alla Costituzione e al diritto europeo) – che, a partire dalla sent. 356/1996 della Corte costituzionale, è posta formalmente a carico del giudice comune a pena di inammissibilità – abbia realizzato «una sorta di rivoluzione copernicana sul piano della metodologia interpretativa»: interpretare «in conformità ad altra norma prevalente […] significa che il procedimento interpretativo non è più incanalato, guidato, disciplinato

Questa legalità *ibrida* (perché non si riferisce più solo alla legge in astratto – la legalità *pura* dei moderni – ma alla legge come vive nella concreta interpretazione giurisprudenziale, nonché alla Costituzione e alle fonti sovranazionali) è la stessa che ispira la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[49].

Per i giudici di Strasburgo, infatti, ad integrare il parametro di legalità cui deve conformarsi la sentenza del giudice penale non è il solo testo legislativo, ma la legge nel significato che le è conferito dall'interpretazione delle corti e in quanto conforme ai principi e ai valori della Convenzione, quali risultano, a loro volta, dall'interpretazione della Corte stessa. In questa prospettiva, la conoscibilità della legge (e, quindi, nel lessico europeo, la «ragionevole prevedibilità» delle conseguenze penali della condotta) sono garantite, in ultima istanza, dall'esistenza di una pratica interpretativa chiara, stabile e condivisa. Per la Corte, infatti, «*aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation*»[50]. In virtù del principio di generalità delle leggi, la lettera di esse non può «*présenter une précision absolue*». Perciò il legislatore ricorre a delle «*catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de*

---

e limitato da regole *modali* interpretative», secondo l'«impostazione metodologica sottesa all'art. 12 disp. prel. e ancora in gran parte dominante»; significa, «invece, che il procedimento interpretativo deve essere orientato al raggiungimento di un *risultato* interpretativo, che diviene la bussola dell'attività ermeneutica a prescindere dalle regole, dagli strumenti, dagli "argomenti" tradizionalmente facenti parte dell'armamentario tecnico dell'interprete» (F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea*, in *Ars interpretandi*, 2/2016, p. 87-88).

[49] Lo stesso non può dirsi della nostra Corte costituzionale che, pur attribuendo una qualche rilevanza al diritto giurisprudenziale (attraverso le categorie del «diritto vivente» e dell'interpretazione tassativizzante, idonea a sanare l'indeterminatezza in astratto della legge), è ancora in parte condizionata da una visione tradizionale del ruolo della giurisdizione che le impedisce di trarre tutte le dovute conseguenze dalla trasformazione costituzionale di cui si è detto. Emblematiche, in tal senso, sono la sentenza 230 del 2012 (su cui, v. M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica*, cit., p. 168-174) e la più recente 115/2018, che, facendo propria una visione tradizionale dell'interpretazione («nei paesi di tradizione continentale […] l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»), pare voler mettere in discussione il suo orientamento, da tempo consolidato, circa la funzione tassativizzante dell'interpretazione dei giudici, orientamento attraverso il quale la Corte, dopo una prima fase in cui valutava in astratto la determinatezza delle fattispecie incriminatrici, riusciva a salvare l'enunciato legislativo dalla censura di indeterminatezza (v., in proposito, i rilievi critici di M. DONINI, *Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018. La determinatezza* ante applicationem *e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2018). Tale sensazione risulta rafforzata, *a contrario*, dalla successiva sentenza 24 del 2019 in materia di misure di prevenzione, nella parte in cui si afferma che «allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione».

[50] Sentenza 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 36.

pouvoir s'adapter aux changements de situation». Data la natura della legge (generale e statica) e le caratteristiche dei fatti (particolari e mutevoli), «*la fonction de décision confiée aux juridictions*», continua la Corte, «*sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne*»[51].

In questa visione pragmatica del fenomeno giuridico, in cui la dimensione dell'effettività è costitutiva della legalità, diventa di primaria importanza l'esistenza di una giurisprudenza tendenzialmente stabile e uniforme. Diversamente, e cioè in presenza di una giurisprudenza instabile e contraddittoria, il principio di legalità è violato: secondo la Corte europea, una sentenza di condanna che fosse pronunciata sulla base di una *law in action* così viziata sarebbe illegale[52], e ciò anche se, in ipotesi, il testo dell'enunciato normativo appariva in astratto sufficientemente preciso e determinato. Infatti, a contatto con i differenti contesti applicativi in cui è coinvolto, un testo che appare chiaro e univoco nell'astrattezza e staticità della sua lettera, può generare interpretazioni contrastanti e assumere, col tempo, nuovi significati imprevedibili al momento della sua approvazione. La visibilità dell'interpretazione giurisprudenziale è direttamente proporzionale, da un lato, alla complessità e al dinamismo della realtà e, dall'altro lato, al pluralismo assiologico e al multiculturalismo della società che si riflette nell'eterogeneità delle precomprensioni di coloro che applicano il diritto.

8. Il precedente: ragioni e significato di un vincolo relativo.

Questa vitalità del testo, che ha il pregio di adeguarsi alla complessità della realtà e di stare al passo con i suoi mutamenti, deve però essere governata se non si vuole che il dinamismo e la plasticità dei testi compromettano quell'esigenza di conoscibilità del diritto che nel settore penalistico è di fondamentale importanza.

Uno strumento imprescindibile di governo del formante giurisprudenziale è rappresentato dalla valorizzazione del precedente giudiziale, il cui ruolo cruciale, in un ambiente giuridico sempre più complesso e osservato con gli occhiali della nuova legalità, non consente più di attribuirgli una mera autorità di fatto o persuasiva, secondo formule tralatizie – incessantemente riproposte – che traevano origine da un contesto culturale dominato dalla mitologia della legge e da coordinate teoriche ormai superate[53].

---

[51] Sentenza 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, § 31. V. anche, in merito, la sentenza *Scoppola* che mette in guardia contro concezioni massimalistiche del valore della certezza, responsabili di irrigidire eccessivamente le fattispecie incriminatrici. Il valore della «certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation» (Grande Chambre, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 100).

[52] V., in proposito, la sentenza *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, in tema di concorso esterno in associazione mafiosa.

[53] L'Autore che, nella comunità penalistica italiana, ha sottolineato per primo, con particolare enfasi, l'importanza di una valorizzazione del precedente, con un approccio al fenomeno giuridico attento alla dimensione della *law in action*, è A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999 (II ed., aggiornata, 2014).

Forte delle sue conoscenze storiche e comparatistiche, che gli consentivano di superare i robusti ostacoli epistemologici del paradigma moderno, allora ancora egemonico, Gino Gorla, fin dagli anni Settanta del secolo scorso, osservava che «l'autorità della giurisprudenza della Corte di cassazione non è un'autorità meramente "morale" o "di fatto", come sostiene l'opinione dominante; ma è un'autorità riconosciuta *in un certo modo* dal nostro ordinamento giuridico al fine di realizzare, nei limiti del possibile, il principio della uniforme interpretazione della legge, un principio che fa parte integrante del nostro ordinamento, in quanto ne dipendono la certezza del diritto e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»[54].

Il rispetto del precedente del giudice che ha il compito istituzionale di assicurare l'uniforme interpretazione della legge è quindi un vero e proprio «dovere *giuridico*»[55] che si fonda su due principi di rango costituzionale: il principio di eguaglianza, che impone di trattare allo stesso modo casi simili, e il principio della ragionevole prevedibilità delle decisioni, che è una proiezione del principio della libertà di autodeterminazione ricavabile dall'art. 13 della Costituzione.

Dovere giuridico di rispettare il precedente non significa, però, dovere assoluto. A ciò si oppone, oltre al valore dell'indipendenza del singolo giudice, tutelato dall'art. 101 della Costituzione (che, tuttavia, deve essere bilanciato con i due principi costituzionali sopra richiamati e riletto alla luce della trasformazione costituzionale avviata negli anni Sessanta del secolo scorso)[56], la storicità del diritto, che deve sapersi adeguare ai mutamenti dei contesti fattuali, sociali e culturali. Le ragioni della stabilità, che spingono verso il rispetto del precedente, devono quindi conciliarsi con le opposte ragioni del mutamento, ragioni che devono essere *gravi* e *ben motivate*, perché nel diritto penale l'esigenza della stabilità è fondamentale.

A ben vedere, un dovere assoluto di rispettare il precedente non sussiste neppure nell'ipotesi in cui il giudice non condivida, per gravi e importanti ragioni, un precedente favorevole all'imputato. In questo caso – pur non potendosi applicare al fatto la nuova interpretazione sfavorevole, pena la violazione del principio costituzionale di irretroattività della legge penale, che, nell'ottica della nuova legalità, va esteso anche all'*overruling* giurisprudenziale – il giudice potrà sempre, in motivazione, esporre le sue contrarie ragioni. Se ritenute convincenti, esse potranno eventualmente indurre la Cassazione a modificare il proprio precedente, che potrà applicarsi solo ai fatti accaduti dopo l'*overruling*. Non solo. Qualora l'interpretazione sfavorevole del giudice sia «coerente con la sostanza dell'incriminazione»[57] (cioè con il tipo criminoso) e sia

---

[54] G. GORLA, *Postilla su «L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»,* in *Il Foro italiano*, 1976, V, c. 127.

[55] G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 4.

[56] In un intervento al convegno di Senigallia in memoria del giudice Emilio Alessandrini (9-11 novembre 1979), Alessandro Pizzorusso notava come, in seguito ai cambiamenti intervenuti «in questi ultimi decenni», «per "legge", nell'art. 101, secondo comma, della Costituzione, non si intende tanto l'atto approvato dal parlamento […], ma si intende piuttosto tutto ciò che nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano costituisce "diritto"» (A. PIZZORUSSO, *Intervento*, in *Giustizia e costituzione*, 3-4, 1980, p. 184).

[57] La formula è costantemente riaffermata dalla Corte. V., ad esempio, la sentenza 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 43 e la sentenza della Grande Chambre del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 101.

ragionevolmente prevedibile (per effetto, ad esempio, del mutamento del contesto culturale e del «cotesto»[58] giuridico), la "nuova" interpretazione, secondo la Corte europea, può applicarsi anche al caso di specie[59].

In particolare, il criterio della coerenza con la sostanza dell'incriminazione può rappresentare uno strumento pragmaticamente più efficace del richiamo alla lettera della legge (che, per sua natura, è un argine fragile ed equivoco)[60] per impedire operazioni ermeneutiche, come quelle della giurisprudenza alternativa degli anni Settanta, dirette a tutelare beni giuridici di cui il giudice avverte il bisogno – costituzionalmente giustificabile – di una tutela penale al momento assente. È evidente che l'efficacia di tale strumento dipende in buona parte dal *self restraint* del giudice e, soprattutto, dalla disponibilità del legislatore a colmare – in tempi ragionevolmente rapidi – inaccettabili vuoti o carenze di tutela. In mancanza, la tentazione di supplire all'inerzia legislativa, attuando l'indirizzo politico della Costituzione anche attraverso la leva penale, può essere irresistibile, com'è avvenuto in passato su vari fronti, come

---

[58] Con il termine "cotesto" intendo fare riferimento all'intero *corpus iuris*, all'ambiente testuale in cui il testo immediatamente rilevante per la soluzione del caso è inserito. Come chiarisce C. SEGRE, *Co-text and Context*, in Th. A. Sebeok (a cura di), *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, vol. I, Berlin, Mouton, 1986, p. 151, la nozione di "co-testo" si riferisce al «verbal environment» per distinguerla dal «situational environment» (contesto). L'adozione del termine co-testo «stresses the distinction between those elements which are intrinsically textual (or intratextual) and extratextual elements: the latter being proper to extensional semantics (possibile worlds, etc.) and to pragmatics (production, reception, interpretation of the text)».

[59] V. in proposito, la già richiamata sentenza 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, che costituisce il *leading case* in materia di *overruling* giurisprudenziali *in malam partem*. Questo test elaborato dalla Corte europea (coerenza con la «sostanza dell'incriminazione" e «ragionevole prevedibilità» del risultato dell'interpretazione) potrebbe anche applicarsi alle ipotesi che i giuristi medievali riconducevano al «*casus novus*»: se non ragionevolmente prevedibile – e a patto che sia coerente con il tipo criminoso espresso dalla fattispecie normativa – la decisione adottata in presenza di un caso nuovo, dovuto al progresso tecnologico e scientifico, non potrà applicarsi al caso di specie, ma potrà, semmai, costituire un precedente per eventuali casi futuri.

[60] In un breve ma denso (e profetico) contributo pubblicato nel 1946, Pietro Nuvolone invitava la scienza penalistica del secondo dopoguerra a «non fondare una scienza unicamente su basi così labili e pericolose come quelle della legge scritta che non offre, tra l'altro, al cittadino nessuna garanzia sostanziale contro gli arbitri dello Stato». Confidando nell'influsso benefico della cultura giuridica anglosassone, «che è contraria alle formule rigide, al legalismo, ed è dominato dal grande principio dell'equità» (il momento «essenziale della vita giuridica, per gli anglosassoni, è quello dell'*applicazione* del diritto»), Nuvolone si augurava che la scienza del diritto si orientasse «verso la ricerca di categorie logiche sostanziali, altrettanto certe, se pur più difficili a scoprire, di quelle formali» (P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Archivio penale*, II, 1, 1946, p. 280, 278-279, 281). L'attore giuridico che più convintamente e coerentemente ha fatto proprio l'auspicio di Nuvolone è la Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui strumentario giuridico è ricco di categorie sostanziali, quali, appunto, il criterio della «coerenza con la *sostanza* dell'incriminazione» e le categorie di «legge», di «legalità» e di «*materia* penale». Si è proposto di ripensare il moderno divieto di analogia, facendo leva sulla categoria sostanziale del «tipo criminoso», nel saggio *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011. In questa prospettiva, v. anche F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 2007, p. 1279-1329: «Il concetto di "sostanza dell'incriminazione" sembra essere molto prossimo a quell'idea di "tipo criminoso" in cui si sostanzia e si esprime l'omogeneo contenuto di disvalore del reato, e che costituisce il reale asse portante del divieto di analogia (fondamento del limite interpretativo e criterio della sua praticabilità)» (p. 1321).

quelli, ad esempio, della tutela dell'ambiente e della salute. Ecco perché è apprezzabile, anche sotto questo profilo, un ulteriore aspetto della giurisprudenza europea: quello che, ponendo fine all'ultimo arbitrio del legislatore – «l'arbitrio del non punire»[61] – ricava da taluni diritti fondamentali protetti dalla Convenzione degli obblighi di incriminazione a carico del legislatore statale, che, adempiendoli con sollecitudine, fa venir meno le ragioni della supplenza per via giudiziaria.

9. Cultura del precedente ed effettività del vincolo.

Le due diverse posizioni teoriche sopra ricordate circa la natura dell'autorità del precedente (solo morale e persuasiva oppure giuridica e vincolante, nel senso precisato) sembrano incontrarsi a livello pratico: entrambe, infatti, esigono dal giudice che si discosta da un precedente autorevole o da una giurisprudenza consolidata che motivi adeguatamente le ragioni del cambiamento. E tuttavia, proprio per quelle diverse radici teoriche, le conseguenze pratiche non sono del tutto coincidenti.

Innanzitutto, sostenere che il rispetto del precedente è un dovere giuridico (seppur relativo, come si è visto) significa porre il valore della cultura del precedente su fondamenta più solide, secondo l'auspicio di un grande presidente della Corte di Cassazione, Zucconi Galli Fonseca, che, in una famosa lettera indirizzata il 13 giugno 1994 a tutti i presidenti e consiglieri della Corte, riteneva «della massima importanza il rafforzamento della cultura e della cura formale del precedente, ancora carente nella nostra prassi»[62].

In secondo luogo, se si riconosce nel rispetto del precedente un dovere giuridico a carico del singolo magistrato – che deve essere responsabilizzato circa il «significato istituzionale della funzione giurisdizionale», rifuggendo da ogni «lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge»[63] – si pongono le premesse per configurare una qualche forma di responsabilità disciplinare e/o civile a carico del giudice che si discosti da un precedente autorevole e consolidato senza esporre, in motivazione, le ragioni che lo spingono a dissentire.

---

[61] F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645-2704. Com'è noto, questo aspetto non è (ancora) condiviso dalla nostra Corte costituzionale, che mostra, anche sotto questo profilo, di essere ancora fortemente condizionata – come, del resto, la gran parte della comunità scientifica italiana – dalla cornice teorica e mitologica del paradigma penale moderno.

[62] La lettera, di grande interesse e lucidità, si può leggere in A. ESPOSITO – G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, Cedam, 1995, p. 40-50. In quel documento si denunciava la grave patologia dei contrasti giurisprudenziali in seno alla Corte, spesso inconsapevoli o «puramente tecnico-giuridici, svincolati da substrati ideali o sociologici» (p. 44), e, ancora più grave, la perdita di autorevolezza delle Sezioni unite, le cui decisioni venivano spesso smentite dalle sezioni semplici senza far uso della facoltà, loro concessa dall'art. 618 del nuovo codice, di rimettere la questione alle Sezioni unite in caso di dissenso.

[63] Così V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 1988, p. 1576.

Mostrando che i tempi sono ormai maturi per andare in questa direzione[64], le Sezioni unite, con una recente sentenza in tema di responsabilità civile dello Stato per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, dopo aver precisato che «il discostarsi dal precedente […], anche se dotato dell'autorevolezza di una pronuncia a Sezioni unite, non può costituire – di per sé – fonte di responsabilità civile», hanno stabilito l'importante principio secondo cui, «in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé gratuita, né immotivata, né immediata», ma deve essere «frutto di scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale». Pur concedendo che ciò può avvenire anche senza un'esplicita motivazione, la Corte riconosce, però, che la scelta interpretativa del giudice è «più facilmente» comprensibile «se esplicitata all'esterno a mezzo di motivazione»: «oltre a rendere più persuasiva la decisione, la motivazione rende anche palese che la decisione è frutto di una scelta (interpretativa) consapevole e, in quanto tale, sottratta all'area della responsabilità civile»[65].

10. Il rafforzamento delle Sezioni unite e il ruolo della cultura giuridica.

Certo, perché il dovere giuridico di rispettare il precedente possa essere effettivo occorre che un precedente autorevole e stabile vi sia o vi possa essere.

Questo è uno dei problemi fondamentali che pone la nuova legalità – per bocca soprattutto della Corte di Strasburgo – a tutti gli attori della scena giuridica italiana. Ogni tentativo di soluzione non può non passare attraverso il potenziamento dell'autorità e dell'autorevolezza della Corte di cassazione che, oggi, non suscita più l'ostilità e le diffidenze di un tempo, quando la sua giurisprudenza autoritaria e conservatrice, culturalmente chiusa ai nuovi valori della Costituzione repubblicana, aveva spinto una parte della magistratura a coltivare polemicamente una giurisprudenza alternativa, ispirandosi alla nuova legalità costituzionale.

---

[64] Nella lettera che già si è avuto modo di ricordare, il primo presidente della Corte prendeva espressamente in esame l'ipotesi di un illecito disciplinare a carico dei giudici della Corte che non si avvalessero della facoltà di rimettere il ricorso alle Sezioni unite in caso di dissenso, ma non la riteneva, all'epoca, praticabile: «Ciò sarebbe possibile solo se nella coscienza collettiva del corpo della Magistratura italiana si pervenisse a concepire senza incertezze che appartiene alla deontologia professionale dei magistrati della Corte di cassazione concorrere alla formazione di una giurisprudenza coerente, in particolare non vulnerando la funzione delle Sezioni unite, che della difesa di quella coerenza sono investite» (p. 46).

[65] Sezioni Unite Civili, 3 maggio 2019, n. 11747, § 13.12, 13.14 e 14.1. Quanto al profilo della responsabilità disciplinare, un altro grande primo presidente emerito della Corte di cassazione, Ernesto Lupo, osserva, in una recente comunicazione presentata al Seminario di studi sul tema «Indipendenza della magistratura oggi», svoltosi l'8 dicembre 2019 nell'Università Statale di Milano, che essa può configurarsi in relazione all'ipotesi dell'art. 2, c. 1, lett. *a*, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, secondo cui costituiscono illecito disciplinare funzionale «i comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1» (tra i quali è compreso quello di diligenza) «arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti» (p. 11 del testo della relazione gentilmente trasmesso dall'Autore).

Per la natura di «vertice ambiguo»[66] della nostra Corte di cassazione, che è chiamata a pronunciarsi su una quantità di ricorsi assolutamente incompatibile con la funzione di una corte del precedente, il compito di assicurare la tendenziale uniformità e stabilità della giurisprudenza può essere effettivamente svolto – *rebus sic stantibus* – soltanto dalle Sezioni unite. È precisamente in quest'ottica che si è mosso opportunamente il legislatore, aggiungendo, con la legge 23 giugno 2017 n. 103, un nuovo comma all'art. 618 che introduce l'obbligo a carico della sezione semplice, che non condivida il principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni unite, di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso[67].

Com'è noto, quest'obbligo era previsto già nell'art. 610-*bis* del progetto definitivo del nuovo codice di procedura penale, sulla base del duplice rilievo che «viene meno l'effettiva eguaglianza davanti alla legge se nella sede giudiziaria situazioni uguali ricevono trattamenti diversi» e che «il contrasto tra le decisioni della Corte elude inoltre la richiesta di certezza, che in materia penale è ancor più pressante e si ricollega al principio di stretta legalità, con il suo corollario di tassatività, che non consente di ritenere di volta in volta penalmente lecito o illecito lo stesso fatto o di ravvisare in esso reati diversi di ineguale gravità»[68]. La formula del progetto non fu però mantenuta perché si temette che la disposizione venisse a porre, «per la prima volta nel nostro ordinamento, il vincolo sia pure tendenziale e corretto, del precedente»[69] («timore infondato», osservava giustamente Zucconi Galli Fonseca in quella lettera del 1994, «poiché non si trattava di obbligare alla conformità, ma semmai di riservare alle Sezioni unite la revisione della propria giurisprudenza risolutrice di contrasti»[70]).

Allora, i tempi non erano ancora maturi e quella formula, che ora appare a molti condivisibile e opportuna, non riuscì a superare gli ostacoli culturali che le impedivano di realizzarsi.

Il diritto, nella sua struttura portante, non si trova nei codici, nelle leggi e nemmeno nelle costituzioni, ma nella cultura giuridica che li ispira e che conferisce a

---

[66] M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991.

[67] In coerenza con quanto affermato circa la responsabilità civile e/o disciplinare del giudice che non esplicita i motivi del dissenso rispetto a un precedente consolidato, a una soluzione analoga si deve pervenire anche in caso di inosservanza dell'obbligo di rimessione di cui al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 (così Ernesto Lupo che, nella relazione sopra citata, osserva come tale conclusione si giustifica anche in relazione ai vincoli che derivano dalla Convenzione europea: se, secondo la Corte di Strasburgo, i contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di cassazione comportano la violazione della regola del processo equo di cui all'art. 6 della Convezione e, nella materia penale, anche della legalità della pena (art. 7), «consegue che la decisione dissenziente dal principio di diritto delle Sezioni unite […] non costituisce soltanto inosservanza delle norme dei nostri codici, ma può essere fonte di responsabilità dello Stato per violazione della Cedu, che la parte interessata può far valere davanti alla apposita Corte europea» (p. 13 della relazione).

[68] Relazione al testo definitivo del cp.p., in *Gazzetta Ufficiale*, 24.10.1988, suppl. ord. n. 2, p. 200.

[69] *Ibidem*.

[70] F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Lettera*, cit., p. 42. In un articolato commento al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., Giorgio Fidelbo precisa, opportunamente, che «l'obbligatorietà della remissione non deve essere intesa come una limitazione all'interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico tra sezioni della Corte di cassazione, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente» (G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Questione giustizia*, 4/2018, p. 142).

quei testi significato, facendo loro vivere, in molti casi, vite non previste e non prevedibili al momento della nascita. Perché quella trasformazione costituzionale avviata alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso – che, come si è visto, ha posto accanto al legislatore (l'antico padrone del diritto) «in posizione ormai sostanzialmente equiordinata, il giudice»[71], attribuendogli compiti inediti e gravandolo di responsabilità gravissime – possa giungere al suo pieno compimento, trovando gli opportuni assetti e gli equilibri necessari e riuscendo a garantire una soddisfacente tutela dei diritti, occorre, innanzitutto, che il rinnovamento culturale all'origine di quella trasformazione si consolidi e si estenda a tutti gli attori della scena giuridica, diventando patrimonio comune e avviando così una nuova fase di «scienza normale»[72].

Per raggiungere questo difficile ma non più rinviabile obiettivo – difficile perché coinvolge gli strati più profondi della cultura del giurista, a lungo condizionato dalla cornice teorica e mitologica del paradigma giuridico moderno – il ruolo del giurista di cattedra, nella sua duplice veste di uomo di scienza e di insegnante, è assolutamente fondamentale.

[71] M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 10.

[72] Secondo la teoria delle rivoluzioni scientifiche di Thomas Kuhn, la fase della «scienza normale» è quella che si apre dopo un periodo rivoluzionario con l'affermazione di un dato paradigma. Essa si occupa, essenzialmente, della «ripulitura» del nuovo paradigma, ossia si impegna «all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite» da esso. Una tale attività si presenta «come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; «anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento» (T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (II ed., 1970), Torino, Einaudi, 1999, p. 44).

3/2020

LA GESTIONE OPERATIVA DELLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

di Alessandra Bassi

Lo studio del c.d. formante giurisprudenziale non può prescindere dall'analisi delle dinamiche attraverso le quali la Corte Suprema di cassazione perviene all'affermazione di un principio di diritto munito di una "forza" e di un'"autorevolezza" tali da trasformarlo in una regola di diritto vivente, applicabile in casi consimili.
Il presente scritto si propone dunque l'obbiettivo di fare luce sulle norme processuali e sugli strumenti organizzativi che disciplinano la funzione nomofilattica della Cassazione, sul processo di formazione del "precedente" e sulle modalità di circolazione della regula iuris di emanazione giurisprudenziale, quindi sui meccanismi che tendono – direttamente o indirettamente – a conferire stabilità al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite o dalle Sezioni semplici della Corte.
Si esploreranno pertanto la struttura e le regole di funzionamento della Corte Suprema, i meccanismi di assegnazione dei ricorsi alle Sezioni (semplici ed Unite), l'attività di studio e di preparazione delle decisioni, gli strumenti organizzativi tesi ad assicurare l'effettività della funzione nomofilattica nonché le modalità di prevenzione e di gestione dei contrasti giurisprudenziali interni.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La struttura della Corte Suprema di cassazione. – 3. L'organizzazione delle Sezioni semplici. – 3.1. L'assegnazione dei ricorsi alla Sezione semplice competente. – 3.2. L'assegnazione del ricorso al singolo consigliere e l'attività preparatoria della decisione. – 4. Il ruolo della Corte Suprema di cassazione. – 4.1. Il potenziamento della funzione nomofilattica della Corte Suprema ad opera della riforma Orlando. – 4.2. La funzione nomofilattica svolta dalle Sezioni Unite. – 4.3. La funzione nomofilattica svolta dalle Sezioni semplici della Cassazione. – 5. Gli "strumenti" organizzativi funzionali ai fini dell'espletamento della funzione nomofilattica da parte delle Sezioni semplici. – 6. La gestione dei contrasti giurisprudenziali interni alle Sezioni semplici.

1. Introduzione.

Il presente contributo si inserisce nel progetto di ricerca sulla "nuova legalità" promosso dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze e si propone lo scopo di analizzare quali siano i meccanismi operativi di formazione del "precedente" nella giurisprudenza della Corte Suprema di cassazione.

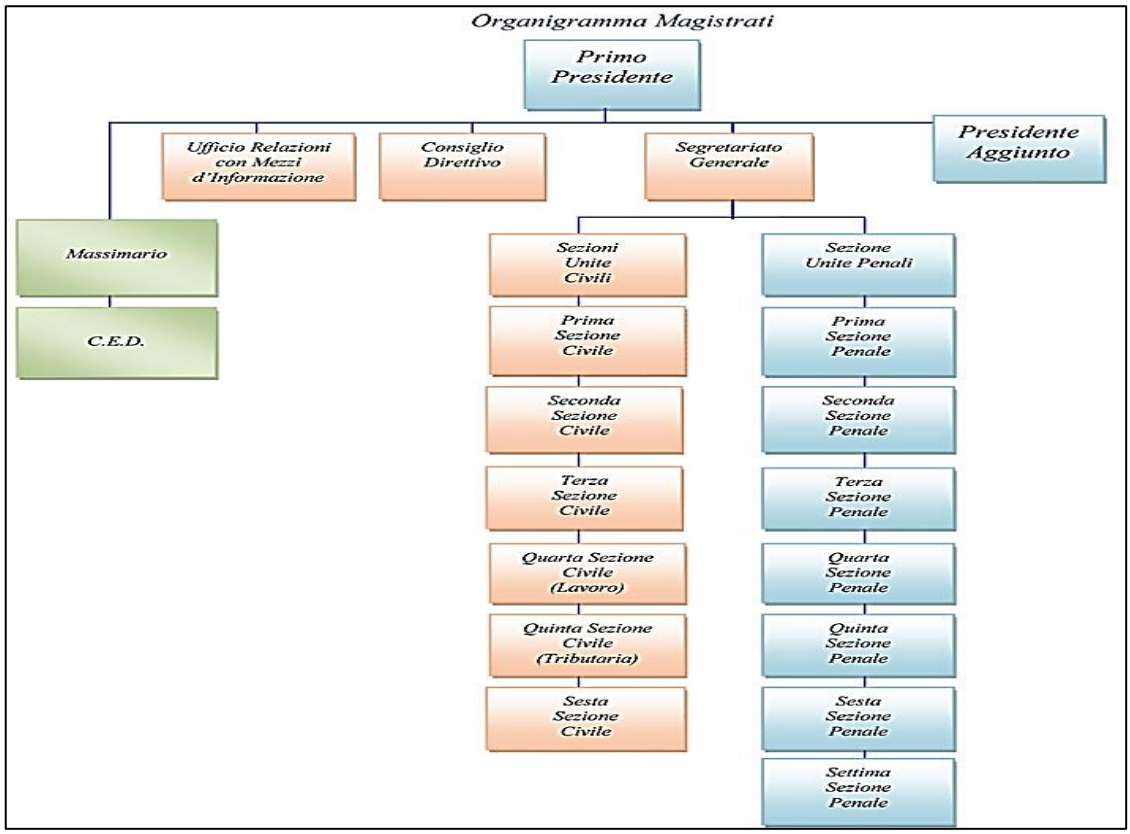
Lo studio del c.d. formante giurisprudenziale non può invero prescindere da una disamina delle dinamiche attraverso le quali la Corte di cassazione perviene

all'affermazione di un principio di diritto munito di una "forza" e di un'"autorevolezza" tali da farlo assurgere a regola di diritto – sia pure giurisprudenziale – esportabile in casi consimili. Ciò postula una riflessione sugli strumenti normativi ed organizzativi che regolano la funzione nomofilattica della Cassazione, sugli snodi del processo di formazione del precedente, sui meccanismi che tendono – direttamente o indirettamente – a conferire maggiore stabilità al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite o dalle Sezioni semplici della Corte nonchè a garantire la conoscenza e la circolazione della *regula iuris* così elaborata.

Si passeranno pertanto in rassegna la struttura e le regole di funzionamento della Corte Suprema, i meccanismi assegnazione dei ricorsi alle Sezioni semplici ed alle Sezioni Unite, l'attività di preparazione della decisione da parte del singolo consigliere, gli strumenti organizzativi tesi a consentire l'effettivo espletamento della funzione nomofilattica, non solo da parte del massimo consesso della Corte regolatrice, ma anche dalle singole Sezioni, nonché le modalità di gestione dei contrasti giurisprudenziali interni.

2. La struttura della Corte Suprema di cassazione.

PIANTA ORGANICA NUMERICA PER LA Corte Suprema di Cassazione di ROMA (al luglio 2019)								
Funzione	**Organico**	**Vacanti**	**Presenza Giuridica**	**Uomini Presenza Giuridica**	**Donne Presenza Giuridica**	**Effettivi**	**% Sc. Giuridica**	**% Sc. Effettiva**
Primo Presidente	1	0	1	1	0	1	0	0
Presidente Aggiunto	1	0	1	1	0	1	0	0
Presidente di Sezione	59	10	49	33	16	46	16	22
Consigliere	356	56	300	194	106	298	15	16
Magistrato di tribunale destinato alla Corte di Cassazione	67	8	59	34	25	59	11	11
Giudice ausiliario di cassazione	50	31	19	16	3	19	62	62



La Corte è presieduta dal Primo Presidente, il quale è affiancato dal Presidente Aggiunto.

Entrambi sono nominati dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Le Sezioni penali della Corte di cassazione sono sette.

Le prime sei Sezioni penali sono state istituite: le prime due nel 1888, la terza nel 1923, la quarta con d.P.R. del 28 febbraio 1958, la quinta e la sesta con il D.P.R. del 30 luglio 1966.

Ciascuna delle sei Sezioni penali semplici ha una competenza specifica specialistica che viene stabilita secondo le leggi di ordinamento giudiziario e secondo l'elencazione di cui all'art. 55 delle vigenti tabelle organizzative della Corte di cassazione. I ricorsi concernenti i reati di criminalità organizzata e quelli in materia degli stupefacenti sono ripartiti fra più sezioni con assegnazioni secondo un turno predeterminato (con un sistema a c.d. canestri).

La Settima sezione è stata istituita con Decreto del Primo Presidente in data 2 aprile 2001, in attuazione dell'art. 6 della legge 26 marzo 2001 n.128, recante «Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini». Tale norma, infatti, nel modificare gli artt. 610 e 611 c.p.p. ed introducendo l'art. 169-*bis* alle disp. att. c.p.p. ha previsto la costituzione di una Sezione competente per la trattazione, in camera di consiglio, dei ricorsi per i quali «*il Presidente della Corte di Cassazione (rilevi) una causa d'inammissibilità*».

La Settima sezione fa capo ad un Presidente "coordinatore". Compongono la Settima sezione i consiglieri di ciascuna sezione semplice che abbiano conseguito l'anzianità di un anno nell'ufficio. Ad ogni Sezione ordinaria è abbinata un'articolazione

della Sezione Settima, i cui collegi – composti da consiglieri di ciascuna Sezione semplice – si occupano dunque di definire (*rectius* dichiarare inammissibili con forme semplificate) i ricorsi di competenza di quella Sezione.

In linea con il disposto degli artt. 610, comma 2, e 618 c.p.p., in seno alla Corte sono inoltre previste le Sezioni Unite penali, che sono composte dai Presidenti titolari e non titolari di ciascuna Sezione semplice e da tre consiglieri delle Sezioni semplici, per risolvere questioni di particolare importanza ovvero dirimere i contrasti – già insorti o potenziali – fra le Sezioni semplici. Le Sezioni Unite sono normalmente presiedute dal Primo Presidente o dal Primo Presidente Aggiunto.

Il numero dei componenti dei collegi giudicanti è di cinque magistrati per le sei Sezioni semplici e per la Settima Sezione e di nove per le Sezioni Unite.

3. L'organizzazione delle Sezioni semplici.

Ciascuna delle sei Sezioni semplici è presieduta da un Presidente titolare.

Compongono la Sezione un numero variabile di consiglieri (da venti a trenta circa) e più Presidenti non titolari, i quali presiedono i collegi e coadiuvano il Presidente titolare nell'organizzazione dell'attività della Sezione.

In assenza di un Presidente titolare, il collegio viene presieduto dal consigliere più anziano secondo l'anzianità di ruolo.

I consiglieri sono assegnati a comporre i collegi delle udienze in camera di consiglio e in pubblica udienza.

Alcuni consiglieri sono assegnati all'ufficio dell'esame preliminare dei ricorsi di cui si dirà meglio oltre.

I consiglieri di ciascuna Sezione semplice – ove legittimati dall'anzianità di servizio nell'ufficio – vanno altresì a comporre i collegi della specifica articolazione della Settima sezione che si occupa della declaratoria d'inammissibilità dei ricorsi di pertinenza di quella singola Sezione.

Le sei Sezioni semplici sono abbinate a due a due ai fini della decisione:

- dei ricorsi avverso i provvedimenti resi dai giudici di merito in sede di rinvio a seguito di annullamento con rinvio da parte della Sezione semplice abbinata;
- dei ricorsi straordinari *ex* art. 625-*bis* c.p.p. avverso le decisioni emesse dalla Sezione semplice abbinata.

In particolare, sono abbinate tra loro la Prima e la Quinta sezione, la Seconda e la Sesta sezione e la Terza e la Quarta sezione.

Le udienze di ciascuna Sezione sono calendarizzate con comunicazione almeno sei mesi prima al Primo Presidente. La composizione dei singoli collegi deve tenere conto dei criteri predeterminati definiti dalla delibera del CSM sull'approvazione delle tabelle. Nei collegi deve inoltre essere assicurata la tendenziale parità di genere.

Ciascun consigliere partecipa in media a quattro udienze al mese (in collegio ordinario o in Settima Sezione) più un'udienza di riserva (al fine di fare fronte all'eventualità che uno dei componenti del collegio si trovi giustificatamente nell'impossibilità di essere presente all'udienza). Il consigliere fruisce di un esonero in caso di assegnazione all'Ufficio dell'esame preliminare dei ricorsi.

Nell'ambito della competenza di ciascuna Sezione, possono essere individuate materie specialistiche per la cui trattazione è consentito procedere alla formazione di appositi collegi, composti da consiglieri in possesso di competenze ed esperienze specifiche. Ciò non vale per i procedimenti in materia di criminalità organizzata per i quali, oltre alla distribuzione tra diverse sezioni della Corte, deve essere assicurata nell'ambito della stessa Sezione l'assegnazione a diversi collegi con differente composizione.

Eventuali modifiche nella composizione dei collegi e nei ruoli, dovuta a sopraggiunti impedimenti o a ragioni d'incompatibilità, deve essere disposta con decreto motivato del Presidente titolare o, in sua assenza, del Presidente non titolare più anziano presente in ufficio.

Quanto al ruolo dei Presidenti di Sezione, titolare e non titolari, all'attività delle Sezioni semplici ed alla assegnazione dei singoli consiglieri, nella relazione introduttiva alla circolare sulle tabelle organizzative della Corte di cassazione del biennio 2017/2019 (attualmente vigenti), si legge:

"*I Presidenti titolari provvedono all'organizzazione delle singole sezioni. La loro designazione è compiuta, tenendo conto delle capacità organizzative dei candidati valutate, in concreto, sulla base della pregressa attività e dei risultati ottenuti, delle esperienze professionali, dell'aggiornamento professionale e della dimostrata disponibilità alle esigenze dell'ufficio, solo in subordine operando il criterio dell'anzianità. I Presidenti di sezione, dal canto loro, sono chiamati a collaborare con il Presidente titolare all'organizzazione della Sezione, anche al fine di evitare l'insorgere di contrasti inconsapevoli tra le decisioni e di determinare criteri omogenei ed efficaci con cui individuare i processi destinati alla pubblica udienza e quelli assoggettati al rito camerale. La circolare prevede che la proposta tabellare indichi le materie assegnate alle diverse sezioni. La circolare, tenendo conto delle recenti riforme processuali introdotte dal decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168 sull'efficientamento della giustizia, convertito dalla legge 25 ottobre 2016 n. 197, precisa che, nella distribuzione del lavoro tra i magistrati della Corte, l'attività espletata nell'udienza pubblica è parificata a quella svolta nell'adunanza della camera di consiglio, così come i criteri di composizione dei collegi all'interno di ciascuna sezione devono garantire la equilibrata assegnazione dei magistrati sia alla pubblica udienza sia alla camera di consiglio. L'assegnazione dei consiglieri alle sezioni filtro può essere cumulata con l'assegnazione ad altra sezione ordinaria. La circolare precisa che la ripartizione degli affari all'interno della sezione, tra i diversi collegi e, successivamente, la designazione del relatore deve avvenire secondo criteri oggettivi, predeterminati e verificabili, che devono essere indicati nella proposta tabellare. Il Consiglio reputa essere particolarmente efficace specie per il giudice della nomofilachia il metodo della specializzazione perché riduce i tempi processuali, assicura una maggiore certezza giurisprudenziale e limita il rischio di contrasti inconsapevoli. Su tale presupposto, la circolare prevede che, all'interno della sezione, siano individuate aree omogenee di competenza specifica per le quali ciascun relatore fornisce indicazione di preferenza da utilizzare nel periodo di vigenza*

della tabella. Per quanto riguarda gli affari penali, la circolare chiarisce che nell'assegnazione degli affari penali, per i procedimenti concernenti reati di criminalità organizzata va osservato il criterio di distribuirli tra le diverse sezioni della Corte e, nell'ambito della stessa sezione, tra i diversi collegi, secondo criteri predeterminati che garantiscano la periodica rotazione sia delle sezioni, sia dei presidenti e componenti dei singoli collegi della sezione in modo da evitare che gli affari relativi ai predetti reati si concentrino in una o più sezioni specifiche e, nell'ambito delle sezioni, in collegi formati con i medesimi magistrati".

In merito alla formazione dei collegi, nelle tabelle organizzative della Corte di cassazione, precisamente all'art. 48, si prevede che "*I collegi delle sezioni penali devono essere composti in maniera tendenzialmente automatica, mediante l'utilizzazione di un programma informatico (in via di realizzazione) che tenga conto del numero dei presidenti di sezione, dei consiglieri e dei magistrati dell'Ufficio del Massimario presenti effettivamente nelle singole sezioni nel corso di ogni semestre e del numero delle udienze programmate per ogni mese da ciascun presidente titolare sulla base dell'organico effettivo dei magistrati*".

Nei successivi commi dello stesso art. 48 sono fissate le regole tese a garantire, nelle more del rilascio del programma informatico, la formazione dei collegi secondo regole predeterminate ed automatiche, così da assicurare il più ampio confronto fra tutti i componenti della Sezione e di favorire la discussione sulle diverse soluzioni interpretative delle diverse questioni giuridiche all'esame della Corte di legittimità.

3.1. L'assegnazione dei ricorsi alla Sezione semplice competente.

Quando un ricorso perviene alla cancelleria centrale della Cassazione riceve un numero di protocollo e viene assegnato alle varie Sezioni semplici secondo una prima valutazione delle materie di competenza specialistica ovvero secondo il turno delle materie che sono assegnate a più Sezioni. Per completezza, occorre dare conto del fatto che la media delle sopravvenienze degli ultimi anni è di oltre 50.000 ricorsi penali per anno.

Successivamente, i ricorsi vengono sottoposti al vaglio dell'Ufficio dell'esame preliminare dei ricorsi (c.d. ufficio spoglio) di ciascuna Sezione semplice. Sono assegnati a tale ufficio un numero variabile da tre a cinque di consiglieri di ciascuna Sezione, con conseguente esonero parziale dal carico ordinario.

L'ufficio spoglio provvede alla selezione dei ricorsi e in particolare:

- rimette ad altra Sezione semplice i ricorsi di relativa competenza specialistica che fossero stati erroneamente trasmessi;
- provvede alla selezione ai fini della trattazione dei ricorsi secondo i diversi riti:
    - in udienza pubblica,
    - in udienza camerale partecipata (ex art. 127 c.p.p.)
    - in udienza camerale non partecipata (ex art. 611 c.p.p.)
    - *de plano*
    - in Settima sezione in udienza camerale non partecipata;

– valuta il grado di complessità del ricorso da trattare in udienza pubblica, in udienza camerale partecipata ovvero in udienza camerale non partecipata assegnando un punteggio da 1 a 10 (c.d. valore ponderale di difficoltà); detto valore viene indicato sulla copertina del fascicolo.

Occorre sottolineare come l'assegnazione a ciascun ricorso del c.d. valore ponderale di difficoltà è funzionale alla formazione dei ruoli di udienza a cura del Presidente della Sezione.

In particolare, le tabelle organizzative definiscono all'art. 53 i criteri di formazione dei ruoli di udienza, secondo i quali il Presidente titolare di ogni Sezione deve anteporre la trattazione dei procedimenti individuati come urgenti (perché relativi ad imputati detenuti o reati prossimi alla prescrizione ovvero per altre rilevanti ragioni indicate con provvedimento motivato ovvero rinviati per impedimento del relatore o per altre cause) e deve poi fissare gli altri procedimenti secondo le regole fissate da tale disposizione.

Indi, il Presidente procede ad assegnare i singoli ricorsi da trattare ai relatori di ciascuna udienza seguendo i criteri per l'assegnazione degli affari ai relatori fissati nell'art. 54 delle tabelle organizzative. All'art. 54, comma 8, si precisa che "*il carico individuale e complessivo deve essere equilibrato e sostenibile e va fissato per le singole udienze sulla base del criterio di un'equa distribuzione del lavoro che tenga conto, oltre che dei criteri stabiliti nel § 54.5, sia della somma degli indici numerici di difficoltà individuati in sede di esame preliminare dei ricorsi, sia dell'effettiva rilevanza delle questioni giuridiche da trattare, della consistenza degli atti, del grado di esperienza maturato nell'esercizio delle funzioni di legittimità dai magistrati che compongono il collegio e della loro eventuale specializzazione in determinate materie. Va concentrata, ove possibile, nella medesima udienza la trattazione di questioni riconducibili ad una medesima area tematica o di questioni affini, per le quali si renda comunque opportuna la definizione unitaria, nonché dei ricorsi originati dal medesimo provvedimento cautelare*".

Le regole tabellari per la fissazione e l'assegnazione dei ricorsi per udienza ed a ciascun relatore sono funzionali (*rectius* dovrebbero essere funzionali) ad assicurare una migliore gestione degli affari, così da consentire di celebrare ciascuna udienza in tempi ragionevoli e, soprattutto, da garantire lo studio adeguato di ogni questione giuridica sottoposta al vaglio della Corte.

Con la legge n. 103 del 2017, il legislatore ha riorganizzato e razionalizzato le procedure di celebrazione del ricorso per cassazione.

Va precisato come il codice di rito già contemplasse per il giudizio di cassazione diverse tipologie di udienza:

a) udienza pubblica ai sensi dell'art. 614 c.p.p. (ricorsi avverso le sentenze pronunciate in udienza pubblica e avverso le sentenze rese all'esito del giudizio abbreviato);

b) udienza camerale partecipata ai sensi dell'art. 127 c.p.p. (ricorsi avverso i provvedimenti resi in camera di consiglio, ad eccezione delle sentenze rese all'esito del giudizio abbreviato; in particolare ordinanze in materia cautelare, sentenze in materia di estradizione e MAE);

c) udienza camerale non partecipata ai sensi dell'art. 611 c.p.p. (ricorsi avverso i provvedimenti in materia di misure di prevenzione e sentenze di patteggiamento e, prima della riforma, ricorsi avverso i provvedimenti di archiviazione ed i provvedimenti cautelari reali); in tale caso, le conclusioni del P.G. sono rese con requisitoria scritta; d) udienza in camera di consiglio non partecipata e senza avvisi alle parti ai fini della declaratoria dell'inammissibilità ai sensi dell'art. 610 c.p.p. (Settima Sezione).

Il legislatore del 2017 ha mantenuto inalterate le udienze pubblica e camerale partecipata (ex artt. 614 e 127 c.p.p.) e:

- ha previsto l'enunciazione della causa d'inammissibilità nelle ipotesi di cui all'art. 610 c.p.p.; ridefinito l'ambito dell'udienza ex art. 611 c.p.p.;
- ha introdotto all'art. 610, comma 5-*bis*, la possibilità di dichiarare l'inammissibilità del ricorso "senza formalità di procedura", cioè *de plano* e senza dare alcun avviso alle parti.

Orbene, in caso di destinazione del ricorso in trattazione alla Settima sezione a mente dell'art. 610 c.p.p., con la riforma del 2017 si è previsto che l'avviso contenga l'enunciazione della causa di inammissibilità che giustifica la trattazione da parte della Settima Sezione, rilevata dallo "spogliatore". In tale caso, il ricorrente che riceva la comunicazione della trattazione del ricorso in Settima Sezione e della causa di inammissibilità rilevata in fase di spoglio ha la possibilità di depositare una memoria, con la quale presentare nuovi motivi o memorie con argomenti in controdeduzione rispetto alla rilevata causa d'inammissibilità così da sollecitare la rimessione in trattazione dinanzi alla Sezione ordinaria. La *ratio* della disposizione è dunque quella di rafforzare l'effettività del contraddittorio, sia pure cartolare, in tale procedura semplificata di trattazione/decisione dei ricorsi.

La trattazione *de plano* è prevista per i casi di inammissibilità tassativamente previsti dall'art. 591, comma 1:

- alla lett. *a*), limitatamente al difetto di legittimazione,
- alla lett. *b*) (provvedimento non impugnabile),
- alla lett. *c*) (per inosservanza delle disposizioni di cui agli artt. 582, 583, 585 e 586, esclusa espressamente l'inosservanza delle disposizioni dell'art. 581 sulla forma dell'impugnazione),
- alla lett. *d*) (rinuncia all'impugnazione);
- in caso di ricorso avverso la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti;
- in caso di ricorso avverso la sentenza pronunciata a norma dell'art. 599-*bis* c.p.p. (c.d. concordato sui motivi d'appello).

Contro il provvedimento d'inammissibilità pronunciato *de plano* è ammesso il ricorso straordinario *ex* art. 625-*bis* c.p.p., così da compensare la totale mancanza di contraddittorio.

Quanto alla motivazione delle decisioni d'inammissibilità, va precisato che le ordinanze pronunciate dalla Settima sezione penale ovvero *de plano* (in Settima sezione o in Sezione ordinaria) recano una motivazione sintetica. Si tratta di provvedimenti che solitamente non assolvono alla funzione nomofilattica. Non è tuttavia escluso che anche le ordinanze dichiarative d'inammissibilità possano affermare un principio di diritto e

siano massimate, venendo a costituire il presupposto per il formarsi di un vero e proprio precedente.

Anche le sentenze di decisione dei ricorsi trattati in pubblica udienza ovvero in camera di consiglio (partecipata o meno) possono essere stese con motivazione semplificata.

Nel provvedimento del 28 aprile 2016, il Primo Presidente della Corte di cassazione ha previsto il ricorso a tale tecnica redazionale in caso di "*sentenza su ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal collegio, o attengono alla soluzione di questioni semplici o prospettano motivi manifestamente fondati, infondati o non consentiti*". *Si è nondimeno precisato "La motivazione in forma "semplificata" deve comunque fornire una spiegazione della* ratio decidendi, *riferita alla fattispecie decisa, pure se espressa in estrema sintesi e senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia*".

Il collegio può dunque optare per la motivazione semplificata allorquando la decisione non sia destinata ad assolvere alla funzione nomofilattica. Il ricorso a tale tecnica di stesura della motivazione deve essere esplicitato tanto nel dispositivo di sentenza sul ruolo, quanto nell'intestazione della sentenza.

3.2. L'assegnazione del ricorso al singolo consigliere e l'attività preparatoria della decisione.

Come si è già sopra accennato, il Presidente titolare della Sezione semplice provvede a fissare i ricorsi per ciascuna delle udienze (camerali e pubbliche) previste secondo il calendario comunicato alla Prima Presidenza.

Al fine di organizzare il ruolo d'udienza, il Presidente tiene conto dei valori ponderali assegnati dallo "spogliatore" a ciascun fascicolo così da mantenere il carico complessivo stabilito dal Primo Presidente (70 complessivi per ciascuna udienza) e da evitare di fissare procedimenti complessi (cioè di peso superiore a 5) in udienze con un carico complessivo superiore a 60.

Il Presidente titolare provvede quindi ad assegnare i ricorsi a ciascuno dei componenti del collegio d'udienza cercando di assicurare l'equilibrata ripartizione degli affari.

Nella relazione alle tabelle organizzative 2017/2019, il CSM ha chiarito che "*il rispetto del metodo della specializzazione*" costituisce efficace e conforme all'assolvimento della funzione nomofilattica *"perché riduce i tempi processuali, assicura una maggiore certezza giurisprudenziale e limita il rischio di contrasti inconsapevoli"* prevedendo che, a tale scopo, "*all'interno della sezione, siano individuate aree omogenee di competenza specifica per le quali ciascun relatore fornisce indicazione di preferenza da utilizzare nel periodo di vigenza della tabella*".

Come già sopra rilevato, secondo le regole tabellari, per i procedimenti di criminalità organizzata deve invece essere privilegiata la turnazione fra collegi e consiglieri.

Ciascuno dei consiglieri provvede dunque allo studio preliminare dei ricorsi assegnatigli dal Presidente.

In talune Sezioni vige la regola organizzativa secondo la quale ciascuno dei consiglieri è invitato a stendere le relazioni riassuntive di ciascuno ricorso assegnatogli, nelle quali è tenuto ad illustrare brevemente:

- il contenuto del provvedimento oggetto del ricorso
- i motivi d'impugnazione proposti
- le questioni più complesse
- le possibili soluzioni.

Le relazioni vengono messe a disposizione del Presidente e degli altri componenti del collegio in tempo utile per consentire a tutti di conoscere l'oggetto di ciascuno dei ricorsi in trattazione in udienza.

In caso di ricorsi particolarmente complessi, il Presidente del collegio convoca una pre-camera di consiglio il giorno precedente all'udienza o la mattina stessa dell'udienza così da stimolare la riflessione dei componenti del collegio sugli aspetti più rilevanti o problematici prima della discussione delle parti.

4. Il ruolo della Corte Suprema di cassazione.

La Corte Suprema di Cassazione si pone al vertice della giurisdizione ordinaria, civile e penale.

Secondo l'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12, la Suprema Corte deve assicurare "*l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*". In ciò si condensa l'espletamento della funzione c.d. nomofilattica, finalizzata ad assicurare l'uniformità e dunque la certezza nell'interpretazione della legge.

La Corte di cassazione non si limita a vagliare la correttezza delle decisioni suscettibili di ricorso e ad annullarle (cioè a cassarle) qualora ravvisi la fondatezza di taluno dei motivi tassativamente previsti dalla griglia dell'art. 606 c.p.p., cioè i vizi inerenti alla giurisdizione, le violazioni del diritto sostanziale (*errores in iudicando*) o processuale (*errores in procedendo*) – anche nella declinazione della mancata assunzione di una prova decisiva – ed i vizi della motivazione della sentenza impugnata (mancanza, insufficienza o contraddittorietà intrinseca ed estrinseca). Nell'assolvere al controllo di legittimità dei provvedimenti resi dai giudici di merito, la Corte procede difatti anche ad indicare quale sia l'esatta lettura della disposizione di legge, sostanziale o processuale, ovvero la corretta regola inferenziale o massima d'esperienza da applicare.

Occorre altresì precisare che, in un ordinamento "multilivello", sempre più integrato dai principi del diritto euro-unitario e del diritto convenzionale (della Convenzione EDU e della Corte EDU), alla Corte di cassazione spetta di assicurare l'uniforme interpretazione della legge anche alla luce delle regole stabilite dal diritto sovranazionale e dei principi affermati dalle Corte di Lussemburgo e di Strasburgo.

L'art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p. prevede *expressis verbis* che "*nel caso di annullamento con rinvio, la sentenza enuncia specificamente il principio di diritto al quale il*

giudice di rinvio deve uniformarsi" e, coerentemente, l'art. 627 c.p.p. dispone che il giudice del rinvio è tenuto ad attenersi al principio di diritto enunciato dalla Cassazione. Nel caso *sub iudice*, il principio di diritto è vincolante per legge: in tale caso, si tratta di un precedente verticale.

Ovviamente la Corte di cassazione procede all'indicazione di quale sia la corretta interpretazione della legge nel caso concreto e, dunque, ad assolvere alla funzione nomofilattica, non solo quando accolga, ma anche qualora rigetti il ricorso confermando la decisione impugnata.

Tuttavia, tanto in caso di annullamento con rinvio quanto in caso di conferma della decisione impugnata, il principio di diritto fissato dalla Corte di Cassazione non è vincolante per gli altri giudici ai fini della decisione di cause consimili, come in altri ordinamenti, essendo – si ribadisce – limitata la cogenza della regola affermata al solo giudizio di rinvio ex art. 627 c.p.p.

Va invero rimarcato che, nel nostro ordinamento giuridico, il giudice non è fonte del diritto, ma – giusta l'espressa previsione dell'art. 101, comma secondo, Cost. – è soggetto soltanto alla legge, che assume, in ambito penale, ancora maggiore rigidità in forza del disposto dell'art. 25, comma secondo, Cost.

Ciò nondimeno, allorchè, nell'interpretazione e nell'applicazione della legge nel singolo caso concreto, la Suprema Corte pervenga all'affermazione di una regola che, per persuasività ed autorevolezza della direttiva ermeneutica, sia suscettibile di assumere valenza generale, universalizzante, detta affermazione viene ad assolvere ad una funzione di orientamento dell'ermeneusi, amplia il proprio ambito di operatività oltre gli stretti confini dell'art. 627 c.p.p. e può pertanto trovare applicazione in un numero indefinito di casi analoghi. In tale caso, la giurisprudenza della Suprema Corte – chiamata secondo l'Ordinamento Giudiziario a svolgere la funzione nomofilattica, cioè a garantire l'uniforme interpretazione ed applicazione – diviene "formante" del diritto (vivente).

Non può non notarsi come la corretta applicazione e l'uniforme interpretazione della legge assicurate dalla Corte Suprema di cassazione costituiscano strumento di garanzia della certezza del diritto e dell'uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge e, pertanto, diretta espressione dei principii di legalità e di eguaglianza sanciti dalla Costituzione.

Va peraltro ribadito che, nel nostro sistema processuale, il precedente non ha un valore cogente assimilabile a quello della legge, ma poggia la sua forza, non sull'autorità (come appunto il diritto positivo), bensì sulla persuasività e dunque sull'autorevolezza della regola affermata.

A tale proposito, le Sezioni Unite civile hanno avuto modo di chiarire che, per quanto non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative. In particolare, in materia processuale, in relazione alla quale l'esigenza di un adeguato grado di certezza si manifesta con maggiore evidenza, anche alla luce dell'art. 360-*bis*, comma 1 n. 1, c.p.c.,

ove siano compatibili con la lettera della legge due diverse interpretazioni, deve preferirsi quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione[1]. Ancora, nell'affermare che l'*overruling* delle Sezioni Unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti", il più ampio consesso della Cassazione ha sancito che l'affidabilità, la prevedibilità e l'uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituiscono imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo[2].

In ambito penale, le Sezioni Unite hanno affermato come il mutamento di giurisprudenza, intervenuto appunto con una decisione a composizione allargata, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata[3].

Sotto diverso aspetto, giova rimarcare come, nell'ambito del diritto convenzionale, nel concetto di "legge" rientrino tanto le regole di diritto positivo, quanto quelle del c.d. diritto vivente e, dunque, anche le regole di pura creazione giurisprudenziale. Nella prospettiva della Corte Europea per i diritti dell'uomo, affinchè una norma incriminatrice – prevista dal diritto scritto ovvero frutto dell'elaborazione giurisprudenziale –, possa ritenersi conforme ai principi della Convenzione EDU è necessario che abbia "base legale", sia sufficientemente determinata nei suoi presupposti applicativi e, soprattutto, sia conoscibile da parte dei consociati. Conoscibilità che non può non postulare anche la "prevedibilità" dell'interpretazione e dell'applicazione della stessa norma da parte della giurisprudenza e, quindi, la stabilità delle decisioni giudiziarie. La Corte EDU ha nondimeno precisato che il diritto all'equo processo viene minato soltanto in caso di divergenze giurisprudenziali "profonde e persistenti" [4], di tal che non è l'esistenza, ma la persistenza dei contrasti giurisprudenziali a confliggere con le indicazioni della Convenzione EDU quanto al rispetto dei requisiti di equità del processo.

Ovviamente, valgono anche per il precedente "temperato" riconosciuto nel nostro ordinamento di *civil law* le tecniche tese a delimitarne la vincolatività elaborate nei sistemi di *common law*, quali:

a) il *distinguishing*, che si fonda sulla individuazione nel caso *sub iudice* di elementi di diversità rispetto a quello trattato nella decisione costituente precedente;

---

[1] Sez. U, n. 13620 del 31/07/2012, Rv. 623343 - 01.

[2] Sez. U ord. n. 23675 del 06/11/2014, Glp Srl (Pajani ed altro) contro Steda Spa (Marzi ed altri, Rv. 632844 - 01.

[3] Sez. U, n. 19288 del 21/01/2010, P.G. in proc. Beschi, Rv. 246651; in motivazione, la Corte ha precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale.

[4] Nella decisione del 2 luglio 2009, Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria e decisione del 2 novembre 2010, Stefanica e altri c. Romania.

b) l'*overruling*, cioè il superamento del principio affermato nel precedente mediante l'elaborazione di una diversa linea interpretativa, con il correttivo del *perspective overruling*, cioè con la delimitazione del mutamento giurisprudenziale ai casi futuri (con l'applicazione del principio di irretroattività della legge più sfavorevole a garanzia dell'affidamento incolpevole)

4.1. Il potenziamento della funzione nomofilattica della Corte Suprema ad opera della riforma Orlando.

Se si passa dallo studio teorico delle norme poste a presidio della funzione nomofilattica della Cassazione all'osservazione della realtà empirica, diventa impossibile non prendere atto del grave stato di "crisi" in cui versa ormai da anni la Corte Suprema, stante la difficoltà di assicurare in modo effettivo la correttezza applicativa e l'uniformità interpretativa delle leggi, quindi la prevedibilità delle decisioni atta a conferire ad esse l'autorevolezza necessaria a cristallizzare la *regula iuris*, sia pure di scaturigine giurisprudenziale.

La causa di tale crisi va ricondotta principalmente al numero esorbitante di ricorsi che vengono annualmente proposti dinanzi alla Corte (oltre 50.000 ricorsi penali all'anno, non comparabili con i "numeri" di nessun altra Suprema Corte), da cui derivano, da un lato, la difficoltà di assicurare, non tanto l'esaurimento degli affari entro un arco temporale ragionevole (visti i tempi medi di definizione[5]), quanto lo studio attento delle questioni e, quindi, la "qualità" delle decisioni; dall'altro lato, frequenti contrasti ermeneutici sincronici, non di rado "inconsapevoli".

A tale situazione di crisi ha cercato di porre riparo il legislatore con la recente legge n. 103/2017, con la quale si è realizzata una riforma organica del giudizio di legittimità, recependo parte delle proposte formulate dalle Commissioni ministeriali (presiedute rispettivamente da Giuseppe Riccio e da Giovanni Canzio[6]) e delle disposizioni contenute in diversi disegni di legge presentati nel corso della scorsa legislatura. Pur lasciando fermo il principio sancito dall'art. 111, comma settimo, della nostra Carta Fondamentale – secondo il quale è data possibilità di ricorrere per cassazione avverso tutte le sentenze e tutti i provvedimenti limitativi della libertà personale –, il legislatore ha operato su diversi fronti al fine di realizzare un effetto deflattivo, non solo sul segmento del giudizio di cassazione, ma sull'intero sistema delle impugnazioni; di razionalizzare le procedure, assicurando la giusta delibazione alle diverse tipologie e "peso specifico" di ricorso; di ampliare gli spazi decisori della Corte di legittimità nonché di rivitalizzarne la funzione nomofilattica.

A tali fini, con la riforma: a) sono state introdotte misure per ridurre il numero complessivo dei ricorsi trattati dalla Corte; b) sono state riorganizzate le procedure di decisione dei ricorsi dinanzi al Giudice di legittimità ed è stata introdotta un'ulteriore

[5] I tempi medi di definizione della Corte di Cassazione sono fra i più brevi d'Europa e di gran lunga inferiori a quelli fissati dalla Corte EDU perché sia assicurato un "giusto processo".

[6] Istituite con decreto del Ministro della giustizia rispettivamente del 26 luglio 2006 e del 10 giugno 2013.

modalità semplificata di dichiarazione d'inammissibilità; c) sono stati potenziati i poteri decisionali e la funzione nomofilattica della Corte.

L'obbiettivo di ridurre il numero complessivo dei ricorsi per cassazione è stato perseguito con le misure di seguito illustrate: a) con il divieto di ricorso personale dell'imputato; b) con lo spostamento dalla Cassazione ad altro giudice della competenza a decidere le impugnazioni avverso il provvedimento di archiviazione ai sensi dell'art. 409 c.p.p. e la sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p. nonché a pronunciarsi sulla richiesta di rescissione del giudicato; c) con la limitazione del potere del P.M. di proporre ricorso per cassazione in caso di c.d. doppia conforme assolutoria; d) con la restrizione dei casi di ricorribilità per cassazione della sentenza di patteggiamento; e) con l'aumento della sanzione pecuniaria in caso di declaratoria d'inammissibilità del ricorso.

Con specifico riguardo al divieto di ricorso personale dell'imputato, giova sottolineare che – come hanno avuto già modo di chiarire le Sezioni Unite –, da un lato, detta preclusione ha valenza generale ed opera pertanto in relazione ai ricorsi per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento. Dall'altro lato, tale divieto oltre ad assolvere ad una funzione deflattiva nonché a scoraggiare la presentazione delle impugnazioni da parte di difensori non iscritti all'albo delle giurisdizioni superiori sotto forma di ricorso personale, è teso ad assicurare un livello più elevato di professionalità e tecnicità nell'impostazione e nella redazione del ricorso per cassazione, prescrizione funzionale alla riduzione delle pronunce d'inammissibilità e ad un più efficace espletamento delle funzioni di controllo e di nomofilachia[7].

Di particolare momento ai fini del rafforzamento del ruolo nomofilattico del Giudice di legittimità sono le novità normative introdotte nell'art. 618 c.p.p. con specifico riguardo all'attività delle Sezioni Unite della Corte, di cui si dirà nel paragrafo che segue.

4.2. La funzione nomofilattica svolta dalle Sezioni Unite.

La funzione nomofilattica spetta, in via privilegiata, alle Sezioni Unite della Cassazione cui è demandata, giusta previsione degli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, c.p.p. la decisione delle questioni di "*speciale importanza*" ovvero quando "*occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni*" (art. 610, comma 1, c.p.p.) o comunque quando la questione di diritto "*ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale*" (art. 618, comma 1, c.p.p.).

Alle Sezioni Unite è dunque rimessa la soluzione delle questioni giuridiche di maggiore interesse e complessità nonché di quelle che siano oggetto di un contrasto ermeneutico, anche soltanto potenziale, fra le Sezioni semplici.

L'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p. prevede inoltre "*quando il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa al decisione*".

[7] Sez. U, n. 8914 del 21/12/2017, Aiello, Rv. 272010; conf. Sez. 6, n. 22549 del 17/05/2018, Papale Rv. 273063; Sez. 4, n. 31662 del 04/04/2018, P., Rv. 273177.

Enunciazione che non può non ritenersi strumentale alla affermazione di una regola che vada oltre l'applicazione nel singolo caso *sub iudice*.

Insomma, nel conferire alla Corte di cassazione il compito di garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale, l'ordinamento individua nel più ampio consesso della Corte di legittimità l'organo istituzionalmente deputato all'assolvimento di tale funzione.

Come si è testè anticipato, il legislatore del 2017 si è espressamente fatto carico dell'esigenza di assicurare – in concreto ed in modo effettivo – certezza nell'applicazione e nell'interpretazione della legge da parte della Corte Suprema nonché di delimitare il rischio di contrasti interni in seno alla giurisprudenza di legittimità e, in tale prospettiva, ha introdotto nell'art. 618 c.p.p., il comma 1-*bis*, con cui ha stabilito che "*se una sezione della Corte non ritiene di condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso*".

Ne discende che la Sezione semplice che non condivida un principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite non può limitarsi ad andare di contrario avviso rispetto ad esso – come più volte registrato nella prassi –, ma è tenuta obbligatoriamente ("*rimette*") a formalizzare il proprio dissenso ermeneutico provocando un nuovo pronunciamento del più ampio consesso di legittimità. La previsione replica la norma di cui all'art. 373, comma 3, c.p.c. introdotta nel giudizio di cassazione civile con d.lgs. n. 40 del 2006[8].

L'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. muove allora nel senso del rafforzamento della "prevedibilità" della base legale coerentemente con le indicazioni della Corte EDU, là dove conferisce *ex lege* ai principi di diritto affermati dal più ampio consesso di legittimità una autorevolezza maggiore rispetto alle statuizioni delle Sezioni semplici e tende a garantire una più elevata stabilità della giurisprudenza e, quindi, una maggiore certezza del diritto. Come si è perspicuamente rilevato, in caso di decisioni in contrasto delle Sezioni semplici, la decisione delle Sezioni Unite con cui si ponga fine ad una incertezza interpretativa, costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le Sezioni semplici devono prenderne atto[9].

L'innovazione, più che muovere nella direzione della vincolatività del precedente (*binding precedent*) prevista negli ordinamenti di *common law* paventata da una parte della dottrina, cerca – con sano realismo ed efficacia – di porre un freno all'affermarsi nella giurisprudenza di legittimità di linee interpretative contrastanti ed imprevedibili, foriere di incertezze ermeneutiche ed applicative, destinate ad avere riflesso immediato nelle pronunce di merito.

Va ribadito che la stabilità e la prevedibilità delle decisioni giudiziali costituiscono espressione del principio di legalità e di eguaglianza, là dove garantiscono

---

[8] La norma evoca l'istituto della *rébellion* previsto nell'ordinamento processuale francese, che consente al giudice di rinvio di merito di discostarsi dal principio affermato dalla *Cour de cassation* ma impone il successivo intervento dell'assemblea plenaria (assimilabile alle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana).

[9] Sez. 3, n. 7455 del 23/02/1994, Di Chiara, Rv. 198355.

la certezza del diritto e, soprattutto, dell'interpretazione di esso, consentendo ai consociati di conoscere anticipatamente quali possano essere le conseguenze sanzionatorie e processuali dell'agire illegale e di essere sottoposti ad una stessa risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento; d'altra parte, permettono di ottenere riverberi positivi sul piano dei flussi del contenzioso, scoraggiando la presentazione di ricorsi che facciano affidamento proprio sull'aleatorietà del relativo esito, data dall'incertezza esegetica.

La regola affermata dalle Sezioni Unite assume dunque valenza di precedente sia all'esterno verso tutti gli altri soggetti dell'ordinamento non parte del processo (privati cittadini e altri giudici), sia all'interno della giurisprudenza della Corte di cassazione, imponendo un obbligo di nuova rimessione alle Sezioni Unite in caso la Sezione semplice intenda discostarsi.

È bene notare che la regola processuale stabilita dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. non vale a "blindare" definitivamente la soluzione ermeneutica prescelta dalle Sezioni Unite, dal momento che consente alla singola Sezione semplice di sollecitare una nuova e più meditata riflessione del più ampio consesso della Corte sulla questione, esplicitando nell'ordinanza di rimessione le ragioni per le quali la precedente decisione debba essere rivista affinchè sia enucleato un nuovo, e più "persuasivo", principio di diritto. Il meccanismo processuale di recente introdotto scongiura il rischio di una sclerotizzazione degli indirizzi giurisprudenziali consentendo alla Sezione semplice non allineata alle indicazioni delle Sezioni Unite di sollecitare nell'ordinanza di rimessione un diverso percorso ermeneutico. Nel nuovo sistema tracciato dalla legge Orlando – che conferisce alle sole Sezioni unite il potere di smentire sè stesse –, la motivazione dell'ordinanza di rimessione costituisce allora il tipico atto d'impulso per il rinnovamento giurisprudenziale, secondo un processo di formazione dialogica – e non autoritaria – del precedente, responsabilizzando le Sezioni semplici a promuovere in modo argomentato la revisione della linea ermeneutica affermata a composizione allargata.

Chiamata a risolvere un'altra questione di diritto processuale, le Sezioni Unite (ric. PM in proc. Botticelli) hanno colto l'occasione per chiarire quale sia l'ambito di operatività della norma di nuovo conio di cui all'art. 618, comma 1-*bis*[10]. La Corte regolatrice ha in particolare chiarito, per un verso, che tale disposizione – nel conformare il rapporto tra Sezioni semplici e Sezioni Unite a quanto già previsto per il processo civile dall'art. 374, comma 3, cod. proc. civ., come modificato dall'art. 8 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – ha introdotto un'ipotesi di rimessione che, a differenza di quella, facoltativa, di cui al comma 1, si caratterizza per essere obbligatoria, come inequivocabilmente discende dalla differenza di locuzioni impiegate nel comma 1 («*può con ordinanza rimettere il ricorso*») e nel comma 2 («*rimette...la decisione del ricorso*»), nel segno della volontà di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso il consolidamento del ruolo delle Sezioni Unite; per altro verso, che detta norma trova applicazione anche con riferimento alle decisioni delle Sezioni Unite intervenute

[10] Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, PM in proc. Botticelli e altri, Rv. 273549.

precedentemente all'entrata in vigore della legge n. 103/2017. A tale proposito, si è difatti rilevato che il tenore generale della norma e la sua *ratio* ispiratrice – in mancanza tra l'altro di una apposita disciplina di carattere intertemporale – consentono di ritenere applicabile sin da subito la nuova disposizione, posto che il valore di "precedente vincolante", tale da imporre obbligatoriamente alla Sezione semplice la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, è identificabile con la sola peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima, se cioè *ante* o *post* riforma.

Dal principio di diritto affermato nella sentenza PM in proc. Botticelli discende, peraltro, che la Sezione semplice che intenda discostarsi dal principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite anche in epoca risalente non potrà non rimettere la questione al più ampio consesso, quand'anche tale principio sia stato smentito da un successivo e costante orientamento interpretativo di segno contrario delle Sezioni semplici (situazione senz'altro possibile e processualmente legittima nel quadro normativo precedente alla riforma Orlando).

Giova rilevare come il codice di rito non preveda nondimeno una sanzione processuale né un rimedio azionabile nel caso in cui la Sezione semplice disattenda l'art. 618, comma 1-*bis*, limitandosi a discostarsi dal principio di diritto affermato in una precedente decisione delle Sezioni Unite. Proprio per conferire cogenza alla *regula iuris* fissata nell'art. 618, comma 1-*bis*, e di assicurare la stabilizzazione del precedente delle Sezioni Unite voluta dal legislatore, stante l'assenza di un mezzo d'impugnazione ordinario avverso le sentenze della Corte Suprema, *de iure condendo* si potrebbe allora ipotizzare la previsione di uno strumento d'impugnazione *ad hoc*, sulla falsa riga del ricorso straordinario ex art. 625-*bis* c.p.p.

Il legislatore del 2017 ha introdotto nello stesso art. 618 c.p.p. anche il comma 1-*ter*, nel quale ha previsto che le Sezioni Unite della cassazione possano enunciare il principio di diritto "*anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta*". Si tratta di una disposizione volta ad evitare di "sprecare l'occasione" per la soluzione di un contrasto ermeneutico o comunque per fare chiarezza sull'esegesi di una norma nei casi, non infrequenti nella prassi, nei quali, durante le more di celebrazione dell'udienza dinanzi alle Sezioni Unite, sia intervenuta una causa di inammissibilità del ricorso, come – ad esempio – in caso di rimessione in libertà quando sia impugnato un provvedimento *de libertate* ovvero di rinuncia al ricorso.

4.3. La funzione nomofilattica svolta dalle Sezioni semplici della Cassazione.

La circostanza che il codice di rito individui nelle Sezioni Unite della Corte Suprema l'organo privilegiato ai fini della soluzione delle questioni interpretative più rilevanti e/o controverse non esclude che la funzione nomofilattica e dunque la definizione di regole interpretative autorevoli e condivise – destinate dunque a consolidarsi in un "precedente" – non possa essere assolta dalle Sezioni semplici.

Al riguardo, deve invero essere rimarcato come l'art. 65 Ord. Giud. riconosca la funzione nomofilattica alla Corte di cassazione tutta e non soltanto alle Sezioni Unite, le

quali assurgono al ruolo di unico "formante" del diritto vivente nei soli casi in cui, per la particolare rilevanza della questione giuridica o perché si è in presenza di un contrasto già conclamato o potenziale, si impone una risposta risolutiva al quesito e la conseguente stabilizzazione del principio di diritto in tale guisa affermato.

Fermo che le Sezioni semplici non si riducono a mero giudice di terza istanza ma partecipano a tutti gli effetti all'assolvimento della funzione nomofilattica, resta peraltro da stabilire quando l'affermazione di un principio di diritto da parte di esse possa assumere valore di "precedente".

Come si è già visto sopra, per le affermazioni di principio da parte delle Sezioni semplici il codice di rito non prevede una cogenza generalizzata, cioè che vada oltre al caso *sub iudice* in forza del disposto dell'art. 627 c.p.p. Non è tuttavia revocabile in dubbio che anche un'affermazione di principio da parte di una Sezione semplice possa assumere valore di "precedente" quando sia munita di un grado di persuasività e di autorevolezza tali da espanderne la portata applicativa oltre la soluzione del caso concreto.

Siffatte persuasività ed autorevolezza non potranno disconoscersi in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato nel tempo e confermato in plurime decisioni, a maggior ragione, se emesse da Sezioni semplici diverse.

Non potrà, di contro, assegnarsi valore di precedente alla decisione che inauguri una linea ermeneutica di segno contrario rispetto ad un orientamento interpretativo consolidato, il quale – ove confermato da altre successive pronunce consolidando in contrasto – non potrà non portare alla rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Allo stesso modo, non potrà conferirsi valore di precedente ad una "prima lettura" di una disposizione di nuova introduzione, potendo detta decisione costituire piuttosto il punto di partenza per un confronto – eventualmente dialettico – fra le singole Sezioni semplici destinato a sfociare: a) nel consolidamento del principio di diritto; b) nella definizione di un diverso – ma stabilizzato – indirizzo ermeneutico; c) nell'affermazione di due linee interpretative antitetiche tali da richiedere l'intervento risolutore delle Sezioni Unite.

5. Gli "strumenti" organizzativi funzionali all'espletamento della funzione nomofilattica da parte delle Sezioni semplici.

Come si è rilevato, le Sezioni Unite della Cassazione sono investite della trattazione delle questioni di particolare rilievo o controverse da parte del Primo Presidente su richiesta del P.G., dei difensori delle parti o d'ufficio già in fase di primo spoglio (ex art. 610, comma 2, c.p.p.) ovvero con ordinanza da parte della singola Sezione semplice in esito alla trattazione di un ricorso (ex art. 618, comma 1, c.p.p.).

A livello organizzativo sono stati elaborati diversi strumenti volti a razionalizzare lo svolgimento dell'attività giurisdizionale ed a favorire la funzione nomofilattica e, in particolare:

a) a consentire l'elaborazione di linee ermeneutiche condivise in seno a ciascuna Sezione semplice, sia nelle materie di competenza specialistica, sia nelle materie comuni alle diverse Sezioni (sostanziali o processuali);

b) a prevenire il crearsi di possibili contrasti – consapevoli o inconsapevoli – interni alla Sezione;

c) a sollecitare una riflessione su questioni oggetto di contrasto (consapevole o inconsapevole) con altre Sezioni semplici della Corte, così da valutare l'opportunità di un *revirement* ovvero della rimessione alle Sezioni Unite.

Di seguito si passeranno sinteticamente in rassegna i diversi strumenti elaborati a detti fini nella gestione pratica degli affari da parte della Corte Suprema penale.

1) Di particolare momento è la prassi (*rectius* la buona prassi) di condividere anticipatamente le relazioni di ciascun ricorso in trattazione in ogni udienza. Tale strumento consente non solo una più efficace ed effettiva partecipazione di tutti i consiglieri alla decisione dei diversi affari, ma anche una più ponderata valutazione della più corretta soluzione da dare al caso concreto.

In caso di questioni di particolare interesse o controverse è così possibile garantire una più meditata ed approfondita riflessione di tutti sulla decisione da adottare (confermativa o contraria rispetto ad un precedente interno o "esterno" ovvero di rimessione alle Sezioni Unite).

Va ribadito che qualora sulla stessa materia sia già intervenuta una decisione delle Sezioni Unite, la singola Sezione non potrà discostarsi dal precedente, ma sarà tenuta a rimettere nuovamente la questione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

2) Uno strumento fondamentale per sollecitare una riflessione di tutti i componenti della Sezione semplice su temi di particolare interesse ovvero controversi o comunque suscettibili di dare luogo a decisioni disomogenee è quello delle riunioni periodiche sezionali.

Giova ricordare che l'art. 16 della circolare del CSM sulle tabelle (Convocazione delle riunioni con i magistrati dell'ufficio) stabilisce: "*1. I dirigenti provvedono a convocare le riunioni con i magistrati dell'ufficio, le quali devono svolgersi: a) entro il 15 febbraio 2017 nei Tribunali di piccole e medie dimensioni; b) entro il 1° marzo 2017 nei Tribunali di grandi dimensioni, presso le Corti d'appello e presso la Corte di cassazione. 2. Sono considerati di piccole e medie dimensioni gli uffici giudicanti di primo grado che presentino in pianta organica sino a cinque presidenti di sezione*".

Le riunioni si svolgono una volta al mese o ogni due mesi, sono convocate su iniziativa del Presidente titolare o del Presidente da lui delegato, secondo un ordine del giorno stabilito dal Presidente titolare o dal delegato, anche su sollecitazione dei Presidenti non titolari o dei singoli consiglieri.

Oltre a questioni squisitamente organizzative, nelle riunioni vengono affrontate le diverse questioni giuridiche d'interesse.

Al fine di rendere possibile la riflessione comune sui vari temi all'ordine del giorno, il Presidente può nominare un "relatore" affinchè illustri la questione, dia conto degli aspetti problematici, indichi eventuali precedenti giurisprudenziali (delle Sezioni Unite o di altre Sezioni semplici ovvero di merito) e prospetti le possibili soluzioni da discutere fra i componenti della sezione. Può inoltre essere richiesta anche la partecipazione di magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del ruolo per lo svolgimento di ricerche o la stesura di apposite relazioni.

In linea con tale previsione di carattere generale, nelle tabelle organizzative della Corte di cassazione 2017/2019 attualmente vigenti, al punto 42.2. è previsto che "la trattazione dei ricorsi che sollevino importanti questioni giuridiche e riguardino un elevato numero di controversie pendenti dinanzi alla Corte di cassazione o ai giudici di merito potrà essere preceduta, al fine di pervenire ad una decisione che coinvolga un ampio numero dei magistrati della Sezione e sia particolarmente idonea a dar luogo ad un indirizzo consolidato, da riunioni di sezione indette dal presidente titolare o dal presidente di area, sentito il presidente titolare".

3) Al fine di assicurare l'uniformità interna della giurisprudenza, possono essere fissate da parte del Presidente titolare udienze tematiche, con l'eventuale partecipazione di magistrati esperti della materia.

4) Altro strumento importante ai fini della stabilizzazione degli orientamenti ermeneutici o quantomeno dell'avvio di un confronto dialogico fra le Sezioni semplici per una soluzione consolidata delle questioni giuridiche è quello della comunicazione della notizia di decisione. Nel caso in cui sia decisa una questione nuova ovvero di particolare interesse, il Presidente del collegio dispone, d'accordo con il Presidente titolare della Sezione, che sia data notizia del principio di diritto affermato dalla Corte, previa breve enunciazione della questione sollevata e delle norme di riferimento.

Lo schema della notizia di decisione è generalmente il seguente:

CORTE DI CASSAZIONE – XX SEZIONE PENALE
NOTIZIA DI DECISIONE Udienza: XX
Presidente: X Relatore: X Ricorrente: X N. R.G. X P.G.: X
Questione sollevata: "Se ……".
Soluzione adottata: ….
Riferimenti normativi: artt. XX
Il Presidente titolare

5) In talune Sezioni viene inoltre predisposta, a cura del Presidente titolare o non titolare ovvero di un suo delegato, la raccolta della giurisprudenza sulle materie di competenza specialistica della Sezione, così da consentire a tutti i relativi componenti – e, in particolare, dei nuovi arrivati – di conoscere quali siano gli orientamenti ormai consolidati della Sezione e di evitare contrasti inconsapevoli o comunque di consentire l'avvio di una revisione "informata" di essi.

6) Sulle questioni più complesse, viene richiesta – ovvero acquisita, ove già predisposta – a cura del Presidente del collegio o del Presidente titolare una relazione dell'ufficio del Massimario sulle materie oggetto di contrasto.

7) In talune Sezioni (come nella Quinta penale) si segue la prassi di affidare ad un Presidente non titolare affiancato da un consigliere l'incarico di studiare le decisioni della Sezione e di rilevare possibili contrasti inconsapevoli, da discutere nelle riunioni sezionali così da verificare la praticabilità di una soluzione "spontanea" interna.

6. La gestione dei contrasti giurisprudenziali interni alle Sezioni semplici.

V'è da chiedersi cosa accada allorchè, nel decidere un ricorso, il collegio non condivida il principio di diritto affermato in una o in precedenti decisioni.

Si è già detto che, ove si tratti di un precedente delle Sezioni Unite, l'art. 618, comma 1-*bis*, impone al collegio che intenda discostarsene di rimettere nuovamente la questione alle Sezioni Unite. Con tale disposizione, il legislatore ha dunque regimentalizzato la procedura di *revirement* del precedente "formale" scaturente da una pregressa decisione delle Sezioni Unite sulla medesima questione giuridica.

Più complessa è la gestione del contrasto rispetto ad un precedente della stessa Sezione ovvero di altra Sezione semplice.

Si tratta di tema estremamente problematico e, soprattutto, non disciplinato dalla legge, rispetto al quale si possono, nondimeno, tracciare alcune linee guida tese a consentire la gestione della situazione in modo ordinato e razionale, coerentemente con le esigenze di certezza dell'interpretazione della legge e di prevedibilità delle decisioni della Corte Suprema.

Innanzitutto, bisogna intendersi su cosa debba intendersi per "precedente".

Ribadendo quanto si è già osservato nel paragrafo 4.3, deve ritenersi che, per poter assurgere a valore di precedente, un'affermazione di principio ad opera di una Sezione semplice – non essendo assistita dall'autorevolezza *ex lege* ai sensi dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. – richieda quantomeno la stabilizzazione in più d'una pronuncia di legittimità, così da assumere la connotazione di "orientamento consolidato". Non potrà, di contro, conferirsi valenza di precedente ad una "prima lettura" di una disposizione di nuovo conio, così come ad una pronuncia rimasta isolata o seguita da altre di segno contrario.

Tanto premesso, occorre distinguere a seconda se il principio di diritto non condiviso dal collegio:

a) sia stato affermato in un'unica decisione (dunque, a ben vedere, principio non costituente "precedente", in quanto non espressione di un orientamento consolidato);
b) si fondi su argomentazioni poco "strutturate", inconsapevoli di diverse soluzioni ermeneutiche ed agevolmente superabili con più articolate e meditate considerazioni (quindi, principio non persuasivo né autorevole);
c) costituisca espressione di un orientamento ormai stabilizzato (principio integrante, a tutti gli effetti, un "precedente");
d) rappresenti estrinsecazione di uno fra due o più orientamenti contrapposti, già oggetto di un contrasto consapevole ed argomentato interno alla Sezione ovvero fra più Sezioni semplici della Corte.

Nei primi due casi, il collegio potrà discostarsi dalle precedenti affermazioni affermando un principio di diritto contrario o comunque diverso, così da stimolare un confronto dialettico interno alla Sezione ovvero fra le singole Sezioni semplici ed aprire la via all'affermazione di un orientamento prevalente in quel senso o, comunque, preparare il terreno per la rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Negli ultimi due casi, occorre ancora differenziare la situazione in cui il contrasto sia "interno" alla stessa Sezione da quella in cui il contrasto sia "esterno" (cioè interessi la giurisprudenza di diversa/e Sezione/i).

Nell'ipotesi di contrasto "interno", il collegio dovrà valutare l'opportunità di posticipare il *revirement* interpretativo all'esito di una discussione fra tutti i componenti della Sezione in occasione di una riunione sezionale da fissare in tempi brevi, allineandosi per il momento al precedente interno, ovvero di discostarsi dal principio non condiviso già nella decisione del procedimento *sub iudice,* argomentando le ragioni della diversa posizione assunta così da instaurare un confronto dialogico sulle soluzioni da adottare. È ovvio che, qualora il contrasto interno non sia spontaneamente superato nella successiva produzione giurisprudenziale (nel senso del ritorno al pregresso indirizzo ovvero della stabilizzazione della nuova linea ermeneutica, eventualmente anche all'esito di una riunione sezionale), la soluzione del quesito non potrà non essere devoluta alle Sezioni Unite.

Nell'evenienza di un contrasto "esterno", il collegio, non potendo rinviarne la soluzione ad un dibattito sezionale, dovrà decidere se seguire la diversa linea ermeneutica con puntuale confutazione degli argomenti non condivisi ovvero se rimettere subito la soluzione del nodo interpretativo alle Sezioni Unite. Opzione sostanzialmente doverosa in caso di contrasto persistente da tempo o comunque di pregressi tentativi di "dialogo" fra Sezioni non andati a buon fine (cioè non esitati nella composizione del contrasto).

In caso di decisioni in contrasto con precedenti pronunce o soluzioni ermeneutiche, il Presidente del collegio dispone di norma l'immediata notizia di decisione, precisando l'oggetto della questione e la soluzione adottata, così da informare tutti i componenti della Corte della nuova linea interpretativa recepita nella sentenza e da avviare immediatamente un confronto dialogico nella giurisprudenza di legittimità, consentendo altresì la pronta comunicazione del *revirement* interpretativo ai giudici di merito, agli altri operatori del diritto ed all'accademia.

Come si è già anticipato, il Presidente del collegio provvede a dare notizia della decisione anche nell'ipotesi in cui essa contenga una prima lettura di disposizioni di legge o oggetto di una pronuncia d'incostituzionalità ovvero riguardi questioni nuove o di particolare rilevanza.

3/2020

APPUNTI PER UNA DISCUSSIONE SU RUOLO DELLA CORTE DI CASSAZIONE E "NUOVA" LEGALITÀ

di Angelo Caputo e Giorgio Fidelbo

SOMMARIO: I PARTE: *Accesso in Cassazione e accesso alle Sezioni unite*. – 1. La riscoperta dei temi legati alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione. – 2. Ruolo nomofilattico della Corte di cassazione e accesso alle funzioni di legittimità e alle Sezioni unite: alcuni cenni. – 3. L'accesso alle funzioni di legittimità. – 4. L'accesso alle Sezioni unite. – II PARTE: *Il "precedente" nel rapporto tra Sezioni unite e Sezioni semplici* (*) – 1. Le prassi virtuose nei rapporti tra Sezioni unite e Sezioni semplici prima della riforma "Orlando". 2. L'introduzione del vincolo del precedente. – 3. Il rischio di una dimensione gerarchica delle Sezioni unite. – 4. La mancata previsione di sanzioni in caso di omessa rimessione della questione. – 5. L'enunciazione del principio di diritto. – 6. L'ambito di applicazione intertemporale del principio vincolante. – 7. Vincolatività del principio di diritto e compatibilità con la Costituzione. – 8. Le prime applicazioni. – 9. Natura relativa della vincolatività del precedente. – 10. Precedente vincolante e conseguenze dei mutamenti giurisprudenziali.

I PARTE – ACCESSO IN CASSAZIONE E ACCESSO ALLE SEZIONI UNITE

1. La "riscoperta" dei temi legali alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Registriamo indubbiamente negli ultimi anni – anche sulla scorta delle modifiche legislative relative al rapporto tra Sezioni semplici e Sezioni unite della Corte di cassazione – una "riscoperta" dei temi legati al ruolo della Corte di cassazione e della sua funzione nomofilattica: e se quelli che restano ancora contributi fondamentali[1] vedevano una "prevalenza", se non una "centralità" dei punti di vista "civilistici" (oltre che, naturalmente, costituzionalistici), oggi è forte l'interesse dei penalisti e dei processual-penalisti[2].

(*) La seconda parte riprende, con alcune modifiche nel testo e nelle note, l'articolo di Giorgio Fidelbo pubblicato su *Questione giustizia*, 2018, 137 ss.

[1] Si pensi ad alcuni seminari del Centro Riforme dello Stato, ai *forum* del *Foro Italiano*, ad alcune iniziative promosse dalla stessa Corte.

[2] Significativi i contributi di R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2559; G. DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità, flussi nomofilattici e "isole nella corrente": il coagulo di una nuova sintassi nei rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite*, in A. Pulvirenti (a cura di), *Le impugnazione penali dopo la riforma*, Giappichelli, 2018, p. 259; G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in M. Bargis – H. Belluta, *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, 2018, p. 115; ; R. APRATI, *Le Sezioni Unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola – T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017, p. 291.

Ora, nella fase più risalente, la discussione sul ruolo della Corte di cassazione muoveva dall'acquisita consapevolezza del "crollo" dei due pilastri che quel ruolo avevano sorretto fino all'età del "disgelo" costituzionale: la concezione formale dell'interpretazione e il monopolio della legge, da una parte; dall'altra, un assetto ordinamentale della magistratura fondato, con una battuta, su carriera e gerarchia, con l'una e l'altra che contribuivano ad attribuire alla Corte di cassazione il ruolo di vertice – non già del solo sistema delle impugnazioni[3], ma – del sistema giudiziario *tout court*.

È chiaro, che divenuto, il primo pilastro, un tema controverso e in evoluzione e venuto meno il secondo, la riflessione sul ruolo della Corte di cassazione non poteva essere disgiunta da quella sull'accesso alle funzioni di legittimità: nel sistema pre-costituzionale, l'accesso era governato da carriera e gerarchia, ma ora diventava un problema aperto e non a caso molti contributi, molte analisi affrontavano *congiuntamente* i temi della nomofilachia e quelli dell'accesso in cassazione. E man mano che si affinava il primo, che si delineava quella visione del ruolo della cassazione emancipata dal ruolo "verticistico" del sistema giudiziario, maturava la consapevolezza della peculiarità della funzione nomofilattica, anche rispetto alle funzioni di merito[4]: si trova nitidamente espressa questa "conseguenzialità" cui si è fatto cenno, in una raccolta di scritti del 1992 in cui comparivano, insieme con il celebre saggio di Borré sul significato "metodologico" della nomofilachia, uno scritto di Pizzorusso, dove si metteva in luce «la tendenza a ravvisare una distinzione assai netta tra le qualità occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali di merito e quelle necessarie per essere titolari delle funzioni di legittimità»[5]. Del resto, in uno scritto a quattro mani con Proto Pisani di qualche anno prima Pizzorusso aveva severamente criticato la selezione dei giudici di cassazione provenienti dal merito fondata sul «sostanziale fallimento del sistema della selezione negativa»[6].

Naturalmente, molta acqua è passata sotto i ponti e per molti aspetti il sistema della selezione meramente negativa è stato superato dalla legislazione ed anche attraverso l'attività di normazione secondaria del CSM: il tema sarà ripreso tra breve, ma è ora opportuno tornare alla recente riscoperta, in chiave penalistica e processual-penalistica, dei temi legati alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, una riscoperta che non sembra essere stata accompagnata da una rinnovata attenzione ai temi del reclutamento dei giudici di legittimità: vi è stata una grande – e meritoria –

---

[3] A. PIZZORUSSO, *Corte di cassazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, p. 7.

[4] Sono note le indicazioni della giurisprudenza costituzionale circa la «diversità funzionale», rispetto alle funzioni di merito, delle «funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di cassazione» messe in luce dal giudice delle leggi con la sentenza n. 86 del 1982, in *Giur. Cost.*, 1982, pag. 1828, con nota di P.F. GROSSI, *Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107 terzo comma e 104 quarto comma Cost.*; la sentenza è stata commentata anche da G. Lattanzi, *Appunti sulle sentenze n. 86 e 87 della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1982, pag. 905.

[5] A. PIZZORUSSO, *La Corte suprema di cassazione: problemi organizzativi*, in S. Mannuzzu – R. Sestini, *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Dem, Dir.*, 1992 (suppl. al n. 1), p. 191. Il saggio di G. Borrè richiamato nel testo è *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni: un primo tentativo di sintesi*, *ivi*, pag. 159.

[6] A. PIZZORUSSO – A. PROTO PISANI, *Note introduttive*, in *F. It.*, 1987, V, c. 213.

attenzione al "carico" di lavoro della Cassazione e ai suoi effetti deleteri[7], ma sul reclutamento dei giudici di legittimità non vi è stata un'attenzione paragonabile a quella della "prima riscoperta" della funzione nomofilattica della Cassazione.

Del resto, sappiamo che, almeno sul versante penalistico, la centralità del ruolo della cassazione nasce anche (come i temi legali alla "nuova" legalità penale confermano) dall'irruzione delle fonti sovranazionali e dal cd. "dialogo tra le corti": ora, l'uno e l'altra – e alcuni *mantra* che li hanno accompagnati – non sono quasi mai stati associati ad una riflessione sui protagonisti del dialogo, sulle loro effettive garanzie di indipendenza rispetto ai governi, ad esempio[8]. È questo, a quanto pare, un tassello – però abbastanza significativo – di quella che Luciani ha definito come visione irenistica del ruolo delle Carte dei diritti[9].

2. Ruolo nomofilattico della Corte di cassazione e accesso alle funzioni di legittimità e alle Sezioni unite: alcuni cenni.

Dunque, il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione e la speciale "attitudine nomofilattica" delle sue Sezioni unite hanno bisogno di essere sostenuti e alimentati da coerenti sistemi di reclutamento. Ciò in generale, perché occorre andare oltre uno sguardo, per così dire, "ingenuo" o aprioristico dell'una e dell'altro. Vale anche su questo terreno, infatti, il giudizio di Leopoldo Elia sulla giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione e su quello che chiamava il "mito dell'imparzialità", che «consiste nell'attribuire la caratteristica di "imparziale", per virtù carismatica, ad una serie di organi che possono andare dal Presidente della Repubblica al Pretore, ignorando che la "imparzialità" non può essere un dato di partenza, ma solo una situazione che si realizza a condizioni molto particolari»[10].

Un monito, quello di Elia, che, riferito alle "condizioni" necessarie ad assicurare l'effettiva capacità della Corte di cassazione e delle loro Sezioni unite di adempiere alla funzione nomofilattica, vale tanto più oggi in presenza di innovazioni di grande rilievo sull'organico della cassazione. L'organico della Corte, già oggi di dimensioni molto considerevole (poco più di trecento consiglieri, 54 presidenti di sezione oltre a 67 magistrati del Massimario, una parte dei quali assegnati alla Sezione Tributaria per l'espletamento di funzioni giurisdizionali, e 50 giudici ausiliari di cassazione, addetti solo alla Sezione Tributaria), è destinato ad essere ulteriormente incrementato di 48 consiglieri e 4 presidenti di sezione: è del tutto evidente come l'ulteriore dilatazione

---

[7] Cfr., per tutti, Associazione tra gli studiosi del processo penale, *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Giuffrè, 2014.

[8] Ragguardevole eccezione è rappresentata dai contributi raccolti in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali*, Carocci, 2018.

[9] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur, Cost.*, 2006, 1644.

[10] L ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, 1962; la citazione è tratta da pag. 46; dal rilievo riportato nel testo discendeva l'amara conclusione che «una realizzazione allargata del principio di giurisdizionalità non può mai porsi come surrogato o come elemento compensativo della attenuazione del principio di illegalità» (pag. 47).

dell'organico della Corte ponga una serie di questioni sul piano della *tenuta* della funzione nomofilattica della Corte e, comunque, richiede una particolare attenzione al concreto configurarsi e realizzarsi del reclutamento.

2.1. L'accesso alle funzioni di legittimità.

Come è noto, il legislatore della riforma del 2005/2007 ha drasticamente abbassato il limite dell'anzianità richiesta per la partecipazione al concorso per il conferimento delle funzioni di consigliere della Corte di cassazione o di sostituto Procuratore generale: il requisito per la partecipazione è oggi fissato nel conseguimento della quarta valutazione di professionalità (di regola corrispondente a sedici anni di anzianità di ruolo), laddove in precedenza era necessaria un'anzianità di ruolo di venti anni. La modifica si è accompagnata a due ulteriori, significative innovazioni: da un lato, la previsione di una specifica valutazione in ordine alla «capacità scientifica e di analisi delle norme» affidata, nell'ambito del procedimento, ad una commissione *ad hoc* costituita da tre magistrati di legittimità, un professore universitario e un avvocato abilitato al patrocinio dinanzi alle magistrature superiori (art. 12, comma 13, d. lsg. n. 160 del 2006); dall'altro, la previsione che il 10% delle vacanze delle Corte e della Procura Generale sia coperta da magistrati che abbiano conseguito la seconda o la terza valutazione di professionalità che siano in possesso di «titoli professionali e scientifici adeguati» (art. 12, comma 14, d. lgs. n. 169 cit.). Lette congiuntamente, le modifiche introdotte dal legislatore del 2006 alla disciplina dell'accesso alle funzioni di legittimità danno conto di un orientamento di politica del diritto teso a valorizzare l'attitudine nomofilattica degli aspiranti e, in ultima analisi, a delineare una normativa coerente con le indicazioni sulla natura delle funzioni di legittimità offerte dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata. Di fronte alle chiare opzioni del legislatore, il C.S.M., tuttavia, ha, in un primo momento, operato nella direzione di "sterilizzare" il primo profilo della riforma, ossia «l'abbassamento dell'anzianità di ruolo richiesta per l'accesso in via ordinaria, alle funzioni di legittimità»[11], innalzando – nel "paniere" dei punteggi relativi ai vari parametri – il punteggio previsto per l'anzianità rispetto a quelli relativi ad attitudine e merito[12]. Il contrasto con la disciplina legislativa era evidente e, infatti, ha ben presto indotto il Consiglio superiore a ritornare sui suoi passi, riequilibrando i

[11] G. SANTALUCIA, *Sull'accesso in Cassazione (La legge, il Consiglio superiore e il ruolo del giudice di legittimità)*, in *Quest. Giust.*, n. 5 del 2008, pag. 116.

[12] Con la delibera del 28 maggio 2008, il Consiglio ha modificato la circolare n. 15098 del 30 novembre 2003, innalzando il punteggio per l'anzianità e giustificando apertamente tale opzione con l'intento di *contenere* gli effetti della modifica legislativa: dalla relazione di accompagnamento, infatti, si evince, che «con riguardo al trasferimento alle funzioni di legittimità si è ritenuto che il consistente abbassamento dell'anzianità di servizio minima per l'accesso in Cassazione (da 20 a 16 anni di servizio) e la previsione di un canale diretto di accesso per concorso riservato ai magistrati con almeno 12 anni di servizio, imponessero una rimodulazione del punteggio massimo attribuibile per l'anzianità elevandolo dai 5 punti massimi già previsti dalla Circolare a 6 punti».

punteggi relativi ad anzianità, merito e attitudine nel senso di riconoscere a quest'ultima la necessaria centralità[13].

D'altra parte, merita di essere segnala un'ulteriore innovazione nel quadro dell'accesso ordinario alle funzioni di legittimità, ossia l'abolizione del percorso particolare che, fino al 2006 (d. lgs. 21/01/2006, n. 24), era imperniato sull'Ufficio del Massimario: l'Ufficio era articolato su due diverse posizioni, il magistrato di tribunale e il magistrato di appello, quest'ultimo legittimato ad essere applicato alle Sezioni della Corte per lo svolgimento, *part time* delle funzioni di legittimità (così come oggi avviene per la sola Sezione Tributaria), Questa articolazione dell'Ufficio del Massimario delineava quello che, appunto, era individuato come un peculiare percorso di accesso alle funzioni di legittimità, un percorso che partiva dal magistrato del Massimario "semplice", per poi passare al magistrato di appello del Massimario "applicato" ad una sezione (o alla Procura generale), per giungere infine alla nomina a consigliere. La provenienza da questo percorso garantiva, in linea di massima naturalmente, un accesso al ruolo di consigliere di magistrati che, grazie alla duplice pregressa esperienza e al graduale avvicinamento alle funzioni di legittimità, assicurava, di regola, una solida formazione orientata alla nomofilachia, un abito mentale da giudice di legittimità già ben delineato. Come si accennava, nel 2006 la figura del magistrato d'appello del Massimario è stato abolita e il relativo organico è stato assorbito da quello della Corte: una scelta che ha privato l'accesso alle funzioni di legittimità di un canale di reclutamento dei magistrati addetti alle funzioni di legittimità che aveva dato sicuramente buona prova di sé.

Un cenno merita, infine, l'accesso alle funzioni di legittimità di professori ordinari e avvocati per "meriti insigni". Si tratta, come è noto, di un accesso che richiede, in capo all'istante, «rigorosi requisiti di qualificazione»[14] che lo distinguono nettamente dal concorso "ordinario" (sicché ad ogni pubblicazione di posti di consigliere "ordinario" non deve necessariamente corrispondere la copertura di una percentuale di consiglieri per "meriti insigni"): la prassi, tuttavia, sembra far registrare casi di non rigorosa valutazione dei requisiti necessari per la nomina[15].

---

[13] Cfr. il par. XVIII della circolare n. 12046 dell'8 giugno 2009 e, più di recente, gli artt. 83 ss. della circolare n. 13778 deliberata il 24 luglio 2014.

[14] F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 106*, in G. Branca (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, *La magistratura*, Tomo II, Zanichelli Editore – Soc. Ed. del Foro Italiano, 1986, pag. 138.

[15] Con la delibera del C.S.M. dell'8 novembre 2017 (in relazione ai posti di consigliere pubblicati nel 2015), ad esempio, sono stati nominati due avvocati esclusi invece dalla precedente delibera del 13 luglio 2016 (in relazione ai posti di consigliere pubblicati nel 2014), il primo per aver «documentato un'attività difensiva senz'altro apprezzabile, ma non qualificabile in termini di eccellenza», il secondo in ragione del rilievo che «il livello dei contributi dottrinali e dello sviluppo degli argomenti svolti negli atti defensionali non appare tuttavia tale da integrare il requisito dei meriti insigni agli effetti della nomina quale componente della Corte di cassazione»: dunque, due valutazioni sui meriti insigni (e non sulla prevalenza rispetto ad altri aspiranti in un concorso "ordinario") di segno diverso e a breve distanza di tempo.

2.2. L'accesso alle Sezioni unite.

Numerosi fattori contribuiscono ad attribuire una peculiare "attitudine nomofilattica" alle Sezioni unite, oltre allo specifico ruolo ad esse assegnato dal codice di rito, ossia dirimere i contrasti insorti nella giurisprudenza di legittimità: i criteri di accesso alle Sezioni unite (sui quali si tornerà tra breve), la sua composizione che vede, al fianco del primo presidente o del presidente aggiunto, uno o dei presidenti di Sezioni, il coordinatore; il numero esiguo dei ricorsi (massimo due o tre ad udienza); la possibilità di fruire di una relazione – spesso davvero molto utile – del Massimario. Più in particolare, delle Sezioni unite fanno parte il Primo Presidente o il Presidente Aggiunto delegato al settore penale, il Coordinatore delle Sezioni unite, i presidenti titolari delle sei Sezioni, un presidente non titolare e tre consiglieri per ciascuna delle sei Sezioni; i collegi sono formati sulla base di rigidi criteri a rotazione che garantiscono – oltre alla presenza fissa del Primo Presidente e del Coordinatore – la presenza di almeno un presidente e di consiglieri così che tutte le Sezioni siano "rappresentate". La durata di permanenza presso le Sezioni unite è stata ridotta di recente e portata da otto a sei anni.

L'accesso alle Sezioni unite è disciplinato dalla circolare consiliare sulle tabelle e, più da vicino, dalle tabelle della Corte di cassazione. Senza entrare nel dettaglio, i criteri attitudinale sono tesi a valorizzare la spiccata attitudine al giudizio di legittimità e l'esperienza maturata nello svolgimento di alcune pregresse funzioni, ad esempio presso l'ufficio del Massimario o presso determinate istituzioni, quali la Corte costituzionale o le istituzioni sovranazionali. Naturalmente è necessario guardare alle peculiari condizioni che consentono l'effettiva riconoscibilità alle Sezioni unite dell'alto ruolo nomofilattico ad esse assegnato dal sistema e, con esse, alla concreta corrispondenza delle assegnazioni al modello definito dalla disciplina consiliare a da quella della stessa Corte di cassazione: al riguardo, profili di tensione rispetto all'una e all'altra sembrano talora emergere in riferimento ad una sopravvalutazione dell'anzianità di ruolo rispetto ai requisiti attitudinali e, più in generale, nella possibile *torsione* dell'accesso alle Sezioni unite verso esigenze di "governo" del personale della Corte[16], esigenze certo

[16] Esigenze del genere erano probabilmente alla base della vicenda – relativa al settore civile, ma comunque di interesse generale nell'esaminare l'accesso alle Sezioni unite della Corte di cassazione – del decreto presidenziale n. 75 del 2018: il decreto, in buona sostanza, riconosceva al pregresso esercizio delle funzioni presso la Sezione Tributaria una particolare valenza, nel senso che di esso si dovesse tener particolarmente conto per l'assegnazione alle Sezioni unite civili (ossia, anche per le assegnazioni di consiglieri poi assegnati ad altre Sezioni e richiedenti l'assegnazione alle Sezioni unite in relazione ai posti concernenti la nuova sezione). Il decreto incontrò il parere non favorevole del Consiglio direttivo (seduta dell'11 giugno 2018) ed è stato poi ritirato dal decreto n. 100 del 2018, in cui si dava atto che il provvedimento ritirato era volto ad «incentivare l'assegnazione e la permanenza dei consiglieri presso la Sezione Tributaria» (notoriamente gravata da un ingente arretrato). Il parere contrario espresso dal Consiglio direttivo rilevava, tra l'altro, che «il riconoscimento dell'attività svolta presso la Quinta Sezione civile (Sezione tributaria) quale requisito attitudinale specifico per l'assegnazione alle Sezioni unite, configurando detta assegnazione come incentivo e premio per la disponibilità manifestata dai magistrati della Corte ad essere assegnati o coassegnati alla Sezione Tributaria al fine di far fronte all'esigenza di contenimento delle sopravvenienze e di definizione dell'arretrato della sezione medesima, costituisce criterio estraneo a quelli attualmente previsti nelle tabelle per l'assegnazione alle Sezioni Unite, con la conseguenza che il decreto in esame non risulta conforme alle

ragguardevoli, ma che non possono prevalere sulla imprescindibile valorizzazione dell'attitudine nomofilattica dei componenti. Il che conferma come la riflessione sulle Sezioni unite non possa mai essere disgiunta dall'attenzione verso le condizioni che impediscono al ruolo peculiare ad esse attribuito di risolversi – per riprendere ancora

* * *

II PARTE – *IL "PRECEDENTE" NEL RAPPORTO TRA SEZIONI UNITE E SEZIONI SEMPLICI*

1. Le prassi virtuose nei rapporti tra Sezioni unite e Sezioni semplici prima della riforma "Orlando".

All'indomani dell'unificazione della Corte di cassazione penale, un giurista dei primi del novecento offriva una descrizione piuttosto sconfortante della situazione in cui versava la "nuova" Cassazione con sede nella Capitale, evidenziando i contrasti interni alle Sezioni, le oscillazioni interpretative mai risolte, le sentenze iperboliche, l'esasperante individualismo tra i giudici di legittimità.[17] Erano considerazioni con cui si prendeva atto che la realizzazione di un'unica Corte di cassazione penale non aveva conseguito l'effetto sperato di assicurare l'uniformità di indirizzi giurisprudenziali in materia penale, compito che, nelle intenzioni del Ministro della giustizia dell'epoca, Giuseppe Zanardelli, sarebbe stato affidato soprattutto alle "Sezioni riunite", che avrebbero dovuto svolgere una funzione "quasi legislativa"[18].

È sorprendente constatare che gli stessi problemi che oggi riguardano la Corte di cassazione erano già presenti in anni così lontani e in contesti profondamente diversi, in cui la giurisdizione penale dei primi del novecento sicuramente non doveva fare i conti con un numero imponente di processi, come accade oggi, né era impegnata come l'attuale Cassazione a districarsi in un sistema complesso di fonti multilivello, con continui e impegnativi dialoghi con altre Corti. Ma soprattutto va sottolineato come già in quell'epoca si riponesse una grande aspettativa nelle funzioni assegnate alle Sezioni

---

disposizioni delle vigenti tabelle di organizzazione della Corte di cassazione». Nel corso del dibattito del Consiglio direttivo si osservò che «l'introduzione di un criterio oggettivamente premiale come quello previsto dal decreto in esame rischia non solo di alterare l'attuale quadro dei criteri per l'assegnazione alle SS.UU., ma anche di indebolire la specificità della valutazione relativa al complesso dei requisiti attitudinali che le vigenti tabelle presentano come rilevanti per l'accesso alle SS.UU.» e si sottolineò come «ai fini dell'accesso alle SS.UU. civili non debba privilegiarsi un criterio premiale, ma un criterio basato sul rilievo in concreto attribuibile alle attitudini specifiche ed alla professionalità degli aspiranti».

[17] G. ESCOBEDO, *La Corte di cassazione penale nel suo odierno funzionamento e nelle progettate riforme*, in *Giust. pen.*, 1901, VII, 577 ss.

[18] La Corte di cassazione penale venne unificata nel 1889, con sede a Roma, mentre le Cassazioni civili di Torino, Firenze, Napoli, Palermo e poi di Roma, continuarono ad operare fino al 1923, quando vennero unificate con legge 24 marzo 1923, n. 601.

riunite, a cui veniva attribuito il compito di dirimere i contrasti giurisprudenziali e così garantire l'uniformità del diritto.

Un analogo meccanismo per la risoluzione di contrasti è stato riproposto, un secolo dopo, nel codice del 1988, con l'art. 618 c.p.p. e, anche in questo caso, deve riconoscersi che non ha sortito l'effetto di valorizzare la vocazione nomofilattica della Corte di cassazione.

Naturalmente, l'attuale difficoltà della Corte di legittimità a "fare nomofilachia", in una situazione sicuramente più drammatica di quella cui si riferiva Escobedo, dipende da numerosi fattori, tra cui la stessa natura "ambigua" di questo giudice, che deriva dall'impianto delle norme fondamentali che regolano le sue funzioni: da un lato, l'art. 65 ord. giud. che stabilisce che la Corte di cassazione assicura l'esatta osservanza e l'uniformità dell'interpretazione della legge; dall'altro, l'art. 111, comma 7, Cost., che prevede che contro le sentenze è sempre ammesso ricorso per cassazione, per violazione di legge. Si tratta di due disposizioni che disegnano il DNA della Corte di cassazione e che giustificano pienamente la fortunata definizione di questo giudice come di un "vertice ambiguo"[19], a sottolineare che, allo stesso tempo, svolge funzioni di corte suprema (*ius constitutionis*) e di corte di terza istanza (*ius litigatoris*). Come "corte di terza istanza" assicura una tutela dei diritti delle parti, avvertita come una funzione essenziale contro le "decisioni ingiuste" e indicata come un baluardo per le garanzie dell'imputato, funzione generale che tuttavia ha contribuito all'aumento esponenziale dei ricorsi. Infatti, il numero abnorme dei ricorsi e, di conseguenza, delle sentenze prodotte[20], ha avuto l'effetto di ridimensionare il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, ruolo che riesce ad assolvere solo quando decide a Sezioni unite, mentre le Sezioni semplici finiscono per svolgere prevalentemente funzioni di giudice dello *ius litigatoris*, pronunciando un numero sterminato di decisioni, con il rischio conseguente ed effettivo di un aumento esponenziale dei contrasti giurisprudenziali, determinato dalla oggettiva difficoltà di conoscere la "propria" giurisprudenza, difficoltà accresciuta dalla confusione causata dal numero eccessivo di sentenze massimate, che spesso impediscono di individuare gli orientamenti consolidati.

Se dunque deve riconoscersi la duplice "natura" della Corte di cassazione, prendendo atto che le funzioni di "corte suprema" e di "corte di terza istanza" coesistono, occorre che sia garantito un equilibrato rapporto tra tali funzioni, equilibrio che la Corte ha perseguito anche attraverso rinnovati rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite.

Invero, si è tentato di valorizzare l'attitudine nomofilattica delle Sezioni unite[21], ponendo in essere prassi virtuose tendenti a limitare le controindicazioni di un sistema

---

[19] M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991.

[20] Nel 2018 sono stati iscritti 51.956 procedimenti e per la prima, volta dopo anni, si è registrata una inversione di tendenza, nel senso che vi è stata una contrazione, pari a 8,3 punti percentuali, delle iscrizioni rispetto a quelle dell'anno precedente, che ammontavano a 56.632: è probabile che questa diminuzione sia l'effetto delle riforme processuali attuate con la legge 23 giugno 2017, n. 103. Restano elevati i numeri dei procedimenti definiti, che, anzi, sono aumentati dell'1,4%, passando dai 56.760 del 2017 ai 57.573 del 2018.

[21] Soprattutto dopo le modifiche apportate nel processo civile dal d.lgs. n. 40 del 2006 (*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica*) che, oltre a novellare l'art. 374 c.p.c. con

che non assegnava alcuna valenza di vincolo formale al "precedente" delle Sezioni unite e che aveva determinato rapporti "conflittuali" tra le Sezioni della Corte di cassazione penale[22].

Sono state messe in atto prassi funzionali a ridurre il rischio di disorientamenti nella giurisprudenza di legittimità, ad esempio investendo le Sezioni unite in via preventiva, con l'obbiettivo dichiarato di superare l'orientamento precedentemente enunciato ed evitando così di creare un possibile contrasto[23].

In altri casi, è stato provocato l'intervento delle Sezioni unite prima dello stabilizzarsi di un contrasto[24].

---

la previsione della rimessione "obbligatoria" del ricorso alle Sezioni unite nel caso di non condivisione del principio di diritto da parte della sezione semplice – previsione riprodotta pressoché integralmente dalla legge n. 103 del 2017 –, conteneva anche altre disposizioni dirette ad implementare i caratteri della Corte di cassazione come giudice dello *jus constitutionis*.

Va evidenziato come meccanismi processuali improntati al riconoscimento del precedente tendenzialmente vincolante siano oggi previsti anche in altre giurisdizioni. Le procedure davanti al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti disciplinano le modalità attraverso cui le Sezioni semplici devono investire l'Adunanza plenaria o le Sezioni riunite in caso di contrasti giurisprudenziali ovvero di questioni di massima importanza, sintomo di una esigenza nomofilattica condivisa. Così, l'art. 99 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, come modificato dal d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (codice del processo amministrativo), impone che qualora una sezione del Consiglio di Stato non condivida il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria, principio che dovrebbe essere applicato al ricorso assegnatole, deve rimettere la decisione all'Adunanza Plenaria, che deciderà l'intero ricorso a meno che non ritenga di limitarsi ad enunciare il principio di diritto e restituire il ricorso alla sezione remittente perché definisca il giudizio facendo applicazione della regola enunciata; allo stesso modo, l'art. 117 del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (codice di giustizia contabile) prevede che la sezione giurisdizionale di appello che non condivida un principio di diritto già enunciato dalle Sezioni riunite, di cui debba fare applicazione, rimetta a queste ultime la decisione (v. anche, art. 42, comma 2 legge n. 69 del 2009).

[22] Un esempio di conflitto "storico" è quello che si è verificato tra le Sezioni semplici e le Sezioni unite in materia di dipendenti bancari, la cui qualifica di incaricato di pubblico servizio è stata negata da una importante sentenza a Sezioni unite (Sez. Un., 23 maggio 1987, n. 8342, Tuzet, in *Foro it.*, 1987, IV, c. 481), per poi essere affermata, dopo meno di un anno, da una sezione semplice della Corte di cassazione (Sez. V, 24 marzo 1988 n. 5469, Ferranti, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 669); un altro esempio è offerto dalla messa in discussione di un principio enunciato dalle Sezioni unite nel 2005 sulla non rilevabilità della prescrizione maturata prima della sentenza d'appello in caso di inammissibilità del ricorso (Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, 561), principio smentito da recenti pronunce delle Sezioni semplici e nuovamente sottoposto alle Sezioni unite che l'hanno ribadito nel 2015 (Sez. Un., 17 dicembre 2015, n. 12602, Ricci, in *Cass. pen.*, 2016, 2347).

[23] Un esempio di questo tipo di rimessione preventiva è costituito dalla questione relativa all'individuazione del procedimento da seguire davanti alla Corte di cassazione per i ricorsi avverso misure cautelari reali: Per superare un orientamento assolutamente consolidato in materia di procedimento da seguire per i ricorsi avverso misure cautelari reali, avallato da una risalente pronuncia (sez. Un., 6 novembre 1992, n. 14, Lucchetta, in *Cass. pen.*, 2016, 2637), le Sezioni semplici anziché provocare il contrasto hanno investito direttamente le Sezioni unite, che hanno mutato indirizzo, deliberando che il procedimento avente ad oggetto i ricorsi *ex* art. 325 c.p.p. in materia di sequestri dovesse svolgersi nelle forme del rito non partecipato previsto dall'art. 611 c.p.p., superando il precedente orientamento secondo cui il procedimento si svolgeva nelle forme partecipate dell'art. 127 c.p.p. (Sez. Un., 17 dicembre 2015, n. 51207, Maresca, in *Cass. pen.*, 2016, 1396). La questione poi ha avuto un seguito, in quanto vi è stato l'intervento del legislatore che, con l'art. 1 della legge n. 103 del 2017, ha "ripristinato" la procedura partecipata di cui all'art. 127 cit.

[24] Così, in tema di rescissione del giudicato *ex* art. 625-*ter* c.p.p., le cui prime interpretazioni avevano offerto soluzioni non consonanti sia in relazione alla applicabilità ai procedimenti definiti prima della sua entrata in vigore, sia rispetto alla procedura da osservarsi ed all'individuazione del giudice a cui rivolgere la richiesta:

In altri casi ancora, le Sezioni semplici hanno rimesso, sempre in via preventiva, alle Sezioni unite questioni collegate a novità normative o a dichiarazioni di incostituzionalità, con l'intento di evitare possibili contrasti rilevanti[25].

Si è trattato di "prassi virtuose" tese a rendere più efficiente un sistema fondato sulla spontaneità della rimessione delle questioni alle Sezioni unite, sistema che presenta aspetti di inadeguatezza.

2. L'introduzione del vincolo del precedente.

La legge 23 giugno 2017, n. 103 ha dettato nuove regole in materia di rapporti tra Sezioni unite e Sezioni semplici: il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. introduce una rimessione "obbligatoria", che scatta ogni qual volta un collegio di una delle Sezioni semplici ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite[26].

Lo *stare decisis* è stato limitato alle sole sentenze delle Sezioni unite.

Resta confermato il sistema che prevede due distinti percorsi attraverso cui le Sezioni unite sono investite di un ricorso: il primo attivabile direttamente dal primo presidente (art. 610, comma 2, c.p.p.), il secondo dalle Sezioni (art. 618 c.p.p.), ed è in quest'ultimo caso che è stata aggiunta l'ipotesi della rimessione obbligatoria, che scatta quando la sezione semplice non condivida il principio di diritto espresso dalle Sezioni

---

ebbene, le Sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 610 comma 2 c.p.p., e hanno stabilito l'inapplicabilità del nuovo istituto alle sentenze passate in giudicato prima della sua entrata in vigore, definendo la natura di impugnazione straordinaria del rimedio e la necessità che l'istanza venga proposta nella cancelleria del giudice di merito la cui sentenza è posta in esecuzione (Sez. Un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *Cass. pen.*, 2015, 561). Allo stesso modo le decisioni in materia di falso in bilancio (Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli, in *Cass. pen.*, 2016, 2790) e di responsabilità colposa del medico (Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, in *Foro it.*, 2018, n. 6, 366) hanno anticipato il formarsi di interpretazioni contrastanti su temi particolarmente delicati.

[25] Il riferimento è alle questioni in tema di "pena illegale", in conseguenza della sentenza 25 febbraio 2014, n. 32 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità della disciplina normativa in materia di stupefacenti introdotta con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, con cui si era modificato il d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. L'intervento delle Sezioni unite è stato provocato in via preventiva, al fine di evitare il rischio di interpretazioni concorrenti, offrendo ai giudici di merito appigli sicuri (cfr., Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 718; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, *ivi*, 2016, IV, c. 134; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar, *ivi*, 2015, IV, c. 635; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, in *Cass. pen.*, 2017, 166).

[26] Non si è trattato di una assoluta novità, in quanto una disposizione del tutto simile era contenuta nel progetto definitivo del codice di procedura penale del 1988, che all'art. 610-*bis* prevedeva, appunto, che le Sezioni semplici dovessero uniformare le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite per dirimere un contrasto e che, in caso contrario, erano obbligate a rimettere il ricorso, esprimendo le ragioni del dissenso. Questa disposizione suscitò una serie di perplessità e non venne approvata dalla Commissione parlamentare, perché si ritenne che, in tal modo, si sarebbe introdotto nell'ordinamento il vincolo, sia pur tendenziale, del precedente, in grado, secondo alcuni, di interferire con la riserva di legge penale, con il principio della separazione dei poteri e con quello secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge. Obiezioni che sono state ribadite, puntualmente, nei confronti della legge del 2017, che recependo la proposta formulata dalla Commissione ministeriale per la riforma del processo penale, presieduta da Giovanni Canzio, ha inserito il comma 1-*bis* nell'art. 618 c.p.

unite e applicabile al caso oggetto del ricorso: in tal caso, la sezione semplice è tenuta a rimettere la questione (art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.).

Il carattere obbligatorio della rimessione è dimostrato dalla lettera della norma che, a differenza del primo comma dell'art. 618 c.p.p., non fa alcun riferimento alla possibilità di investire le Sezioni unite («*può con ordinanza rimettere il ricorso*»), ma sembra prevedere come unica scelta la rimessione, ovviamente nel caso di non condivisione del principio («*rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso*»).È evidente come la novella del 2017 sia funzionale ad un consolidamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso il ruolo rafforzato che viene assegnato alle Sezioni unite, le cui sentenze possono avere valore formale di precedente nei confronti delle altre Sezioni penali della Corte di cassazione, a determinate condizioni ed entro certi limiti.

Tuttavia, va precisato che nomofilachia e vincolo del precedente presuppongono attività e scopi differenti: la prima implica un'attività di astrazione, che conduce dal fatto alla *regola iuris*, con l'obiettivo di assicurare l'uniformità dell'interpretazione e l'unità del diritto; il vincolo del precedente (dello *stare decisis*) comporta un percorso inverso, che si attua con la concretizzazione di una regola a un particolare fatto ed è in funzione di assicurare la prevedibilità delle decisioni, nel rispetto del principio di uguaglianza. Si tratta di "fenomeni" diversi, sebbene strettamente connessi, in quanto è evidente che il vincolo del precedente rafforza la nomofilachia.

3. Il rischio di una dimensione gerarchica delle Sezioni unite.

L'introduzione nell'ordinamento processuale penale dell'obbligo di rimessione previsto dall'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. ha sollevato, come era prevedibile, una serie di interrogativi e punti critici.

Un primo aspetto critico è stato ravvisato nel rischio che le Sezioni unite vengano percepite come un organo gerarchico di vertice all'interno della Corte di cassazione, depositario delle scelte interpretative a scapito del ruolo delle Sezioni semplici, che vedrebbero ancor più ridotto il loro contributo alla funzione nomofilattica[27].

A questo proposito deve osservarsi che l'obbligatorietà della rimessione non determina il venir meno del "dialogo" all'interno della Corte di cassazione, semmai cambiano i dialoganti: l'interlocuzione non avverrà più tra i collegi delle Sezioni semplici attraverso le sentenze in cui saranno rappresentate le diverse interpretazioni, ma tra queste e le Sezioni unite. In altri termini, le Sezioni semplici per superare

[27] Cfr. R. APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola – T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017, p. 278, preoccupata del rischio di un irrigidimento del sistema, in quanto le scelte sul se confermare la precedente interpretazione ovvero superarla spettano esclusivamente alle Sezioni unite. Inoltre, v. C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2300 s., secondo cui la riforma dell'art. 618 c.p.p. assegna alle Sezioni unite un vero e proprio ruolo di vertice in senso gerarchico all'interno della Corte di cassazione. Sottolinea una fisionomia maggiormente gerarchica della cassazione anche L. LUDOVICI, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d riforma Orlando,* in Baccari – Bozano – La Regina – Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale,* Cedam, 2017, 445.

l'interpretazione sostenuta dalle Sezioni unite dovranno "convincere" queste ultime e il mezzo è rappresentato dall'ordinanza di rimessione, che non avrà solo la funzione di deferire la questione, essendo ad essa affidato il compito di argomentare in ordine alle ragioni per cui si ritiene che quella certa posizione debba essere superata. In questa procedura, in cui il presupposto è costituito dall'esistenza di un principio già enunciato dalle Sezioni unite, il contributo nomofilattico delle Sezioni semplici passa attraverso l'argomentazione dell'ordinanza di rimessione, che a questi fini diventa fondamentale, in quanto può consentire al sistema di rinnovarsi, evitando la cristallizzazione dei principi, nella piena considerazione del divenire della giurisprudenza e nel rispetto del precedente.

4. La mancata previsione di sanzioni in caso di omessa rimessione della questione.

È stato anche evidenziato, come una contraddizione del nuovo sistema, il fatto che l'obbligatorietà della rimessione non è assistita da alcuna sanzione in caso di sua inosservanza[28].

Si tratta di una scelta del tutto condivisibile, in quanto l'eventuale previsione di sanzioni di qualsiasi natura, processuale ovvero disciplinare, sarebbe stata estranea al sistema e, soprattutto, al "dialogo" tra le Sezioni della Corte di cassazione, tenuto conto che un modulo organizzativo, che contempli il meccanismo di rimessione obbligatoria, per funzionare non ha bisogno di controlli, ma di una condivisione di carattere culturale, che riconosca finalmente il valore del precedente, seppure limitato all'interno del giudizio di legittimità[29]. La Corte di cassazione è istituto «affidato all'esperienza di coloro che cooperano al suo funzionamento, più che alle norme di diritto che lo disciplinano»[30], sicché, in questa materia, il rapporto tra Sezioni semplici e Sezioni unite deve stabilirsi su basi "partecipative", non "coattive". Peraltro non sembra neppure ipotizzabile la previsione di una nullità o, in genere, di una qualsiasi forma di invalidità della sentenza che non abbia rimesso la questione alle Sezioni unite, così come appare irrealistica l'ipotesi di una responsabilità disciplinare (in capo al collegio?)[31], in quanto si tratta di scelte che alla base hanno un'attività interpretativa, quella di riconoscere o meno l'esistenza di un principio di diritto già enunciato dalle Sezioni unite[32].

---

[28] Cfr. R. APRATI, *Le Sezioni unite*, cit., p. 278.

[29] *Contra*, C. IASEVOLI, *le nuove prospettive,* cit., p. 2301, la quale sostiene che una sentenza pronunciata dalle Sezioni semplici in contrasto con un principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite e in violazione dell'obbligo rimessione sia da considerare abnorme, in quanto emessa in difetto di potere.

[30] Così, V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Jovene, 1979, p. 866.

[31] La proposta di prevedere un'ipotesi di illecito disciplinare è stata avanzata durante i lavori della legge, ma opportunamente abbandonata.

[32] Secondo R. APRATI, *Le Sezioni unite*, cit., p. 278, che esclude che la violazione dell'obbligo di rimessione possa determinare casi di invalidità oppure configurare un illecito disciplinare, la disposizione contenuta nell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. rientrerebbe nell'ambito delle norme tabellari regolative della distribuzione dei singoli processi alle Sezioni, ma anche in questo caso la violazione di tale regola non condurrebbe mai alla sanzione di nullità, «prevista solo nel caso estremo in cui siano stravolti nel caso di specie i canoni

L'apprezzamento dell'esistenza di un principio di diritto e dell'esistenza di un possibile contrasto è una valutazione che contiene un ineliminabile margine di discrezionalità tecnica, difficile da sindacare, sebbene la stessa giurisprudenza abbia indicato i criteri-guida da utilizzare, sostenendo che presupposto indispensabile per la rimessione di una questione è che l'assoluta inconciliabilità fra le diverse affermazioni di principio emerga, *ictu oculi*, dalla comparazione fra determinate massime, escludendo la mera possibilità che una certa pronuncia si riveli incompatibile con una delle interpretazioni – o delle implicazioni – che sia lecito attribuire ad un'altra[33].

5. L'enunciazione del principio di diritto.

Si è posta l'ulteriore questione su cosa debba intendersi per "principio di diritto enunciato" cui si riferisce l'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

Secondo alcuni il principio vincolante è solo quello con cui le Sezioni unite risolvono la questione oggetto della rimessione. Tuttavia, alle Sezioni unite non viene devoluta solo la specifica questione su cui è sorto il contrasto, ma la rimessione ha ad oggetto l'intero ricorso. Nel processo penale non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo in parte, come è invece previsto nel diverso sistema del processo civile, in cui è possibile distinguere motivi di ricorso di competenza delle Sezioni semplici e motivi di ricorso di competenza delle Sezioni unite (art. 142 disp. att. c.p.c.). Del resto è la stessa giurisprudenza delle Sezioni unite penali a chiarire che ad esse compete la decisione dell'intero ricorso e non solo del motivo attinente alla questione che ha suscitato il contrasto giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che l'ordinanza di rimessione ha natura sostanzialmente amministrativa e non giurisdizionale[34].

Pertanto, se nella sentenza vengono affermati anche principi estranei alla questione controversa non vi è ragione per ritenere che non debbano rientrare nel-l'ambito della previsione dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. Del resto, l'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p. collega il principio di diritto alla decisione assunta dalle Sezioni unite, per cui tutti i principi sui quali si basa la decisione devono essere enunciati e in quanto collegati alla decisione devono ritenersi idonei ad obbligare le Sezioni semplici alla rimessione, qualora non li condividano[35]. Naturalmente, la peculiare "forza passiva" oggi riconosciuta al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite dovrà suggerire a queste ultime un particolare rigore nell'individuazione di princìpi di diritto "ulteriori"

costituzionali della pre-costituzione per legge del giudice naturale».

[33] Così, Cass., Sez. VI, 24 marzo 1993, n. 865, Morabito, in *Arch. nuova proc. pen*., 1993, p. 587.

[34] Cfr., Cass., Sez. Un., 21 settembre 2000, n. 17, Primavera, in *C.e.d.*, n. 216660 e Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2002, n. 41476, Misiano, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 44.

[35] In termini contrari R. APRATI, *Le Sezioni unite*, cit., 294, secondo cui l'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. si riferisce solo al principio di diritto connesso alla questione sottoposta alle Sezioni Unite, «nel loro ruolo di Sezioni unite».

rispetto a quelli relativa alla questione la cui risoluzione è stata devoluta alle Sezioni unite stesse,

Va comunque riconosciuto il rischio di una certa opinabilità nel cogliere i principi di diritto su cui si basa la decisione, anche in considerazione del collegamento con l'attività della massimazione ufficiale delle sentenze da parte dell'ufficio della Corte di cassazione a ciò preposto, sicché non è escluso che la individuazione di tali principi, attenendo anche al campo dell'interpretazione, possa dar luogo a incertezze applicative, tanto più rilevanti in quanto vi saranno ricadute sugli ambiti entro cui le Sezioni semplici potranno pronunciarsi. È quindi auspicabile che, in linea con il maggior peso attribuito alle decisioni delle Sezioni unite, le relative sentenze indichino in maniera puntuale, specifica e formale i principi di diritto ritenuti rilevanti ai sensi dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. Tale indicazione dovrebbe essere frutto di una espressa decisione collegiale, eventualmente assunta utilizzando la procedura di lettura e approvazione della motivazione prevista dall'art. 617 comma 3 c.p.p.

Deve, infine, ritenersi scontato che le considerazioni aventi natura esplicativa della *ratio decidendi* e le argomentazioni, anche giuridiche, meramente strumentali al ragionamento che porta alla decisione non possono essere considerati principi di diritto rilevanti *ex* art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. Stesso discorso, anche se più complesso, vale per gli *obiter dicta* contenuti nella decisione [36]. Come noto, si tratta di affermazioni che spesso danno luogo a veri e propri principi di diritto, ma che non riguardano direttamente la decisione, né sono a questa necessariamente strumentali o pregiudiziali, per cui difettando il rapporto con la pronuncia non possono rientrare nella nozione di principio di diritto cui si riferisce l'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.

6. L'ambito di applicazione intertemporale del principio vincolante.

Un'altra questione attiene alla portata applicativa della riforma, se cioè il vincolo del precedente delle Sezioni unite debba riferirsi solo alle pronunce successive alla legge n. 103 del 2017 o anche alle sentenze anteriori. Sul punto si segnala un intervento delle Sezioni unite, che in un passaggio della motivazione di una recente sentenza hanno sostenuto che «il disposto dell'art. 618, comma 1 *bis*, trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute (…) precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione», spiegando che il tenore generale della norma e la sua *ratio*

[36] Cfr. R. APRATI, *Le Sezioni unite*, cit., 295, la quale precisa che sono principi di diritto anche quelli «strettamente pregiudiziali al principio di diritto principale» e, in genere, tutti quelli «che riguardano l'interpretazione delle norme necessarie per risolvere il quesito principale», comprese le c.d. "generalizzazioni", cioè quelle operazioni interpretative «attraverso cui la decisione individuale viene ricondotta sotto una norma generale destinata ad applicarsi non solo nei casi uguali ma anche in quelli simili o assimilabili». Sebbene l'A. muova dalla considerazione, non condivisibile, che i principi di diritto rilevanti *ex* art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. siano solo quelli collegati alla questione devoluta alle Sezioni Unite, tuttavia si osserva che i principi pregiudiziali possono rilevare nella misura in cui abbiano una loro autonomia operativa, mentre nessun dubbio sorge per quanto riguarda le c.d. "generalizzazioni", a condizione che assumano la struttura e la funzione del principio di diritto.

ispiratrice «consentono di ritenere, in mancanza tra l'altro di una apposita disciplina di carattere intertemporale, applicabile sin da subito la nuova disposizione posto che il valore di precedente vincolante, tale da imporre obbligatoriamente alla sezione semplice la rimessione del ricorso, è identificabile con la sola peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima, se cioè *ante* o *post* riforma»[37].

7. Vincolatività del principio di diritto e compatibilità con la Costituzione.

Ma le critiche più radicali nei confronti dell'introduzione del principio del precedente vincolante sono quelle che ne mettono in dubbio la compatibilità con la Costituzione.

Deve ribadirsi che si tratta di un vincolo "relativo", non assoluto, peraltro interno alla Corte di cassazione, caratteristiche che consentono di poter escludere che la nuova disciplina sia in contrasto con il principio di riserva di legge e con l'altro principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge. Le Sezioni semplici non sono obbligate ad allinearsi alle decisioni assunte dalle Sezioni unite, perché l'obbligo riguarda solo la necessità di rimettere il ricorso in caso di *dissenting opinion*; per la sezione semplice vi sarà sempre la possibilità di distinguere il caso da decidere rispetto al precedente stabilito dalle Sezioni unite, con la conseguenza che là dove i casi siano diversi la sezione semplice non si conformerà al precedente.

Non sembra che l'obbligatorietà della rimessione finisca per determinare «un quasi monopolio» sull'interpretazione in favore delle Sezioni unite: innanzitutto, perché non sono sovraordinate alle altre Sezioni e ad esse non è riconosciuta alcuna autonomia istituzionale esterna, ma soprattutto perché *l'obbligatorietà della rimessione non deve essere intesa come una limitazione all'interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico, bensì come un momento di dialogo paritario tra Sezioni della Corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente*.

Non vi è alcuna limitazione nell'attività interpretativa delle Sezioni semplici, semmai si realizza una sorta di procedimentalizzazione del "dissenso" rispetto all'interpretazione contenuta in una decisione delle Sezioni unite, nel senso che il superamento del precedente non condiviso passa attraverso la devoluzione della questione. Tale procedura può portare alla conferma del precedente, qualora le Sezioni unite resistano alla *dissenting opinion*, oppure alla svolta interpretativa, nel caso in cui vengano recepiti, in parte o in tutto, gli argomenti portati dalle Sezioni semplici. Tanto più il dissenso sarà adeguatamente motivato, per mezzo dell'ordinanza di rimessione, tanto maggiori saranno le possibilità di ottenere la "svolta" giurisprudenziale. La rimessione obbligatoria contribuisce al rafforzamento ovvero alla creazione del precedente.

[37] Cfr., Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in C.e.d. n. 273549.

In questo modo, la disciplina della legge n. 103 del 2017 può riuscire a contenere il sorgere dei contrasti giurisprudenziali all'interno della Corte di cassazione, attribuendo una maggiore stabilità alle decisioni delle Sezioni unite, facendo partecipare le Sezioni semplici alla crescita del diritto e allo sviluppo della giurisprudenza, nell'ambito di una procedura, interna alla Corte, che, attraverso il dialogo tra tutte le Sezioni, conduca all'emersione dialettica dell'interpretazione rilevante ai fini dello *jus constitutionis*.

8. Le prime applicazioni.

Il valore del meccanismo previsto dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. sembra sia stato immediatamente compreso dalle Sezioni semplici. Un esempio è offerto dalla ordinanza del 30 novembre 2017 della terza sezione penale, che ha rimesso alle Sezioni unite un ricorso avente ad oggetto il delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600-*ter*, comma 1, lett. 1, c.p., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico: la rimessione è stata giustificata, espressamente, dalla opportunità di superare un precedente del 2000 in cui le Sezioni unite avevano sostenuto che per l'integrazione del reato fosse necessario l'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico[38]. L'ordinanza ha motivato in modo articolato le ragioni per le quali questa interpretazione della norma penale andava superata, evidenziando come l'impostazione della sentenza del 2000 non trovasse più riscontro nel contesto normativo, anche a seguito della decisione quadro n. 68 del 22 dicembre 2003 e della legge n. 38 del 2006, attuativa di strumenti internazionali in materia: le Sezioni unite, recependo in gran parte le indicazioni contenute nell'ordinanza, hanno superato il loro stesso precedente, escludendo la necessità dell'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico.[39]

In un altro caso, la quarta sezione penale[40] ha utilizzato la rimessione ai sensi dell'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p. per superare il principio enunciato dalle Sezioni unite nel 1992, secondo cui, una volta ritenuta la continuazione tra più reati, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satellite non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che rilevi la qualità della pena prevista per i reati posti in continuazione[41]. Anche in questa occasione le Sezioni unite hanno modificato l'orientamento tradizionale affermando un principio innovativo secondo cui, recependo, seppure in parte, le sollecitazioni della quarta sezione, nel caso di continuazione tra reati puniti con pene eterogenee «l'aumento di pena per il reato satellite va comunque effettuato secondo il criterio della pena unitaria progressiva per moltiplicazione, rispettando tuttavia, per il principio di legalità della pena e del *favor rei*, il genere della pena previsto per il reato

[38] Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, in C.e.d. n. 216337.
[39] Sez. Un., 31 maggio 2018, n. 51815, in C.e.d. n. 274087.
[40] Sez. IV, ord. 20 marzo 2018, n. 16104, Giglia.
[41] Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 4901, Cardarilli, in C.e.d. n. 191129.

satellite, nel senso che l'aumento della pena detentiva del reato più grave andrà ragguagliato a pena pecuniaria ai sensi dell'art. 135 c.p.»[42].

Ancora, la terza sezione[43] ha rimesso la questione relativa alla necessità o meno di motivare il sequestro probatorio delle cose costituenti corpo di reato, rimessione funzionale al superamento del principio, non condiviso, espresso dalle Sezioni unite nel 2004[44]. In questo caso, le Sezioni unite hanno ribadito il principio messo in discussione, riaffermando la necessità di una adeguata motivazione[45].

Le vicende menzionate, oltre ad essere un esempio di come il nuovo sistema inizi a funzionare, dimostrano che le Sezioni semplici non subiscono limitazioni alla loro attività interpretativa, ma anzi possano contribuire allo sviluppo e al rinnovamento del diritto anche attraverso l'attivazione motivata della rimessione. Peraltro, l'esito dei primi due casi citati, sebbene non significativo statisticamente, tranquillizza sul funzionamento del sistema a precedente vincolante, in quanto nella specie è stato evitato il rischio di una limitazione indebita di un appropriato sviluppo del diritto, dal momento che le Sezioni unite hanno accolto le tesi delle Sezioni rimettenti aventi ad oggetto temi delicati e su cui vi erano state pronunce importanti, fino ad arrivare ad un coraggioso ripensamento sul tema della continuazione di reati con pene eterogenee, smentendo una giurisprudenza assolutamente consolidata. Resta scontato che le Sezioni unite hanno superato i loro precedenti avendo ravvisato serie ragioni e congrui motivi, alcuni indicati dalle ordinanze di rimessione: d'altra parte, se è vero che un rigido rispetto del precedente rischia di determinare un conformismo interpretativo, è anche vero che un precedente delle Sezioni unite, avendo comunque una grande autorevolezza ed importanza, deve essere messo in discussione solo in presenza di seri e argomentati motivi. Nel terzo esempio citato, le Sezioni unite non hanno ritenuto di superare il precedente sull'obbligo di motivazione del sequestro probatorio, ribadendo un orientamento consolidato, funzionale ad assicurare un giusto equilibrio tra la finalità processuale e il rapporto di proporzionalità della misura adottata.

9. Natura relativa della vincolatività del precedente.

Deve riconoscersi che le modifiche apportate all'art. 618 c.p.p. sono funzionali ad un potenziamento delle Sezioni unite: infatti, esse saranno chiamate più spesso ad intervenire per risolvere contrasti interpretativi e, soprattutto, le pronunce emesse sono destinate ad acquistare una maggiore stabilità, per effetto del meccanismo della rimessione "obbligatoria". Il legislatore del 2017 si è mosso nella direzione di una valorizzazione della vocazione nomofilattica della Corte di cassazione. In ogni caso, il funzionamento del sistema ispirato al principio del precedente dipenderà dalla concreta applicazione che verrà data alla disposizione sull'obbligo di rimessione delle questioni

[42] Sez. Un., 21 giugno 2018, n. 40983, Giglia, in C.e.d. n. 273751.
[43] Sez. III, ord. 1 dicembre 2017, n. 3677, Botticelli.
[44] Sez. Un., 28 gennaio2004, n. 5876, Ferazzi, in *Dir. e giust*., 2004, n. 11, 24.
[45] Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in C.e.d. n. 273549.

alle Sezioni unite. L'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. ha una funzione conformativa, perché costringe le Sezioni semplici a confrontarsi continuamente con la giurisprudenza delle Sezioni unite, che può essere superata solo aprendo un "dialogo" con queste ultime, attraverso il procedimento di devoluzione della questione.

Peraltro, i benefici che possono derivare in termini di certezza del diritto non sono confinati nell'ambito della Corte di cassazione, ma sono destinati ad estendersi anche nella giurisdizione di merito, che potrà confrontarsi con una giurisprudenza di legittimità in grado, rispetto al passato, di assicurare meglio l'uniformità e la stabilità della giurisprudenza nella misura in cui risulta recuperata la funzione nomofilattica.

La disciplina introdotta con la novella dell'art. 618 c.p.p. delinea un sistema basato su un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa, che nel porre al centro il ruolo delle Sezioni unite, riconosce all'intera Corte di cassazione la vocazione naturale di fare nomofilachia, sul presupposto, tutto da verificare, che i giudici di cassazione sappiano nutrirsi della "cultura del precedente"[46].

10. Precedente vincolante e conseguenze dei mutamenti giurisprudenziali.

Se si ritiene che questa riforma abbia posto le basi verso un sistema del precedente, seppure inteso in senso relativo ovvero *light*, allora assume un certo rilievo il tema del c.d. *prospective overruling*. Invero, sebbene il tema non sia necessariamente connesso al "precedente vincolante", tuttavia con esso acquista una spiccata rilevanza: infatti, nella misura in cui le pronunce delle Sezioni unite diventano ancor più autorevoli e importanti per effetto del vincolo, si pone il problema di cosa succeda ogni qual volta la sentenza delle Sezioni unite attui una svolta giurisprudenziale. In altri termini, più un sistema tende ad assicurare maggiore uniformità alla giurisprudenza, più il mutamento giurisprudenziale finisce per "avvicinarsi" ad una modifica legislativa, con tutte le incongruenze che possono verificarsi. Da un lato, il sistema del precedente vincolante è funzionale ad assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, quindi, ad offrire al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze delle libere scelte di azione; dall'altro, ogni mutamento di giurisprudenza – quantomeno se intervenuto su temi sostanziali – mette potenzialmente in crisi l'affidamento del cittadino che abbia posto in essere l'azione prima dell'*overruling* confidando in una certa reazione del diritto. Infatti,

[46] Su valore del precedente in materia penale v., A CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale – Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 1999; dello stesso A., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice pen.*, 2014, p. 26 s. Nonché, G. FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Padova, 2002; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, 305 ss.; inoltre, V. MANES, *Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in Studi in onore di M. Ronco, Torino, 2017, 151; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente2: appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, 2222 s.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale,* in *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, Edizioni scient. it., 2016, 213 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale,* in *Cassazione e legalità penale* (a cura di Cadoppi), Dike, 2017, 77, s.

la nuova regola indicata dalla decisione troverà applicazione non solo nel futuro, ma anche rispetto a quelle condotte già realizzate.

Insomma, si tratta di capire se siano praticabili soluzioni in base alle quali la svolta giurisprudenziale possa operare solo per il futuro in tutti quei casi in cui l'*overruling* determini effetti *contra reum*. Peraltro, ulteriori problemi derivano anche dai mutamenti di giurisprudenza *pro reo*, in particolare sulla attitudine degli *overruling* favorevoli ad avere effetti sul giudicato di condanna.

Il tema è complesso, in quanto coinvolge il dibattito sulla natura della giurisprudenza quale fonte creatrice del diritto e sul rapporto concorrenziale tra legge e decisione giudiziaria, sicché in questa sede può solo essere accennato, limitandosi a dare conto di come la Corte di cassazione penale lo stia affrontando[47].

Nel 2010 le Sezioni unite hanno ritenuto, tra l'altro, che la svolta giurisprudenziale autorevole, a situazione di fatto invariata, costituisce *ius novum* sostanzialmente equiparabile ad una modifica legislativa[48]. Si è trattato di una decisione particolarmente innovativa, che ha posto a base del suo ragionamento la necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona, in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corte europea dei diritti dell'uomo, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale[49].

Nello stesso periodo le Sezioni unite civili si sono assestate su posizioni di maggior cautela, in quanto, pur riconoscendo effetti processuali all'*overruling*, si sono basate sulla natura dichiarativa del precedente giudiziario, di cui non hanno riconosciuto la dimensione creativa[50].

Tuttavia, lo slancio in avanti delle Sezioni unite penali nel 2010 ha subito una battuta di arresto a seguito dell'intervento della Corte costituzionale che, con la decisione n. 230 del 2012, ha perentoriamente escluso ogni possibilità di accostamento tra legge e giurisprudenza e, richiamandosi agli artt. 25 e 101 Cost., ha negato che il diritto vivente abbia una funzione equiparabile a quella della legge. Nel caso di specie la Corte costituzionale ha ritenuto la non fondatezza della questione di legittimità

---

[47] Nella dottrina penalistica, sul tema dell'*overruling*, v., A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 325 s.; S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso* (a cura di Vincenti), Padova, 2000, 239 s.; M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, 633 s.; A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una nuova frontiera del processo di europeizzazione del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2202 s.; M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di cassazione*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, (a cura di Cocco), Padova, 2005, 181 s.

[48] Sez. Un., 21 ottobre 2010, n. 18288, Beschi, in C.e.d. n. 246651, secondo cui il mutamento di giurisprudenza ad opera delle Sezioni unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata.

[49] Tra le tante cfr., Corte Edu, 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia; Corte EDU (Grande Camera) 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna; Corte EDU (Grande Camera) 12 febbraio 2018, Kafkaris c. Cipro.

[50] Sez. Un civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, 12, 3343, con nota di R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*.

costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità di revoca del giudicato per effetto del mutamento di giurisprudenza operato con una pronuncia delle Sezioni unite che aveva escluso la rilevanza penale di condotte in precedenza ritenute costituenti reato.

Recentemente la Seconda sezione della Corte di cassazione di fronte all'*overruling pro reo* operato dalle Sezioni unite con la decisione Paternò in materia di misure di prevenzione, che ha escluso la configurabilità del reato previsto dall'art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 per le violazioni delle generiche prescrizioni imposte con la misura della sorveglianza speciale relative all'*honeste vivere* e al rispetto delle leggi dello stato[51], ha fatto rigorosa applicazione dei principi affermati dalla sentenza costituzionale n. 230 del 2012, riconoscendo che il mutamento giurisprudenziale con cui le Sezioni unite Paternò hanno, di fatto, decretato l'abrogazione giurisprudenziale della norma penale, limitatamente alle violazioni delle prescrizioni generiche, non è in grado di incidere sul giudicato delle sentenze di condanna già pronunciate, in quanto, non possedendo i caratteri propri della legge, non è idoneo ad esplicare effetti abrogativi equiparabili agli interventi legislativi ovvero delle sentenze costituzionali sui reati. Conseguentemente è stata sollevata questione di costituzionalità dell'art. 75 cit., ritenuto in contrasto con gli artt. 25 e 117 Cost. nonché con l'art. 7 Cedu, nella parte in cui punisce le condotte violative dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi[52], questione che è stata accolta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 25 del 2019[53]. Con questa decisione il Giudice delle leggi ha ribadito come il mutamento di giurisprudenza – in particolare di legittimità – quando statuisce, superando un precedente orientamento interpretativo, che una determinata condotta non sia da ritenere penalmente rilevante è fenomeno diverso dall'*abolitio criminis*, sia che derivi da *ius superveniens* sia che sia l'effetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale, precisando che «in un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato».

La Corte costituzionale, prima con la sentenza n. 230 del 2012, poi con la recente decisione n. 23 del 2019, ha operato una definita chiusura rispetto al riconoscimento dell'*overruling* giurisprudenziale favorevole, negando ad esso la capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata* e così valorizzando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti, in quanto viene riaffermato che l'attività interpretativa del giudice, anche se si manifesta nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, è idonea a perimetrare i confini della fattispecie penale

[51] Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in *Giur. it*, 2018, 432 ss.

[52] Sez. II, ord. 11 ottobre 2017, n. 49194, Sorresso.

[53] La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, commi 1 e 2, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante, ma resta comunque un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo.

Presenta profili in parte diversi il tema dell'irretroattività del *revirement* giurisprudenziale sfavorevole[54].

Invero, le problematiche connesse al *prospective overruling* sono state affrontate in qualche decisione della Corte di cassazione civile su tematiche processuali, in cui si è avvertita l'esigenza di evitare che il mutamento di giurisprudenza possa arrecare un pregiudizio al diritto di difesa della parte che abbia fatto affidamento su un preesistente diritto vivente[55], mentre la Cassazione penale, dopo l'introduzione dell'art. 618, comma 1-*bis*, non ha avuto modo di confrontarsi seriamente con il tema.

In realtà, l'argomento si è riproposto nella già menzionata sentenza n. 51815 del 2018 in cui le Sezioni unite, chiamate a risolvere il quesito sulla necessità di accertare il pericolo di diffusione del materiale pedopornografico ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-*ter*, comma 1, n. 1, c.p., hanno risposto in termini negativi, in questo modo superando un orientamento precedente espresso dalle stesse Sezioni nel 2000[56] e così ampliando il campo applicativo del reato connesso a condotte di produzione di materiale pedopornografico[57]. In questo caso però i giudici hanno escluso che si trattasse di un *overruling in malam partem* in base alla considerazione che il pericolo di diffusione del materiale pornografico realizzato utilizzando minorenni deve ritenersi generalizzato e facilitato dai moderni sistemi di tecnologia informatica applicata, con la conseguenza che «*l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale*».

Quindi, le Sezioni unite si sono poste il problema dell'*overruling*, ma lo hanno risolto in termini negativi nel momento in cui hanno ritenuto che la diversa interpretazione della norma penale fosse la conseguenza del mutato "quadro sociale e tecnologico", in cui la riproducibilità e trasmissibilità di immagini e video, a differenza di quanto accadeva all'epoca della precedente decisione del 2000, può seguire immediatamente la stessa produzione per mezzo dell'uso di cellulari, *smartphone*, *tablet* e *computer* dotati di fotocamere e connessione ad *Internet*. Peraltro, le Sezioni unite non

---

[54] A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 327 ss.

[55] La già citata Sez. Un. Civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in Ce.d. n. 617905, ha affermato che per potersi parlare di *prospective overruling*, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto *overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.; in senso conforme, Sez. lav., 27 dicembre 2011, n. 28967, in C.e.d. n. 620029; Sez. lav., 11 marzo 2013, n. 5962, in C.e.d. n. 625840; inoltre cfr., Sez. Un. Civ. 6 novembre 2014, n. 23675, in C.e.d. n. 632844. Recentemente è stata rimessa alle Sezioni unite civili una questione con cui si chiede di estendere il concetto di *prospective overruling* anche alla legge sostanziale (Sez. I civ., ord., 2 agosto 2018, n. 20472).

[56] Sez. Un., 31 maggio 2000, Bove, in C.e.d. n. 216337.

[57] Sez. Un., 31 maggio 2018. n. 51815, M.

hanno mancato di richiamare la sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale, lì dove ha rilevato che, nonostante l'orientamento della Corte di Strasburgo, il cosiddetto diritto vivente non può avere la stessa funzione della legge[58].

In ogni caso, il semplice fatto che nella sentenza n. 51815 del 2018 si sia comunque accennato al tema dell'*overruling* consente di ritenere che le problematiche e le conseguenti soluzioni attinenti agli effetti dei mutamenti di giurisprudenza *in malam partem* siano comunque oggetto di riflessione.

Le soluzioni prospettate nel dibattito dottrinale, originato soprattutto dalle spinte della giurisprudenza europea[59], sono – a prescindere della (rilevanti) implicazioni costituzionali – sostanzialmente due: a) l'accoglimento del *prospective overruling* con la previsione che la sentenza con cui le Sezioni unite mutano la precedente giurisprudenza debba contenere una sorta di clausola che limiti solo al futuro gli effetti dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, in questo modo estendendo di fatto l'operatività dell'art. 2 c.p.[60]; b) il ricorso all'art. 5 c.p., così come interpretato dalla sentenza costituzionale n. 364 del 1988, sulla scusante dell'*ignorantia legis* inevitabile[61].

Soluzioni, queste, che, naturalmente, hanno come sfondo le complesse questioni poste dalla "nuova" legalità: all'approfondimento di tali questioni è dedicato il seminario[62] alla cui preparazione sono destinati gli appunti per la discussione qui proposti.

---

[58] Del resto, anche Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 40986, Pittalà, in C.e.d. n.273940 ha richiamato la sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale, sottolineando il peculiare valore rivestito, rispetto alla materia penale, dalla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

[59] Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 98 s.

[60] Su questa opzione insiste A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 323.

[61] Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, il quale sottolinea l'opportunità di un ricorso maggiore, da parte della giurisprudenza, all'art. 5 c.p., anche come risposta alle conseguenze dei mutamenti di giurisprudenza.

[62] Cfr. il contributo di Roberto BARTOLI, *La garanzie della "nuova" legalità*.

3/2020

L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE È UGUALE PER TUTTI? (*)

di Francesco Petrelli

L'esigenza di stabilità del sistema giudiziario che ha prodotto il nuovo modello di vincolatività del precedente, non solo modifica in maniera imprevedibile gli equilibri interni dell'ordinamento, ma entra anche in tensione con molti dei dispositivi che il principio di legalità aveva costruito a tutela del destinatario della norma, con il rischio che il nuovo sistema anziché risolvere i problemi della instabilità della interpretazione della legge ne produca di più complessi, non solo lasciando il cittadino esposto al problema della incertezza del comando e della imprevedibilità degli esiti dei processi che la crisi della norma aveva già prodotto, ma creando nuove diseguaglianze e nuovi conflitti.

SOMMARIO: 1. Genealogie e Antinomie – 2. La cultura del precedente fra gerarchia e burocrazia – 3. Procedure & democrazia – 4. Interpretazione della norma e prevedibilità delle decisioni: definire il precedente e selezionare i principi – 5. L'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.: debolezze e contraddizioni del nuovo sistema – 6. Giustiziabilità del mancato adeguamento delle sezioni semplici della Corte e legittimazione del nuovo modello.

1. Genealogie e antinomie.

Erosa da una progressiva squalificazione e da una crescente deresponsabilizzazione del Legislatore, l'immagine stessa della Legge astratta risulta oggi indiscutibilmente indebolita. Ovvio che gli spazi lasciati aperti dal declino del dato normativo siano occupati dal giudice. Parafrasando la trilogia di Italo Calvino, si profila quasi inevitabilmente il ruolo di un interprete "rampante" di fronte ad un principio di legalità "dimezzato" e, considerata la progressiva indifferenza del sistema nei confronti dei diritti e delle garanzie dell'accusato, ad un destinatario "inesistente".

La ricerca di una "nuova legalità" diviene quindi il punto di congiunzione di diverse aspirazioni fra le quali si fa strada proprio la necessità di conferire un nuovo ordine alla elaborazione ed alla razionalizzazione dei principi posti a presidio dei diritti

(*) Questo breve scritto (che non a caso ha per titolo una domanda) non è altro che lo sviluppo degli appunti presi durante le interessanti conversazioni che si sono svolte sotto la direzione del prof. Palazzo nel corso degli incontri del gruppo di studio sul tema della "nuova legalità" ed incrocia pertanto con le proprie argomentazioni tutti e tre i diversi "blocchi tematici" attraverso i quali si è andata sviluppando la ricerca, mutuando – sia pure in maniera sommaria – molte delle tematiche sviluppate dai diversi relatori, delle cui approfondite elaborazioni resta evidentemente debitore.

e delle garanzie del destinatario del precetto, una volta che si sia riconosciuto al precedente un diverso ruolo nel sistema delle fonti.

Quello che infatti si viene a configurare è un contesto fenomenologico cui manca ancora la radice fondante di un *nomos*. E quello che ne deriva è pertanto un organismo costitutivamente instabile che vive senza radici immerso nella linfa di una non ancora definita "*cultura del precedente*", e che cerca quindi inevitabilmente, non solo nuovi equilibri, ma anche nuove regole cui ancorarsi.

Fra queste si collocano evidentemente le regole che disegnano, all'interno del nostro ordinamento processuale, una qualche vincolatività, più o meno estesa, dei precedenti giurisprudenziali.

Non si tratta di un fenomeno recente. Sotto un profilo genealogico, la riforma del 618 c.p.p. vanta infatti origini remote, tanto nobili quanto controverse. Già presente nel progetto definitivo del codice del 1988, l'ipotesi di una vincolatività "relativa" delle decisioni delle sezioni unite[1] venne scartata in quanto ritenuta pericolosamente erosiva della riserva di legge espressa dall'art. 25 comma 2 e del principio espresso dall'art. 101 comma 2 Cost., secondo il quale i giudici sono soggetti solo alla legge[2].

Una analoga previsione era poi contenuta nel progetto elaborato nel 2006 dalla *Commissione per la riforma del codice di procedura penale*, presieduta da Giuseppe Riccio[3], ed era stata ripresa ancora una volta nel 2013 dalla *Commissione sul processo penale*, presieduta da Giovanni Canzio. Quest'ultima elaborazione è stata infine accolta – non senza destare ulteriori perplessità[4] – nell'ambito della riforma approdata nella legge n. 103 del 2017 (cd. *Riforma Orlando*) che, mutuando la formula dalla analoga previsione nel frattempo introdotta nel processo civile, ha introdotto il principio anche nell'ordinamento processuale penale.

Deve, infatti, in proposito ricordarsi come nell'ambito del processo civile, già nel 2006, erano state introdotte norme che vincolavano, in funzione dichiaratamente nomofilattica, le sezioni semplici ad uniformarsi ai principi espressi dalle sezioni unite[5], prevedendo al tempo stesso per il ricorrente una sanzione di inammissibilità ove il

---

[1] *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in GU, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 200. Il testo originario dell'art. 610-*bis* del progetto di riforma stabiliva che le sezioni semplici dovevano uniformare "le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto" e dovevano altresì rimettere, in caso contrario, "il ricorso alle sezioni unite esprimendo le ragioni del dissenso".

[2] Sul punto, inevitabile il riferimento alla Corte cost., sent. 230/2012 ove si afferma che la distinzione qualificante dei sistemi di *civil law* sta proprio nel fatto che fra la legge e il giudice non si frappongono "precedenti vincolanti".

[3] G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018.

[4] A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giudiziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali,* in E.M. Ambrosetti, (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, Torino 2017.

[5] Il d.lgs. n. 40 del 2006, *Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica,* era complessivamente volto ad implementare il ruolo della cassazione quale giudice dello *jus constituzionis*.

ricorso avesse inteso disattendere quei medesimi principi fatti propri dalla decisione di merito[6].

Il "cuneo" della riforma della cassazione civile ha avuto il suo effetto aprendo il varco a quella del settore penale[7], superando ogni obbiezione circa la diversa portata che l'interpretazione della norma possiede all'interno di un sistema penale continentale, rispetto quella che connota il processo civile.

Anche ammettendo che si tratti di una riforma che introduce un "modello debole"[8] o "*soft*"[9] di precedente, volta ad incidere (per ora) solo sulle dinamiche interne alla corte di legittimità, la svolta operata dal legislatore sotto la spinta autorevole di importanti settori della magistratura e dell'accademia, ha indotto inevitabilmente a disseppellire, per così dire, l'a*scia di guerra* delle opinioni dissenzienti[10] ed a sviluppare nuove riflessioni sul rapporto intercorrente fra il giudice e la legge ovvero fra il giudice ed i principi elaborati e selezionati dalla giurisprudenza di legittimità.

Il timore di una ulteriore erosione del principio della soggezione del giudice alla (sola) legge – così come recita l'art. 101 Cost. – esce infatti inevitabilmente rafforzato da tale introduzione ponendo nuovamente al centro del conflitto scelte di fondo che riguardano l'assetto costituzionale della giurisdizione[11] e che difficilmente potranno

---

[6] L'art. 360-*bis* c.p.c., introdotto con Legge 18 giugno 2009 n. 69, prevede infatti che il ricorso è inammissibile "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa".

[7] Si consideri che anche il nuovo comma 1-*ter* del riformato art. 618 c.p.p. riproduce quasi interamente l'istituto introdotto nel processo civile con l'art. 4 del d.lgs. n. 40 del 2006, che ha modificato l'art. 363 c.p.c., che disciplinava il "ricorso nell'interesse della legge", già oggetto di numerose "novelle". Con il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p. si dispone che il principio di diritto possa essere enunciato, anche d'ufficio, anche quando il ricorso è "dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta", con il fine evidente di intensificare e valorizzare il ruolo nomofilattico delle pronunce della cassazione. Si veda, M. BARGIS, *Ricorso per cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge* ex *art. 363, comma 3 c.p.c.: un istituto esportabile in sede penale a fini nomofilattici,* in *Cass. pen*., 2013, p 119.

[8] "Nel loro insieme queste disposizioni realizzano appunto una forma "debole" del principio dello *stare decisis* – "debole" nel senso che non si arriva ad un vero e proprio sistema di *binding precedent* – ma in tal modo il nostro ordinamento si avvicina a quelli di *common law* perché comunque il precedente, pur sempre non vincolante, viene presidiato con misure processuali (…) dirette a favorire l'attività nomofilattica della corte di cassazione", G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, Relazione al Convegno *L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, a cura della Struttura decentrata della Corte di Cassazione, 12 aprile 2017, p. 9.

[9] Il termine è ripreso da G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 17.

[10] Cfr. F. PALAZZO – F. VIGANÒ, *Diritto penale, una conversazione*, il Mulino, Bologna 2018, p. 75 ss.; nonché, C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale verso l'autonomia dalla Costituzione,* in *Giur. it,* 2017, p. 2300, ss.

[11] «Secondo l'interpretazione prevalente, nell'assoggettare il giudice alla legge, l'art. 101, comma 2, Cost., usa il termine legge come sinonimo di diritto, comprensivo dell'elaborazione giurisprudenziale. Il vincolo del precedente imporrebbe, comunque, al giudice di decidere secondo un parametro preesistente che il giudicante trova e non crea. Nel secondo caso l'epilogo è ancora più grave e illiberale, perché il giudice imbocca la strada del diritto libero, ossia arbitrariamente creato ex post»: F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa 2019, p. 54.

essere tacitate facendo ricorso agli argomenti offerti da una risalente giurisprudenza costituzionale[12].

Aveva, infatti, affermato nell'oramai lontano 1970 il giudice delle leggi che il vincolo previsto per il giudice del rinvio di sottostare al principio di diritto formulato dalla Corte di cassazione non poteva costituire una violazione dell'art. 101 comma 2 Cost., in quanto "*la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza*"[13].

È, tuttavia, agevole rilevare come il giudice delle leggi, al fine di argomentare tale assunto, aveva dovuto riconoscere al giudizio di cassazione la natura di "processo di impugnazione", ammettendo che quel "vincolo" imposto dal principio di diritto valeva nei confronti del giudice del rinvio solo in quanto la decisione dei giudici di legittimità era stata "*emessa nella stessa causa*"[14].

Difficile, dunque, ripetere l'argomento applicandolo alle decisioni formulate dalla Corte Suprema – sia pure riunita nel suo più alto consesso - con riferimento a casi distinti e in occasioni remote, sancendone la vincolatività anche alla universalità dei giudizi di legittimità.

2. La cultura del precedente fra gerarchia e burocrazia.

A prescindere, tuttavia, dall'opinione che si possa avere in ordine agli esiti di un simile sviluppo, non vi è dubbio che quello realizzato con la recente riforma sia un passaggio ulteriore verso nuove forme di legalità.

Vale dunque la pena di interrogarsi, non solo sulla genesi del fenomeno e sulla compatibilità dei suoi eventuali sviluppi con i principi della nostra Costituzione, quanto sulle inevitabili implicazioni che già da ora una simile riforma possiede in termini di qualità della giurisdizione e di equilibrio del sistema processuale penale che ne discende,

---

[12] Estesa dalle sezioni semplici ai giudici di merito, la vincolatività delle decisioni delle Sezioni Unite (con un conseguente obbligo di rimessione in caso di disaccordo) la regola del "precedente" entrerebbe in evidente conflitto con il principio di legalità, con la riserva di legge e con il principio di soggezione del giudice alla legge, dovendo questo giudicare in base, non alle norme stesse, ma a norme interpretate secondo i principi dettati dalle sezioni unite.

[13] Corte cost. Sent. 2 aprile 1970, n. 50, in *Sentenze e Ordinanze della Corte Costituzionale – Suppl. Giur. cost,* Anno IX, 1970, p. 208 ss.; si legge nella motivazione della sentenza che "l'evoluzione costante del processo di cassazione in origine costituito per … una pronuncia data all'infuori di ogni interesse di parte e di qualsiasi riferimento a un caso concreto" avrebbe condotto successivamente ad una "configurazione del processo di cassazione come processo di impugnazione. Ma ogni processo di impugnazione riceve limiti da ciò che alle parti è consentito di destinare ad un riesame e dà limiti ai giudici che hanno competenza a pronunciarsi nel prosieguo della causa: la norma denunziata si è adeguata a queste regole fondamentali. Le quali, men che porre impedimento al formarsi di una libera convinzione del giudice, regolano il formarsi di tale convinzione secondo scelte che rientrano indiscutibilmente nella competenza della legge", cit., p. 211-212.

[14] Operando "il vincolo che la sentenza di cassazione determina (…) con effetto limitato alla causa"; Corte cost, cit., p. 210.

valutando in che misura esso consenta una effettiva tutela del principio del *nullum crimen* in termini di "prevedibilità" delle conseguenze processuali e sostanziali per il singolo imputato[15].

Come, tuttavia, vedremo, al di là della soluzione dei singoli problemi e delle più o meno ottimistiche prospettive che si possano elaborare in proposito, resta da sottolineare il pericolo che la nuova organizzazione fondata sulla elaborazione di una sia pur parziale vincolatività del precedente, piuttosto che rimuovere gli ostacoli che si frapponevano ad un razionale sviluppo della funzione nomofilattica della corte suprema, li abbia solo dislocati altrove, generando piuttosto nuovi problemi per l'equilibrio e la stabilità del modello e per la tenuta garantista dell'intero sistema[16].

Quello che certamente può essere rappresentato nell'ambito di questa nostra comune ricerca è che nessuna delle forme della produzione dei principi e di selezione del precedente (organizzazione degli uffici della cassazione, regolamentazione e funzionamento del Massimario, selezione dei giudici componenti le sezioni unite e rapporti fra sezioni), potranno risultare immutati a seguito della modifica legislativa della vincolatività del precedente.

Un possibile sbocco della evoluzione normativa sembra essere, accanto a quello della regolamentazione dell'opera di "razionalizzazione" del sistema delle leggi penali per via di interpretazione adeguatrice da parte del giudice, quello volto ad una "canalizzazione ordinatrice" degli esiti di tale attività.

Il sistema che ne deriva tende ad introdurre un bilanciamento, ovvero una nuova dislocazione dei poteri interpretativi, attraverso una forma di "gerarchizzazione" delle interpretazioni[17] che vede il vertice della piramide nelle decisioni delle sezioni unite, alle

---

[15] La questione della "prevedibilità", investe non solo l'art. 25 Cost. e l'art. 7 CEDU, ma – come è stato opportunamente ricordato – anche l'art. 3 Cost., determinandosi in ogni caso di imprevedibilità degli esiti del processo una lesione del principio di uguaglianza. L'analisi del principio di "prevedibilità" tende a svilupparsi in chiave oggettiva ed in termini di "sistema", guardando piuttosto alla coerenza ed alla semplificazione del lavoro della giurisdizione di legittimità come valore intrinseco, dimenticando i possibili riflessi negativi sulla tutela della persona, come invece invita a fare la giurisprudenza convenzionale; cfr., sul punto, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, successivamente pubblicato nel volume, *La crisi della legalità, Il "sistema vivente delle fonti penali"*, ESI, Napoli 2016, p.10 ss.

[16] Interessante, in tal senso, Il lavoro svolto dalla Corte Suprema con il suo *Questionario sul Precedente giudiziario*, rivolto alle diverse corti europee, con il quale si pongono in sede internazionale i quesiti: se "il principio di diritto affermato in Corte Suprema, in particolare in materia penale e processuale penale, è vincolante in altri processi"; "se il principio di diritto è vincolante, quali sono le forme necessarie per sottoporlo a verifica ed eventualmente superarlo"; "in caso di efficacia vincolante del principio di diritto, quali sono i limiti di tale vincolo? Ad esempio una successiva modifica parziale della disciplina legislativa, esclude qualunque efficacia vincolante del principio di diritto affermato dalla Corte Suprema" (*Struttura di Formazione decentrata della Corte di Cassazione*, Roma 2018, p. 6).

[17] L'ipotesi di una reale "gerarchizzazione" delle fonti giurisprudenziali attuata attraverso l'introduzione del comma 2-*bis* dell'art. 618, viene respinta, adottando piuttosto termini neutri quali "verticalità"; sul punto, si veda ancora G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 16: "l'obbligatorietà della rimessione non deve essere intesa come una limitazione all'interpretazione ovvero come un meccanismo burocratico con connotazioni gerarchiche, bensì come un momento di dialogo paritario tra sezioni della corte di cassazione nella costruzione, condivisa, del precedente"; cfr., sul punto,

quali ogni sezione semplice deve rivolgersi, nel caso in cui stimi di potersi discostare[18], in una singola materia oggetto di ricorso, dai princìpi per essa affermati dalle Sezioni Unite medesime.

Sebbene l'idea che si sia introdotta con la riforma una vera e propria "gerarchizzazione" dei giudizi non sia affatto condivisa, rilevandosi come il concetto stesso di "gerarchia" lavora sul livello "organizzativo" delle decisioni e non sui relativi contenuti[19], restano forti i dubbi che il meccanismo non coincida affatto con quello di "obbedienza" ideologica.

D'altronde non vi è dubbio che la sezione semplice trasmette gli atti solo dopo avere raggiunto un convincimento difforme e dunque dopo aver sostanzialmente "deciso" il ricorso. Preso atto di non poter dare corso ad una decisione "ribelle", i giudici di legittimità potranno pur motivare la loro idea dissenziente, ma di fatto vedono la loro libertà di giudizio coattivamente limitata e canalizzata dalla nuova regola.

Se pertanto secondo alcuni il "vincolo gerarchico" in questione non colliderebbe affatto, se collocato in una sana chiave dialogica e progressiva, con quello di condivisione dei relativi passaggi comunicativi, occorre rilevare realisticamente come il comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. ponga in maniera inequivoca un vincolo di natura "ascendente" che sottrae in ogni caso alle sezioni semplici la possibilità di decidere direttamente il ricorso in dissonanza dai principi eventualmente espressi dalle sezioni unite.

Vi è, dunque, da dubitare che il vincolo, per quel che concerne il giudizio di legittimità, possa essere definito "relativo", e "non assoluto"[20], solo perché nel rimettere la questione al più alto consesso i giudici della sezione semplice potrebbero indurre quest'ultimo ad una "svolta" giurisprudenziale, poiché in tal caso si confondono i possibili esiti "dialogici" del percorso gerarchico con la sua inderogabile natura organizzativa[21].

---

anche C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale verso l'autonomia dalla Costituzione?*, cit., secondo il quale la riforma ha assegnato alle Sezioni Unite un ruolo di "vertice" in senso "gerarchico"; di un ruolo gerarchico "piramidale" parla anche L. LUDOVICI, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. Riforma Orlando*, in G.M. Baccari – C. Bozano – K. La Regina – E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, CEDAM, Padova 2017, p. 445.

[18] Se da un lato l'indicativo "rimette" non lascia dubbi "circa la natura obbligatoria della disposizione"; M.M. MONACO, *Parola alla difesa*, 16 giugno 2017, c'è da chiedersi come e quando sorga il dovere di rimettere gli atti alle Sezioni Unite data l'esistenza, al di là della emersione di più evidenti contrasti, di vaste zone di incertezza.

[19] Valorizzerebbe la natura meramente organizzativa della rimessione la giurisprudenza che individua nelle relative ordinanze atti di natura amministrativa e non giurisdizionale (Sez. Un. 21 settembre 2000, n. 17, *Primavera*, in CED, n. 216668; nonché Sez. Un. 25 ottobre 2002, n. 41476, *Misiano,* in *Dir. pen. proc*., 2006, p. 44; vi è da chiedersi, tuttavia, se la nuova funzione "propulsiva" di tali atti, volti a concorrere alla formazione di un nuovo principio, sia destinata a mutare tale giurisprudenza.

[20] G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 16.

[21] Di un "quasi monopolio" interpretativo parla R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'applicazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in A. Marandola – T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Roma 2017, p. 281.

Ovviamente questa "razionalizzazione" può avvenire solo ai vertici, regolando l'attività dei giudici di legittimità ed a tale opera, nella stessa visione progressiva, dovrebbe concorrere anche l'avvocatura attraverso la produzione di proposte di superamento/spostamento dei principi elaborati dalle Sezioni Unite, le quali, se accolte dalle singole sezioni verrebbero direttamente "trasferite" alle Sezioni Unite, con una ulteriore contaminazione e apertura del sistema a contributi esterni.

Tuttavia, anche questa prospettiva positiva dell'evoluzione in chiave stabilizzatrice delle giurisprudenze di legittimità e di consolidamento delle virtù nomofilattiche del sistema, si espone ad alcuni sviluppi problematici.

Occorrerà in altri termini verificare se la "cultura del precedente" riuscirà a prevalere sul possibile sviluppo di una paventata "burocrazia del precedente".

3. Procedure & democrazia.

Ci ha ricordato di recente Sabino Cassese che la democrazia è sostanzialmente "procedura". E tanto questo è vero che possiamo anche dire che le procedure manifestano e compiono la democrazia anche nel processo. Non solo perché esse sono il fondamentale strumento (e al tempo stesso la manifestazione) della legalità processuale, ma anche perché rappresentano esemplarmente la "regola" che governa tutti i percorsi decisionali all'interno di uno stato di diritto e di una democrazia parlamentare e fra tutti in particolare quello della formazione della legge.

Fondamentale, dunque, che in uno *stato di diritto* le procedure rispettino i valori fondanti della Costituzione e che gli interessi contrapposti trovino nella legge un razionale bilanciamento. Sta proprio in questo necessario equilibrio la natura garantistica, democratica e liberale del processo.

La procedura consente alla legge, in uno stato di diritto, di essere tale, sottraendola all'arbitrio e costituendo limite e misura anche per chi la produce. La stessa "sovranità" del Popolo trova un limite nella "super-legge" costituzionale.

La procedura è tuttavia un valore del tutto indipendente rispetto alla qualità. Non garantisce affatto che il prodotto (processuale o parlamentare) sia qualitativamente "alto", dotato di funzionalità e di razionalità: così come è stato scritto, ci sarebbe per questa ragione da dubitare "*che il nostro legislatore si lasci guidare da una razionalità anche minima*" sicché si può solo sperare che a "*riportare un minimo di razionalità nel sistema dovranno essere, verosimilmente, ancora una volta i giudici*"[22].

Dalla constatazione del valore scadente del soggetto "*nomopoietico*", discenderebbe, dunque, che debba essere il giudice-legislatore a ri-portare virtuosamente razionalità nel sistema[23]. Tuttavia, una simile, opzione per quanto

---

[22] F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, p. 15; citato da C. PAONESSA – L. ZILLETTI (a cura di), *Dal Giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, atti del Convegno UCPI, Pisa 2016.

[23] La constatazione del progressivo deterioramento del sistema politico-legislativo, così come delle derive e delle prassi distorsive maturate all'interno del processo penale, non dovrebbe consentire di impostare le

razionale, rischia di produrre altrettanti scompensi: se ogni giudice "riporta" la "propria razionalità" nel sistema delle leggi, non avremo semplici interpretazioni applicative della norma, ma – al di là dei non trascurabili profili di "legittimazione" politica di questo genere di fonte - un numero illimitato di "sistemi", con una consequenziale "imprevedibilità degli esiti del giudizio, ed ancor prima, una sostanziale impossibilità di conoscere anticipatamente i limiti stessi dell'illecito.

In fin dei conti il fatto che il legislatore non riesca a produrre norme sufficientemente chiare e fattispecie capaci di orientare stabilmente il destinatario non giustificherebbe la introduzione di un sistema che semplicemente sposti sul giudice (e dunque su molti giudici impegnati nel medesimo esercizio) una eguale drammatica insufficienza[24]: occorre, in altri termini evitare che si passi dall'illusione illuministica del valore della legge a quella, ancor più pericolosa, del valore giurisprudenziale del precedente, senza affatto risolvere i problemi del destinatario del precetto.

Un profilo, questo, che non può che essere collocato in una posizione centrale ai fini della ricerca dei nuovi equilibri del sistema. Come è stato più volte sottolineato in dottrina la "prevedibilità" costituisce infatti una delle nuove frontiere della legalità sostanziale[25] di fronte alla variabilità degli esiti interpretativi e degli ulteriori approdi della interpretazione creativa[26].

Di qui discende una suggestione. Si potrebbe infatti dire che la "giurisdizione" ha – in senso evoluzionistico – un "disegno": la "procedimentalizzazione dell'interpretazione" volta al fine di conferire all'attività di interpretazione una nuova razionalità che al tempo stesso sembra volerle conferire anche una diversa legittimazione. Se ciò che infatti segna l'agire del legislatore è la *proceduralizzazione* dell'*iter* normativo, si tratta proprio di fornire suggestivamente al "principio" ciò che manca all'opera del *jusdicente*, il quale altrimenti anche nei suoi più alti consessi rischia di fare e disfare pericolosamente l'interpretazione in maniera disordinata ed in concorrenza con altri cento *jusdicenti*.

---

riforme (che poi finiscono con incidere sui principi fondamentali del sistema penale, sostanziale e processuale), su quei dati prasseologici degenerativi come si trattasse di dati di fatto naturalistici e come tali insuperabili; sul punto, cfr. D. NEGRI, il quale, a proposito della ordinanza n. 163 del 2019 della C. cost., denuncia la "*fallacia naturalistica*" posta alla base del ragionamento *de jure condendo* formulato in quel caso dalla Corte; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, p. 3.

[24] Sulla natura storica ed assai risalente alle origini stesse della Corte di Cassazione unitaria, dei problemi che ancora oggi affliggono il giudizio di legittimità vedi, G. FIDELBO, *Il Precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, *Questione Giustizia*, *Una giustizia (im)prevedibile?*, n. 4/2018.

[25] F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, 4 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit.

[26] Si veda in proposito la assai complessa soluzione del caso *Contrada* e la lesione del principio del *nullum crimen*; F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, p. 173 ss.

Una volta che la creazione giurisprudenziale della norma sarà sottratta alla disordinata e spontanea forza creativa del singolo interprete e canalizzata all'interno di una "procedura", essa sarà equivalente alla "legge"[27].

La forma crea la norma. E quando il *jusdicente* si sarà piegato alla procedura e produrrà sentenze in forma di norme, si tratterà asseritamente di una legge qualitativamente migliore di quella prodotta dai Parlamenti[28] e, dunque, nella prospettiva progressiva, di una nuova legalità fondata sulla razionale selezione e stabilizzazione dei "principi giurisprudenziali" ed sul conseguente rafforzamento del "precedente"[29].

4. Interpretazione della norma e prevedibilità delle decisioni: definire il precedente e selezionare i principi.

L'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p., che rappresenta nel sistema penale l'elaborazione estrema di tale possibile nuovo "ordine", costituisce pertanto una novità ricca di sviluppi e di implicazioni sulla quale vale dunque la pena di tornare ancora con un nuovo sguardo[30].

In questo contesto assumono una nuova forma ed un diverso peso alcune ulteriori questioni niente affatto banali quali ad esempio la esatta decifrazione e definizione del concetto stesso di "principio". Difatti un sistema che valorizzi la stabilizzazione del principio di diritto, non può non porsi preliminarmente il problema di stabilire esattamente cosa sia un "principio".

In un'ottica genealogica definire il concetto di "principio" significa essenzialmente identificare quali siano i meccanismi che, nella realtà fenomenica, lo producono e che conseguentemente producono il "precedente". Ovvero individuare tutti quei procedimenti di natura normativa, giudiziaria e organizzativa, che di fatto consentono la formazione di quel dato fenomenico[31].

---

[27] C'è qui da chiedersi quali nuovi rapporti si vadano instaurando fra la legge "bassa", prodotta dalla politica, che ha una vincolatività *erga omnes*, essendovi soggetto anche colui che la produce (ed in questo sta appunto l'essenza dello stato di diritto), e questa differente legge "alta", prodotta con il contributo della giurisprudenza, che non vi soggiace in quanto il nuovo interprete può disapplicarla, cambiarla o combinarla diversamente.

[28] «Sul piano della pre-esistenza della regola, dunque, la riserva di legge e quella di diritto si equivalgono (…); non anche sotto il profilo del coefficiente di partecipazione democratica alla formazione del diritto penale. La legge, infatti, proviene da un organo – il Parlamento – caratterizzato da una legittimazione che promana direttamente dal corpo sociale, in quanto comunità degli elettori, il diritto formatosi attraverso il precedente è figlio di *sacerdotes iuris* liberi di procreare»: F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., p. 54.

[29] G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit.

[30] G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2019; G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, *Questione Giustizia*, 4/2018.

[31] Per quanto sia legittimo sostenere (nella lettura del vincolo costituzionale) che la legge "incorpori" la sua interpretazione, occorre comunque dislocare quella interpretazione in un corretto quadro che sia

La questione ha ovvi risvolti pratici e operativi, in quanto un sistema che organizza in maniera "vincolante" lo sviluppo dei principi in forma di "precedenti", sia pure con valenza esclusivamente interna al giudizio di legittimità, "deve" sapere se quella singola affermazione di diritto sia o meno un "*principio*"; se quel singolo principio possa dirsi un "*precedente*"; ed infine se quel "precedente" sia differente da un altro "precedente".

Ciò implica un nuovo e più accurato lavoro di distinzione fra "veri contrasti" e "pseudo-contrasti", ovvero la necessità di accertare con diversi e più penetranti strumenti di analisi se e quando la decisone delle sezioni semplici imponga davvero l'invio alle sezioni unite.

Se pertanto non definiamo preliminarmente con sufficiente approssimazione il perimetro del "precedente", non possiamo attribuire a quel dato fenomenico alcuna vincolatività, né riconoscere la natura doverosa della rimessione alle Sezioni Unite e, conseguentemente, la eventuale "violazione del precedente" da parte di un giudice "ribelle".

Come si è correttamente rilevato "*l'annotazione di difformità rientra fra le attività della massimazione ed implica il delicato compito di comparazione del principio di diritto contenuto nella pronuncia in esame con quelli in precedenza affermati dalla Corte*"[32], così che nelle nuove dinamiche "regolatorie" del precedente diverrà ancor più rilevante, se non strategica, la suddetta attività di annotazione, la cui correttezza e analiticità risulterà fondamentale.

E lo sarà in maniera sempre più fibrillante considerato che il rinvio alle sezioni unite sarà sempre più fisiologico e dunque sempre più frequente, con il susseguirsi di numerosi "*environment*", produttivi di altrettanti "*overruling*".

Posto il "precedente" al centro di queste nuove tensioni applicative, risulta inevitabile come lo sguardo dell'operatore torni pertanto anche ad interrogarsi sui profili definitori di questo fenomeno[33]. Principio di diritto e precedente occupano la nuova scena arricchendosi di nuove prerogative così che la esatta definizione degli stessi non ha solo un valore nominalistico ma incide sulla sostanza delle cose.

Le sperimentazioni attuate di recente dall'Ufficio del Massimario e dal CED della Cassazione, in ordine ad una "etichettatura automatica e dinamica" delle massime in grado di soddisfare determinati requisiti in termini di conformità di precedenti in senso

---

compatibile con il necessario rifiuto di una idea circolare del "giudice che è soggetto solo a quella legge che egli stesso produce".

[32] G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, Relazione al Convegno *L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, a cura della Struttura decentrata della Corte di Cassazione, 12 aprile 2017, p. 7.

[33] A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 1999; nonché più di recente, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale – Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future,* in C.E. Paliero (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema "vivente" delle fonti penali,* Edizioni scientifiche italiane, 2016, p. 213 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffré, Roma 2006.

"dinamico"[34], aprono una ulteriore domanda rispetto alla possibilità di trasferire in un futuro non distante ad interi sistemi informatizzati il compito di rilevare conformità e difformità, lasciando agli operatori il compito di elaborazione dei criteri di discernimento.

5. L'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.: debolezze e contraddizioni del nuovo sistema.

Un assunto ulteriore che deve essere posto a fondamento della ricognizione del nuovo assetto, è costituito dall'affermazione che il "modello" stesso condizioni, non solo il percorso processuale di legittimità, ma anche tutti gli strumenti che lo corredano (i sistemi di selezione e di consolidamento dei precedenti, la funzione del Massimario[35], la più sofisticata elaborazione di principi-fattispecie), e gli esiti stessi dei ricorsi, finendo anche con il modellare i rapporti interni alla comunità dei magistrati (in particolare fra sezioni semplici e Sezioni Unite), trasformando sempre più la corte suprema in una "comunità politica".

Assumono infatti nel nostro nuovo assetto una collocazione strategica tanto i meccanismi di selezione dei giudici di legittimità, quanto i criteri di regolamentazione dei rapporti fra Massimario, Ruolo e Giurisdizione.

Assumerà infine un ruolo fondamentale il meccanismo di selezione dei giudici componenti le Sezioni Unite, le quali saranno inevitabilmente chiamate a riunirsi molto più spesso che in passato, esercitando un ancor più accentuato ruolo di "egemonia giurisprudenziale".

Indubbio che il numero degli interventi delle Sezioni Unite dovrebbe risultare moltiplicato, in quanto ogni decisione delle sezioni semplici potenzialmente confliggente con una precedente decisione delle Sezioni Unite dovrebbe essere produttivo di una nuova decisione, ma ci si chiede se al tempo stesso le sezioni semplici – in assenza di una decisione delle stesse Sezioni Unite in una determinata materia – non avranno "interesse" a continuare a produrre "liberamente" giurisprudenze confliggenti, non investendo le Sezioni Unite dei potenziali conflitti e sottraendosi così al vincolo derivante da una futura decisione del massimo consesso.

E ci si chiede, altresì, in che misura le eventuali richieste di parte – formulate ai sensi dell'art. 618 comma 1 c.p.p. – potranno compensare tale eventuale ritardo.

Vi è inoltre da chiedersi in quale misura il nuovo modello finisca con il condizionare l'intero percorso processuale e gli equilibri interni al processo di cognizione, legando la figura del giudice (anche di quello di merito) alla gerarchia dei precedenti di legittimità, avviando la giurisdizione verso orizzonti burocratici e dunque verso la rinuncia alla reinterpretazione delle norme e la rivisitazione dei principi.

---

[34] Ancora G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, cit.

[35] Cfr. F. ALONZI, *La centralità della funzione dell'Ufficio del Massimario per la formazione del diritto vivente*, Relazione svolta nel convegno dal titolo *L'Ufficio del Massimario e la forza dei precedenti*, tenutosi a Roma il 13-14 dicembre 2019, in via di pubblicazione

Se la "*logica del precedente*" probabilmente opera in tutti questi sensi, opera certamente anche nel porre in crisi il modello classico di legalità mettendo soprattutto in tensione gli strumenti di garanzia del singolo di fronte alle mutazioni del quadro normativo.

Mentre la legge astratta ha genesi "puntiforme", nel senso che nasce e muore in un momento preciso, la giurisprudenza produce i precedenti attraverso una più complessa attività di interpretazione della norma, ed attraverso una attività "performante" produttiva nel tempo di altrettante complessità[36].

Si pensi soltanto al fenomeno dei contrasti e dei mutamenti giurisprudenziali, che ovviamente investiranno anche in senso "diacronico" le decisioni delle Sezioni Unite, che pongono altrettanti profili di incertezza, che minano la possibilità stessa di regolare i comportamenti futuri dei consociati destinatari (come prima delle norme scritte) dei precedenti.

Si aprono nuove prospettive di complessità con riferimento alla retroattività ed alla applicabilità estensiva dei "principi più favorevoli", alla luce dei mutamenti giurisprudenziali.

E nuove problematiche emergono anche in ordine alla esatta individuazione del principio applicabile a fattispecie collocate negli spazi intermedi di evoluzione dei contrasti giurisprudenziali in sede di legittimità: nel caso di due norme contrastanti si applica il principio del *favor* per cui trova applicazione la *lex mitior*, ma in caso di contrasti giurisprudenziali tale principio favorevole al reo non si applica[37].

Se pure è vero che norme mal fatte e male interpretate già ponevano e pongono in essere un simile rischio di disorientamento, non vi è dubbio che non sarebbe valsa la pena di cambiare modello per sortire eguali se non peggiori risultati, abbandonando il destinatario della norma alla più ampia imprevedibilità degli esiti delle sue condotte.

Come si è già in qualche modo evocato, la centralità che assume il precedente nel nuovo modello, impone poi una differente considerazione del principio ed un affinamento della elaborazione delle massime, essenziali al fine di poter esattamente valutare il perimetro degli spazi che le nuove decisioni a sezioni semplici possono attraversare.

Tutto ciò implica inevitabilmente una particolare accuratezza anche nella distinzione (*distinguishing*) delle diverse fattispecie che hanno prodotto il precedente il quale resta necessariamente condizionato da tali diverse cadenze ed articolazioni del fatto che l'infinita enciclopedia del reale nasconde al suo interno.

---

[36] Sulla questione vedi D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, *Questione Giustizia* 3/2018, p. 60.

[37] Sulle garanzia intertemporali e gli scenari evolutivi nella giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. V. MANES, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino 2019, 232 ss.

6. Giustiziabilità del mancato adeguamento da parte delle sezioni semplici e legittimazione del nuovo modello.

Il sistema che ne deriva mostra, inevitabilmente, qualche limite e qualche contraddizione. Mentre tutti i destinatati delle norme sono infatti soggetti al principio "*unisezionario*", proceduralizzato e verticalizzato, nel senso che devono uniformarsi ai "principi" elaborati dalle Sezioni Unite, le sezioni semplici possono comunque sottrarsi, senza incorrere in alcuna sanzione, a quei medesimi principi, affermandone di diversi o anche di contrari.

Questa situazione, pone una evidente necessità di interrogarsi circa l'equilibrio del sistema introdotto con la c.d. *riforma Orlando*, sia sotto il profilo della razionalità intrinseca, che sotto quello della eventuale giustiziabilità delle situazioni nelle quali l'imputato ricorrente dovesse risultare irragionevolmente soccombente.

Se, difatti, è vero che in ogni caso la situazione pre-riforma non offriva maggiori garanzie di razionalità e di uniformità delle decisioni, è tuttavia anche vero che l'innovativa soluzione introdotta dal legislatore all'esito di una lunga gestazione[38] dovrebbe far propendere per un aggiornamento complessivo del sistema che tenga conto di tutte le componenti del processo e della complessiva tenuta del modello.

Nell'attuale sistema, laddove la sezione semplice giudicasse in contrasto con il principio affermato dalle Sezioni Unite, tale violazione, non solo non sarebbe sottoposta ad alcuna sanzione[39], ma quella decisione, in caso di impugnazione di una sentenza di condanna, sarebbe certamente produttiva di un giudicato, con tutte le conseguenze che derivano dalla esecuzione della sentenza di merito[40].

Nel caso in cui quello stesso imputato avesse fondato il suo ricorso su di un principio diverso da quello espresso in materia dal massimo consesso, avrebbe probabilmente visto dichiarare inammissibile il proprio ricorso, con analoghe conseguenze in termini di definitività della decisone di merito[41].

---

[38] R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'applicazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, cit., p. 278.

[39] C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale verso l'autonomia dalla Costituzione,* cit., ove si ritiene che la decisione emessa dalla sezione semplice a seguito di una inottemperanza all'obbligo di rimessione alle sezioni unite sia da considerare emessa in "difetto di potere", e pertanto "abnorme"; per una irragionevolezza di ogni forma di sanzione, in forma di invalidità dell'atto o anche di natura meramente disciplinare, ancora G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 6 ss.

[40] Sul punto, G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 7, dove si osserva che "è stato evidenziato, quasi a sottolineare la debolezza del vincolo del precedente così come introdotto dall'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p., come l'obbligatorietà della rimessione non è assistita da alcuna sanzione in caso di inosservanza".

[41] La complessità dei problemi che derivano da tale assetto si è profilata negli anni nella giurisprudenza della corte di cassazione civile, con riferimento alla quale si è rilevato come l'art. 360-*bis* c.p.c. introdotto con Legge 18 giugno 2009 n. 69, che limita la ricorribilità attraverso la previsione di una "inammissibilità del ricorso" elaborato in base a principi dissonanti da quelli affermati dalle Sezioni Unite civili fosse di dubbia costituzionalità per incompatibilità con l'art. 111 settimo comma Cost. e con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost.; risulta piuttosto evidente, in materia, la complessità dei profili emersi in ordine alla "validità" degli "elementi" proposti dal ricorrente (cfr. Cass. sez. un. civ, 19 giugno 2012, n. 10027), un problema destinato evidentemente a riprodursi anche nella materia penale. Si consideri, ad esempio, come nella giurisprudenza della corte di cassazione civile il ricorso non può essere dichiarato

Occorre, in proposito, considerare come la decisione definitiva prodotta da un giudizio di legittimità che si sia discostato dal principio delle Sezioni Unite, non è in alcun modo impugnabile neppure con i rimedi straordinari offerti dall'art. 625-*bis* c.p.p., trattandosi, all'apparenza, non di un "errore di fatto", ma di un tipico "errore di diritto"[42].

Tale assunto, tuttavia, dovrà confrontarsi con il contesto operativo e con la futura sperimentazione, in quanto in realtà la individuazione della esistenza del "precedente" che preclude la decisione difforme delle sezioni semplici potrà risultare operazione ben più complessa del previsto, con la conseguente eventuale individuazione di "errori percettivi" commessi da parte di quel giudice che non si sia avveduto della indicazione fornita dal ricorrente. Anche in questo caso la individuazione di ciò che è e ciò che non è "precedente"[43] produce un margine di incertezza anche con riferimento alla individuazione di un possibile rimedio alla violazione sostanziale dell'obbligo introdotto dall'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.

Se da un lato è vero che "un modulo organizzativo, che contempli il meccanismo di rimessione obbligatorio delle questioni alle Sezioni Unite, per funzionare non ha bisogno di controlli, ma di una condivisione di carattere culturale, che riconosca finalmente il valore del precedente sia pur limitato all'interno del giudizio di legittimità", è anche vero che tale "riconoscimento" deve trovare una legittimazione nel sistema che sia univoca e coerente e tenga conto delle esigenze di tutte le parti coinvolte nel processo. Sotto tale profilo non può dirsi che la previsione di un "rimedio" alla violazione sia "estranea al sistema", potendone al contrario rafforzare i necessari spazi di condivisione[44].

Ragionando diversamente la parte debole del processo – l'imputato – rischierebbe di essere la vittima sacrificale di quel procedimento di valorizzazione del

---

inammissibile nel caso in cui "al momento della decisione della Corte" la decisione impugnata non risultasse più conforme alla giurisprudenza di legittimità "nel frattempo mutata" (Cass. civ. sez. un. 6 settembre 2010, n. 19051).

[42] Cfr., in ordine alla distinzione in esame, Cass. SS.UU. 21 luglio 2016, n. 36663; nonché Sez.Un. 14 luglio 2011, n. 37505, *Corsini*; Cass. Sez.Un. 27 marzo 2002, n. 16104, *De Lorenzo*; Cass. sez. II, 30 settembre 2015, n. 41782; secondo le quali "l'errore di fatto consiste nell'errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di Cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziata dalla inesatta percezione delle risultanze processuali che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso"; cfr. G. LATTANZI – E. LUPO, Giuffrè, *Codice di procedura Penale, Impugnazioni*, VIII, Giuffrè, Milano 2017, p. 725; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano 1979, p. 75-76, ove si ricorda come si sia esclusa ogni valenza teoretica alla dicotomia fatto-diritto e la si è riqualificata come "distinzione metodologica tra i due termini funzionale alle varie esigenze". E già in precedenza, G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova 1964, p. 274 ss.

[43] Sul punto, ancora, R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'applicazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017, cit.*, la quale ritiene che solo quella parte della decisione delle Sezioni Unite elaborata in stretta relazione al contenuto espresso della ordinanza di rimessione, possieda la necessaria forza vincolante ai sensi dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.

[44] Sulla delicata questione vedi, ancora, G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., p. 7.

precedente, paradossalmente volto a rifondare, in suo sfavore, la prevedibilità delle decisioni.

Tuttavia tale mancanza di giustiziabilità della mancata rimessione si pone in un ambito di evidente e problematica peculiarità, in quanto quello posto in essere dalla sezione semplice, non è un semplice errore di diritto, ovvero un semplice discostamento dalla corretta interpretazione ed applicazione di una norma sostanziale o processuale, bensì un errore di diritto "qualificato" (o, per così dire, di *secondo grado*), in quanto risultato della violazione di una regola processuale posta a presidio della legalità sostanziale e processuale del processo penale.

Non viene cioè solo violata una "regola" (il principio), bensì "la *regola delle regole"* (ovvero, la regola che regola la formazione e la stabilizzazione dei principi).

Che simili situazioni non siano giustiziabili, non costituisce solo un evidente danno per le garanzie processuali dell'imputato[45], ma anche un *vulnus* per l'ordinamento stesso, in quanto la mancanza di un mezzo di impugnazione (ovvero di converso di una sanzione per il giudice "ribelle") delegittima l'intero sistema e rende soprattutto debole l'idea che la razionalizzazione voluta con l'introduzione dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. possa contribuire a sanare il difetto di "prevedibilità" delle decisioni, che dovrebbe essere il portato finale della *nomofilachia*, ed al tempo stesso uno dei paradigmi fondanti di una nuova, non realizzata, legalità[46].

[45] Rileva Pietro Curzio, nell'ambito delle sue riflessioni sulla funzione del precedente nell'ambito del processo civile, che "se una sezione semplice dovesse esprimere un orientamento difforme dalle sezioni unite senza seguire la via tracciata dal codice, il precedente così creato risulterebbe fortemente indebolito quanto alla sua autorevolezza", senza tuttavia soffermarsi sul dato che niente affatto "indebolito" risulta l'effetto della decisone sulla parte processuale soccombente; così P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Questione Giustizia* 4/2018, p. 43.

[46] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penal*e, cit.

3/2020

LA *LEGALITÀ DELLA LEGGE* E IL *DIRITTO DEI GIUDICI*: SCOSSONI, ASSESTAMENTI E SVILUPPI

di Vincenzo Maiello

Dopo aver ricostruito per linee essenziali l'evoluzione del rapporto tra la legalità penale e la sua dimensione ermeneutica, l'Autore ritiene che – con le sentenze 230/12, 115/18, 24 e 25/19 – si sia aperta nella giurisprudenza costituzionale una fase di rinnovata valorizzazione della testualità della legge penale e dei caratteri di precisione e diretta riconoscibilità del tipo legale. Viene, pertanto, auspicato che la nuova prospettiva possa trovare adeguata concretizzazione, de iure condito, *nella nomofilachia delle Sezioni Unite e,* de lege ferenda, *tramite l'introduzione di un rimedio straordinario, equiparabile al* recurso de amparo.

SOMMARIO: 1. La perdurante esigenza di monitorare i rapporti tra *legge* e *giudice*. – 2. La *legalità della legge* nella stagione della cultura giuspositivistica dei giudici. – 3. Il *disgelo costituzionale* ed il risveglio della *coscienza ermeneutica* anche nel *campo penale*. – 4. Il *protagonismo ermeneutico* della giurisprudenza tra crisi della frammentarietà legale e aperture della Consulta al *diritto vivente*. – 5. L'ingresso della legalità convenzionale. – 6. Il rilancio della *legalità della legge* nella giurisprudenza costituzionale. – 7. La *legalità della legge* tra nomofilachia e *de lege ferenda*: l'auspicata introduzione del *recurso de amparo*.

1. La perdurante esigenza di monitorare i rapporti tra *legge* e *giudice*.

Anche nel paradigma della 'nuova legalità', oggetto di studio del gruppo di lavoro promosso da Francesco Palazzo nel cui ambito sono maturate le presenti riflessioni, affiorano i nodi problematici del dibattito *ex professo* degli ultimi decenni. Anche stavolta, vengono in evidenza, da un canto, la dialettica tra la *testualità* della legge e la *con-formità* ermeneutica dell'interpretazione; da un altro, il rapporto di tensione tra la *legalità della legge* e i *diritti fondamentali* che invocano tutela nello specchio del rimprovero personale di colpevolezza.

L'elemento di novità sta, forse, in una più matura coscienza delle questioni in gioco, favorita da una sedimentazione dei profili maggiormente controversi e da un arricchimento del contesto di conoscenza che ha, nel tempo, consentito messe a fuoco e riformulazioni delle premesse del tema – anche nell'ambito di rigenerate consapevolezze di ordine costituzionale. Su queste ridefinite basi, può e deve ripartire la discussione, depurata dalle iperboli indotte da *pre-comprensioni* ideologiche e taluni fraintendimenti epistemici a cui si deve una sorta di chiusura autoreferenziale delle differenti posizioni in campo che ha ostacolato forme di dialogo negli spazi della comunicazione virtuosa.

Un rinnovato impegno di analisi e confronto reclama l'attivazione di un percorso che segua il filo rosso delle trasformazioni avvenute nei rapporti tra *legis-latio* e *iuris-dictio* in ambito penale; segnatamente, tra la *deontologica esclusività della forma legislativa di disciplina* della materia e gli *ontologici spazi di manovra ermeneutica* delle pronunce dei giudici, nello scenario di un'esperienza – quella repubblicana – composta da stagioni differenziabili sul crinale dei bilanciamenti tra le due richiamate anime della legalità penale.

Una ricostruzione, sommaria e assai parziale, delle scansioni (culturali, politico-ideologiche e normativo-istituzionali) attraverso cui si è pervenuti all'odierna configurazione dei rapporti *in action* interni alle *componenti istituzionali* della giustizia penale, ci sarà di aiuto non già per una (velleitaria e superflua) ricapitolazione antologica della memoria, quanto piuttosto per impostare le questioni problematiche di ancora controversa soluzione nell'appropriato contesto di senso, dal suo canto utile nell'individuazione di possibili vie di uscita.

2. La *legalità della legge* nella stagione della cultura giuspositivistica dei giudici.

In una prima fase della parabola costituzionale, predomina nel discorso teorico una concezione eminentemente normativistica della legalità penale. Il racconto che se ne fa è di tipo *a-problematico*. Riflette lo *spirito* di un tempo che, nel *nullum crimen*, vede la dimensione maiestatica di un principio identitario della civiltà giuridica moderna, vale a dire la pietra d'angolo dello *Stato di diritto* del quale sintetizza e traduce sia i valori di *Magna Charta* individuale della *certezza*, *libertà*, *eguaglianza*, sia il modello di divisione dei poteri che ne costituisce il cardine dell'architettura istituzionale. Sarebbe ingeneroso ed inappropriato leggere nella trama di quel discorso solo l'aspetto farisaico del formalismo legalistico di stampo volontaristico e, così, censurare una posizione teorica che – concentrandosi sulle virtualità protettive ed ordinanti delle fonti e sulla normatività, *astratta* e *generale*, delle garanzie connesse al *modo di produzione* penalistica – metteva tra parentesi correlazioni e nessi coi soggetti istituzionali deputati a trasferirne sul piano effettuale le capacità di prestazione. Una visione delle cose intrisa di storicismo permette di individuare in quel genere di narrazione non già un ottuso *nichilismo delle forme* o un'ingenuità epistemologica da 'anime belle' che 'libera' la coscienza morale dagli imperativi di giustizia e neppure l'onda lunga di epistemologie formalistico/autoritative intrecciate alla neutralità ideologico/culturale del giurista di formazione tecnico-giuridica. In realtà, esaltando una *legalità pura*, quella prospettiva muove da una convinta adesione ai valori del liberalismo penale espressivo del principio democratico: nel celebrare la 'maestà' della *legalità legislativa*, essa intende ribadire la primazia assiologica di un modello di regolazione del potere di punire fondato sulla funzione civilizzatrice della democrazia parlamentare, ritenuta strumentale alla salvaguardia delle libertà individuali, delle quali il *nullum crimen* assurgeva – come pure fu detto – a *Palladio*.

Sono gli anni nei quali la legalità funziona come convettore di una comune visione tra dottrina e giurisprudenza. Alla *legalità della legge* non si contrappone ancora

il *diritto dei giudici*. Due i fattori: la compattezza culturale – una comune *κοινῆ* – che avvince i giuristi nella condivisione della tradizione giuridico liberale dello *Stato legislativo di diritto* (con le categorie portanti dello *Stato* e della *Legge*) e la non ancora compiuta *invenzione* (nel senso di *scoperta*) delle potenzialità precettive del testo costituzionale.

Il primo favorisce mentalità ed approcci interpretativi che sfociano nella tenuta stabilizzante della legislazione vigente; emblematica la gestione applicativa delle molte norme cariche di elementi vaghi e di incerta estensione, divenuta banco di collaudo dell'affidamento socio/istituzionale in un agire giudiziale ispirato al conformismo legalistico. Lo prova la posizione del massimo studioso dell'universo tematico del *nullum crimen*, il quale non ha esitazione ad affermare il carattere ineliminabile (e, perciò, in sé non antinomico) degli elementi vaghi nel contesto morfologico delle norme penali, al punto da sostenere che il principio di precisione sembra destinato ad essere violato in "*casi-limite ed estremamente rari*" (Vassalli).

Dal canto suo, la vicenda del *congelamento costituzionale* agevola la perdurante vitalità di un modello *puro* di *legalità*. A determinarla non è solo la cultura conservatrice dei giuristi, quanto la *narcotizzazione* della rilevanza costituzionale della precisione/determinatezza ascrivibile all'inversione metodica su cui la Consulta imposta lo scrutinio di legittimità, valutando significato ed estensione del principio a partire dalla comune conformazione delle disposizioni di legge ordinaria (!). In pratica, anziché decifrare i difetti linguistico-semantici delle norme penali, la Corte fa discendere dalla loro frequenza "*il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale proposte in relazione al principio di precisione*" (Marinucci-Dolcini). Fattispecie e concetti quali l'abuso d'ufficio (sentenza n. 7/65), l'apologia di reato (sentenza n. 65/70), il "*comune sentimento del pudore*" (sentenza n. 191/70), la "*morale delle famiglie*" (sentenza n. 42/72) vengono, così, sottratte a declaratorie di illegittimità costituzionale che sarebbero state sacrosante, in ragione dell'incolmabile divario tra le disposizioni censurate e protocolli di definizione legale di *tipi tassativi*, appena accettabili.

A questa stagione di egemonia della *legalità legislativa*, appartiene anche la rivendicazione del compito istituzionale di esercitare la nomofilachia che la Corte di Cassazione attua nella vicenda della c.d. "prima guerra" con la Corte costituzionale.

Se, sul piano istituzionale, la celebre contrapposizione intende valorizzare il mantenimento di un riparto di competenze funzionale agli equilibri del sistema, sul piano culturale essa esprime una difesa 'a tutto campo' della *legalità legale*, che viene trascinata a fornire, nello scontro con la *legalità costituzionale*, una prova di resistenza fino alle risorse ultime consentite dall'ordinamento.

3. Il *disgelo costituzionale* ed il risveglio della *coscienza ermeneutica* anche nel *campo penale.*

Una seconda fase è quella del *disgelo costituzionale*. Comune è l'individuazione dell'atto di battesimo del 'nuovo corso'. Si tratta della mozione di chiusura del Congresso dell'Associazione nazionale magistrati del 1965, che, nel suggellare il

congedo dal formalismo interpretativo "*indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese*", apre la stagione caratterizzata dall'attribuzione alla magistratura del compito di "*tutela dell'indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario*".

Su questo innovativo fronte di azione, si innesta la rivolta contro gli assetti della legalità vigente che investe anche le concrete manifestazioni della legalità penale.

Se l'attacco più dirompente alla *legalità della legge* vede protagonisti le leve di magistrati che, formatisi in periodo repubblicano, appaiono maggiormente vocati a cogliere le opportunità riformiste del testo costituzionale, i segnali di cambiamento giungono, negli anni settanta, anche ai piani alti della giurisdizione di legittimità. Significativo l'avallo a molte delle interpretazioni espansive promosse in tema di reati contro la P.A. o a tutela di interessi collettivi, alcuni dei quali affetti da vizi di determinatezza talmente pronunciati da rispecchiarsi in *norme senza precetto* (paradigmatica la figura della lottizzazione abusiva).

È questo, dunque, il periodo in cui la relazione tra legge e interpretazione registra un'alterazione della sua dinamica classica, finendo per determinare una sensibile trasformazione del ruolo del giudice. Il *novum* sta nel passaggio dalla funzione ('istituzionalmente' *dichiarativa*) di attuare nei singoli casi i programmi politico-criminali delle disposizioni legali a quella ('istituzionalmente' *interventistica*) di garante della cerchia dei beni dei quali la *forza normativa* dei fatti reclama protezione. Sul piano della *grammatica penalistica*, ciò comporta una trasfigurazione dei compiti politico-criminali del concetto di *fattispecie*. L'attivismo giudiziale verso la difesa degli interessi collettivi, invero, sbilancia l'equilibrio tra le due anime della categoria, a cui non per caso il linguaggio della dommatica affida l'ufficio di esprimere il carattere bipenne della disciplina – *id est*, il *doppio taglio* della sua *identità strumentale* – legato alla natura di *ius exceptum* "*derogatorio rispetto alla regola della libertà*" (Giunta). A farne le spese è la destinazione garantistica di *Magna Charta*; *scilicet*, il vincolo di soggezione che ne deriva sul versante del ruolo di interpretazione/applicazione e, dunque, "*la sostanza della forma*", la legittimazione, cioè, a separare il *dentro* e il *fuori* del *nomos* penale lungo la soglia di denotazione della legge. A uscirne potenziato è, per contro, il profilo propulsivo-interventista della norma penale, rispetto al quale diventa servente l'entropia delle tecniche ermeneutiche che sublimano la figura del *giudice-scopo*.

4. Il *protagonismo ermeneutico* della giurisprudenza tra crisi della frammentarietà legale e aperture della Corte costituzionale al *diritto vivente*.

Tra i fattori che – nel farsi di una parabola evolutiva di cui è sinanche superfluo rammentare l'assenza di qualsiasi linearità diacronica – hanno concorso a modificare le condizioni di contesto entro cui si dispiegano le simmetrie tra la legge penale e le sue applicazioni, vanno incluse le molte deleghe al potere giudiziario dei compiti di prevenzione, controllo e gestione repressiva relativi ad interi comparti della vita sociale. Gli strumenti dei quali, allo scopo, si è servito un legislatore sempre meno autorevole

(per ragioni variamente ascrivibili a pavidità neghittosa, inadeguatezza culturale o interessata strumentalizzazione di pulsioni populistico/demagogiche) sono disposizioni che rimettono alla pratica giurisprudenziale la gamma delle soluzioni da adottare, calibrate sul registro di geometrie variabili suggerite dalla morfologia dei casi. L'ampiezza denotativa del materiale legislativo è, alcune volte, tale da precludere la stessa (censura della) violazione del divieto di analogia *in malam partem*, causa l'assenza nei *tipi legali* del tasso di *determinatezza* necessario a sperimentare il test dell'*argumentum a contrario* di cui è implicazione logica quello di analogia. Le vicende ermeneutiche della partecipazione associativa di stampo mafioso e del concorso esterno ne sono icastiche epifanie.

Questo *habitat* incoraggia intraprendenze interpretative della giurisprudenza che porta anche il diritto penale a vivere gli entusiasmi ermeneutici prodotti dalla riscoperta della dimensione *polifonica* e di *impresa collettiva* del diritto e dalla rivendicata annessione dell'interpretazione giuridica all'ambito di una *ragione filosofica pratica e relazionale* (Vogliotti).

Ora, non vi è alcun dubbio che l'*apertura ermeneutica* immetta una salutare boccata d'ossigeno nei polmoni di un ambiente culturale che aveva bisogno di far seguire, alla valorizzazione in chiave costituzionale e politico-criminale dei principi normativi di rilevanza penalistica, un sapere epistemico orientato alla conoscenza delle modalità di comprensione ed interpretazione delle norme. Il valore aggiunto della prospettiva consiste, com'è noto, nel diffondere la consapevolezza, per un verso, della consistenza ontologica dei meccanismi interpretativi, vale a dire dei "*limiti entro cui il comprendere si realizza*" (Müller); per un altro, della "*struttura fondamentalmente aperta della concretizzazione*". L'una coincide con l'ingresso della *pre-comprensione* nel gioco interpretativo del *circolo ermeneutico*, si identifica cioè coi pregiudizi che occupano la coscienza dell'interprete i quali, configurando condizioni trascendentali della comprensione, non sono "*qualcosa di cui egli possa liberamente disporre*" (Gadamer). L'altra svela la fallacia del vocabolario giuspositivista circa l'autoevidenza del linguaggio e la natura sillogistico-deduttiva della *fissazione di senso* delle norme. Essa sottolinea la funzione conformativa (degli enunciati normativi) svolta dalle pratiche interpretative le quali, nell'esporre le disposizioni considerate ai continui tentativi di generalizzazione semantica sperimentati in occasione della loro applicazione ai casi, produce *accumuli di significati* destinati ad integrarne la dimensione normativa.

Se questo è l'aspetto virtuoso dell'incontro fra legalità ed ermeneutica su cui concorda larga parte del discorso teorico (Donini, Fiandaca, Palazzo), destano viceversa preoccupazioni talune fughe in avanti originate da usi disinvolti e poco sorvegliati del lessico ermeneutico. L'irruzione di quest'ultimo in una cultura conservatrice, qual è (e in parte deve [continuare ad] essere) quella che si occupa di delitti e pene, crea facili suggestioni, che divengono pericolose allorché sfociano in approcci affrettati sul nesso tra *creatività* ed *interpretazione* (Pulitanò) ed avallano estemporanee riconfigurazioni del rapporto tra *littera legis* e *risultato* interpretativo.

Eppure, proprio il Maestro alla cui lezione si deve l'affascinante critica alle mitologie giuridiche della modernità, ha avvertito che "*lo spostamento dell'asse portante*

dell'ordinamento dal legislatore all'interprete" rifiuta innesti automatici nella materia penale dove ha "*una peculiare rilevanza la riserva di legge*" (Grossi).

Il fatto è che, non di rado, si opera una confusa sovrapposizione del *problema ontologico della comprensione* con quello dei *metodi di interpretazione*, nel senso che la questione delle condizioni trascendentali della conoscenza viene convertita, con surrettizio automatismo, nell'obbligato riferimento a criteri di interpretazione giuridica dalla forte connotazione creativa.

A ben vedere, la formazione di una coscienza ermeneutica dovrebbe premere in opposta direzione, spingendo l'interprete a resettare i vincoli dei propri inconsci condizionamenti; in altri termini, a sviluppare forme di sublimazione delle pulsioni soggettivistiche alimentate dalle sue ineliminabili aspettative di senso. Per dirla con Francesco Palazzo, l'appropriazione di una cultura ermeneutica, nel liberare l'attività interpretativa "*dal velo di ignoranza (o di ipocrisia)*", permettendo di "*scoprire i reali itinerari in cui prende forma il suo potere decisionale*", oltre a "*smantellare l'onnipotenza del legislatore*", mette in discussione "*anche l'onnipotenza (forse ancor più temibile) del giudice*".

Letture superficiali e fraintendimenti hanno così legittimato decisioni che – nell'assecondare quella svalutazione del criterio della *testualità* dell'interpretazione (*ex* art. 12 delle preleggi) raccomandata dal verbo ermeneutico di quanti, storici e filosofi del diritto, civilisti e costituzionalisti, lo reputano retaggio simbolico della coincidenza tra *diritto* e *Stato* – oltrepassano la barriera di senso comune delle parole, così spianando la strada alla creazione, *dal basso della fucina giurisprudenziale*, di nuove tipologie criminose (emblematica la vicenda della riconduzione delle onde elettromagnetiche nel tipo dell'art. 674 c.p., ma anche quelle *i)* della vanteria di un credito relazionale realmente esistente nel contesto dell'art. 346 c.p., *ii)* dello scambio elettorale politico-mafioso *ante* riforma del 2014, *iii)* della truffa mediante approfittamento dell'errore altrui, *iiii*) della corruzione per l'esercizio della funzione pre-riforma del 2012), ovvero ne certificano un ruolo di mero (seppur indispensabile) "*passaggio funzionale verso la completa ed esaustiva intelligenza del comando legislativo*" (SS.UU. in tema di falso valutativo nel bilancio). Lo scivolamento dalle *parole della legge* alle *ricostruzioni interpretative* che ne sviliscono la portata, in un ordinamento che non conosce la regola dello *stare decisis*, finisce per aumentare la gamma delle (sempre) possibili letture delle norme, provocando una duplice scia di conseguenze negative: l'artificioso incremento dei contrasti giurisprudenziali e l'indebolimento delle funzioni cognitive e garantistiche del processo. L'incertezza semantica della legge penale incrina, infatti, la connessione tra *regola* e *giudizio* e, di conseguenza, rende problematiche le valutazioni delle parti nella scelta dei riti e nelle opzioni probatorie, sfiancando l'effettività del contraddittorio ed oscurando i *profili di giustizia* della decisione.

Ad acuire lo sbilanciamento delle relazioni tra la legalità della legge e la sua dimensione giudiziaria contribuisce la giurisprudenza costituzionale. Attraverso la dottrina del *diritto vivente*, la Consulta irrobustisce il peso dell'interpretazione dei giudici comuni, coinvolgendoli nell'opera di adeguamento delle norme ai significati costituzionali; dapprima, in regime di *partecipazione paritaria*, successivamente, con attribuzione ad essi di un ruolo di *preminenza nell'adeguamento ermeneutico* attuato per il tramite (dell'onere) dell'*interpretazione conforme*. La prima forma di cooperazione

paritaria risale alla sentenza n. 276 del 1974, mentre l'assegnazione al potere giudiziario del compito di *conformazione costituzionale* delle norme viene inaugurata dalla sentenza n. 356/96 che racchiude il manifesto della *nouvelle vague*, compendiato nell'assunto secondo cui "*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*".

Sul piano della legalità penale, le ripercussioni sono significative. Oltre alla riserva di legge, ne fa le spese il principio di determinatezza. Accade che la Corte, pur riconoscendo la duplice destinazione di *razionalità strumentale* del canone – di tutela della libertà di autodeterminazione individuale nell'ottica della colpevolezza normativa e di ratifica della divisione dei poteri –, conferisca "*all'interpretazione "tassativizzante" fornita dalla giurisprudenza la capacità di conformare al principio di determinatezza illeciti penali dai contorni slabbrati – talora addirittura eterei – nella descrizione normativa, alla sola condizione, assai poco selettiva, che l'operazione ermeneutica poggi su un "fondamento controllabile""* (Manes-Napoleoni).

L'esito che ne consegue è l'affossamento delle pur ribadite proiezioni di scopo del principio, la cui sorte viene saldamente affidata alle decisioni del soggetto istituzionale del quale (anche) dovrebbe scongiurarne gli abusi.

5. L'ingresso della legalità convenzionale.

In questa situazione, nella quale la definizione delle sfere di illiceità penale diventa partita giocata nel campo della *law in action* e dove, spesso, l'epilogo è dato da soluzioni che intervengono in esito a complessi travagli interpretativi (con costi pesanti pagati dalla certezza del diritto e dalla aspettative di libertà e giustizia dei singoli), lo sdoganamento della legalità convenzionale fa, dunque, il suo ingresso in una stagione in cui il divario tra la *legalità legislativa* e le prestazioni sempre più performanti delle pronunce dei giudici sedimentano situazioni di crescente sofferenza dei diritti di *Magna Charta*.

Imperniato sul requisito della *prevedibilità*, l'arnese convenzionale si offre di svolgere il ruolo di cerniera tra i due richiamati formanti dell'esperienza giuridico-penale (Viganò, di Martino, Amarelli). Ciò si deve al fatto che esso non aspira a legittimare una diversa modalità di produzione del diritto penale, alternativa al sistema della legalità parlamentare, bensì vuole assicurare in *concreto* la garanzia dei diritti di libertà incorporati nella tradizione giuridica occidentale di cui è espressione la categoria dello Stato di diritto in senso ampio (comprensiva della *Rule of law*). Il risultato consiste, allora, nella nascita di virtuose intersezione tra i due livelli ordinamentali, da cui scaturisce una protezione dei diritti ben oltre i limiti funzionali connaturati alle rigidità formali ed alla matrice legicentrica del sistema penale di *civil law*. Trovano, così, modo di essere giustiziate quelle lesioni di diritti non riconosciute da un modello nel quale le garanzie del reo sono concepite quali corollari ed espressione della sola riserva di legge: il riferimento corre sia alle implicazioni connesse alla ricostruzione della 'materia penale', sia al rilievo attribuito ai pregiudizi provocati dagli *overrulling* 'a legalità scritta

invariata' (in pratica, *de lege lata*), tutte le volte che mascherano forme di *retroattività occulta in malam partem* e di irretroattività *favorabiles*, oltre che di irragionevole compressione nell'esercizio di facoltà processuali indirizzate alla tutela di onnicomprensivi spazi di libertà (SS.UU. *Beschi*).

Certo, un effetto di ridimensionamento della *legalità della legge* emerge senz'altro, in connessione con l'ingresso del vincolo della *interpretazione convenzionalmente conforme* che incombe sugli attori istituzionali – e tra essi sul giudice comune. E tuttavia, la rimodulazione estensiva degli interstizi entro cui si esercita la manovra ermeneutica di competenza della giurisdizione, è avvenuta in una prospettiva di favore verso le ragioni del reo – peraltro, non solo di quello che ha fatto vittorioso ricorso a Strasburgo – e, pertanto, di rafforzamento della dimensione di *Magna Charta* dell'apparato coercitivo.

Sarebbe peraltro erroneo riferire l'influenza virtuosa della legalità convenzionale all'esclusivo piano della giustiziabilità in concreto delle violazioni dei diritti.

A ben vedere, la sua penetrazione ha avuto positive ripercussioni anche sul livello normativo/istituzionale di quella interna. Da un canto, promuovendo occasioni per riaffermare l'intangibilità della riserva di legge statale (sentenza n. 230/12) e, così, proteggendola dall'assalto di concezioni avanguardiste volte alla formale equiparazione tra *abolitio criminis* di fonte legale e *overrulling* giurisprudenziale favorevole. Dall'altro, determinando la rimozione di norme (sentenze nn. 24 e 25) che solo qualche anno prima il giudice costituzionale aveva ritenuto non in contrasto con l'art. 25, secondo comma, della Carta (sentenza 282/10).

6. Il rilancio della *legalità della legge* nella giurisprudenza costituzionale.

Il riferimento alla sentenza n. 230/12 ci sembra utile anche nell'introdurre il discorso sui caratteri che dovrebbero improntare (e a nostro avviso improntano nel presente momento) i rapporti tra la *legalità legislativa* e le prerogative ermeneutiche che si dispiegano nelle dinamiche dell'attività giurisdizionale.

Siamo dell'opinione che a partire da quell'arresto si sia dato corso ad una nuova, ed ancora attuale, fase nella quale (sembra si possa dire che) la riserva di legge e la proiezione linguistico-testuale delle sue pretese disciplinari – dopo esser stati ad un passo dal baratro della loro dissoluzione – si stanno vedendo riaccreditare una collocazione, adeguata al senso storico della loro dimensione costituzionale.

Costretta dalla *quaestio legitimitatis* a districarsi nei rapporti tra legalità costituzionale e legalità convenzionale, nella richiamata occasione la Consulta indica senza esitazione nella riserva di legge statale (assente nel contesto convenzionale) il pilastro della rispettiva dissimmetria. Riconosciuto al principio un ruolo di "*centrale rilevanza (..) nell'assetto interno*", i giudici costituzionali recuperano i *topoi* sui quali essi stessi avevano celebrato – nella fondamentale sentenza 487/89 – i fasti del *nullum crimen sine lege parlamentaria*, riproponendo a motivo della sua portata fondativa e paradigmatica il collegamento col canone democratico e con le virtualità dialettico-discorsive del procedimento legislativo.

Stavolta, però, il richiamo alle giustificazioni *classiche* della riserva di legge assume un significato ancora più pregnante e impegnativo, ove si consideri che avviene in un tempo nel quale la Corte – dopo la revisione dell'art. 117 Cost. e l'evoluzione interpretativa seguitane – è venuta assumendo la funzione di garante degli obblighi internazionali dai quali è scaturito il sistema multilivello. Si può, allora, ben dire che la riaffermata crucialità della riserva di legge operata dalla 230/12 corrisponde ad una sua ri-consacrazione particolarmente importante che arresta quel processo di lento declino avviatosi all'indomani della sua apoteosi da parte della sentenza 487/89.

Sulla scia della 230/12 si collocano due successivi arresti che segnano tappe salienti nel cammino della giurisprudenza della Corte verso una più marcata riabilitazione delle funzioni di garanzia della legge penale: si tratta delle pronunce che hanno, rispettivamente, posto l'epitaffio all'*affaire* Taricco (115/18) e definito i *seguiti interni* di *De Tommaso c. Italia* (24 e 25/19).

Con la prima, i giudici costituzionali affermano con categorica assertività come le scelte di diritto penale sostanziale, che permettono all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, debbano – "*nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia*" – incarnarsi "*in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che* ***la persona può raffigurarsi leggendolo***" (rilievo d.r.).

Ad escludere il carattere di *obiter* dell'assunto, milita la tranciante e consequenziale deduzione che essi ne traggono, allorché statuiscono che "*quand'anche la "regola Taricco" potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a "colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale*"".

Com'è stato osservato, si tratta di una svolta epocale che "*sembra segnare una sorta di ripensamento della giurisprudenza costituzionale in relazione al vizio di indeterminatezza*", per la quale – come notato in precedenza – "*eventuali deficit del principio di precisione (quale vincolo di tecnica normativa nei confronti del legislatore) sarebbero sanabili attraverso la stabilizzazione delle interpretazioni, ossia ad opera della giurisprudenza, cui verrebbe di fatto trasferito il compito di chiudere la fattispecie nel punto in cui risulta linguisticamente generica*" (Giunta).

D'altra parte, anche quanti negli anni hanno elaborato discorsi, e rimodellato categorie, assumendo quale campo di osservazione i significati espressi dalle norme *post applicationem*, quelli risultanti cioè dalla loro interpretazione, si sono augurati che la posizione della Consulta possa inaugurare "*un vero mutamento di paradigma nel rigore sul controllo della tassatività delle regole penali*" (Donini).

Fatto sta che la *ratio decidendi* della 115/18 non è restata priva di seguito, avendo trovato immediata eco nella sentenza n. 24/19, vale a dire nella successivamente prima occasione nella quale i giudici costituzionali vengono chiamati a delibare una imponente questione di legalità – ancorché nel settore della prevenzione *ante delictum*. Anche stavolta, il messaggio della Corte non sembra prestarsi a fraintendimenti. Pur non costituendo il criterio di decisione della questione giustiziata, la forte declinazione

garantistica della legalità penale emerge con nitidezza in opposizione alla diversa e flessibilizzata modulazione di riserva di legge che, nella circostanza, accolta in rapporto ad una materia definita non penale, quale quella delle misure di prevenzione. Mentre in tale comparto la Consulta sancisce che "*non può del tutto escludersi che le esigenze di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione*", nel campo penale *stricto sensu* essa ribadisce "*l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale*".

Ben può dirsi, allora, che la sentenza 24/19, se da un canto opera una 'sottrazione' degli ambiti di azione della riserva assoluta di legge, da un altro, produce un consolidamento della sua nozione *forte* nei confini del territorio di elezione.

L'una consacra l'ingresso del *diritto giurisprudenziale* in uno dei tradizionali rami delle prerogative di coazione delle istituzioni statali. L'altro corrisponde all'idea *forte* di riserva di legge solennizzata nel caso *Taricco*.

Osserviamo che nella sentenza 24, l'adesione ad un modello oltremodo rigoroso di *legalità della legge* non avviene sul terreno del regolamento di confini con le pretese egemoniche "dei giudici di Lussemburgo", bensì sul più impegnativo piano del diritto interno. Certo, al fine di saggiare la portata realmente performativa del nuovo corso ci sarà bisogno di una pronuncia di accoglimento al metro di tale rinnovata concezione (vetero)garantistica del *nullum crimen*. Nondimeno, le reiterate sue affermazioni da parte del giudice delle leggi appaiono segnali di un'inversione di tendenza che l'interprete ha il dovere di valorizzare.

La stagione aperta dalla sentenza 230/12 si chiude – quasi in plastica consequenzialità – con la decisione 25/19, ove si ribadisce l'impermeabilità della costruzione interamente legislativa della dinamica della punibilità (nelle relative fasi della *costituzione*, *modificazione* ed *abrogazione*) al formante giurisprudenziale.

7. Il futuro della *legalità della legge* tra nomofilachia e *de lege ferenda*: l'auspicata introduzione del *recurso de amparo*.

L'esito di questo percorso sembra la riabilitazione del *tipo legale tassativo*. Collocata nella parabola evolutiva della legalità repubblicana, la riscoperta di questa pietra miliare del diritto penale continentale apre scenari che, senza alimentare antistorici ritorni al legicentrismo delle mitiche età dell'oro, potrebbero corrispondere ad un riequilibrio interno dei rapporti tra la matrice democratico/parlamentare del testo e la dimensione epistemica e pluralistico/ermeneutica del sistema penale in azione.

In effetti, dopo: *i)* l'ipocrisia ideologica della *pura legalità*, *ii)* il graduale slabbramento morfologico/strutturale della formulazione legale e la sua decadenza funzionale in favore di spinte verso forme di disinvolta discrezionalità interpretativa, *iii)* il potenziamento del diritto all'*autodeterminazione individuale* propiziata dal

costituzionalismo europeo; il riposizionamento della legge nello spazio assegnatole dall'ordine costituzionale dello Stato di diritto potrebbe contribuire a ridurre l'odierna situazione di elevata complessità del diritto delle Corti, ben riflessa nella mole dei contrasti sincronici nello specchio dei quali illanguidisce l'aspirazione ad implementare i compiti ordinanti e garantistici del *nullum crimen* (Bartoli).

Il senso della nuova legalità penale dovrebbe potersi compendiare: *i)* in una accentuata valorizzazione della dimensione linguistico/testuale della norma penale; *ii)* nella conseguente stigmatizzazione di disposizioni imperniate su clausole generali o formule "*connotate da un certo grado di precisione*" (sent. 24/19); *iii)* nella verifica di idoneità della norma a svolgere una funzione di 'comunicazione diretta' ai suoi destinatari, senza l'ausilio delle interpretazioni qualificate degli esperti e del diritto giurisprudenziale concernenti la rilevanza penale del divieto; *iiii)* nella funzione della giurisprudenza di "*individuare il significato corretto nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*"; *iiiii)* nella restituzione al giudice costituzionale del sindacato sulla legalità della norma penale (sent. 25/19).

Considerato il profluvio ipertrofico del vigente catalogo delle incriminazioni e la scadente fattura tecnica di una sua parte non esigua, ma anche l'irrealistica prospettiva di una sua cancellazione rimessa alle declaratorie di illegittimità costituzionale, mi pare che il nuovo corso possa lasciare prefigurare un duplice scenario, rivolto – rispettivamente – al futuro e al presente. Per il futuro, il ridefinito paradigma di legalità non può che accompagnarsi ad (un ennesimo auspicio verso) una rigenerazione culturale ed operativa del ruolo di legislatore e giurisprudenza. L'uno dovrebbe riappropriarsi di un ruolo autenticamente protagonistico nell'opera di conformazione della materia penale, cosa che implica un rinnovamento strutturale delle visioni politico-criminali di cui francamente non si riescono oggi a intravedere le condizioni. Fondamentale sarebbe l'abbandono del meccanismo della delega – diretta od occulta – al formante giudiziario, oggi realizzata per il tramite di clausole normative e di elementi di fattispecie aventi un campo semantico connotato da rilevanti *aloni marginali*. Una tale impostazione, dal suo canto, esige politiche di diritto penale ispirate dalle direttive dell'*extrema ratio* e della *proporzionalità/offensività* che circoscrivano in termini quantitativamente significativi l'area dei reati e restituiscano a questi la fisionomia di tipologie criminose corrispondenti a *fatti* precisamente descritti, riconoscibili nella *sfera parallela dei laici*, vuoi perché fondati su condivisi parametri di giustizia (*meritevolezza di tutela*), vuoi perché riflettono esigenze di ricorso alla protezione coercitiva (*bisogno di pena*) che la rendono *adeguata allo scopo*. Un diritto penale restituito, su queste basi, a 'nuova vita' agevolerebbe il consolidamento di una cultura giudiziaria della legalità penale. *In primis*, poiché una normativa conforme a parametri di precisione/determinatezza e di riconoscibilità del divieto attenua il rischio di torsioni soggettivistiche, e discrezionalmente creative, delle interpretazioni. In secondo luogo, in quanto un diritto penale attestato su livelli elevati di razionalità politico-criminale e di qualità tecnica agevola l'acquisizione da parte del potere giudiziario di un'autentica *cultura del limite*, incoraggiando stili ermeneutici e modelli di ragionamento indirizzati a preservare l'oggettiva portata di senso dello schema legale, ricostruita in un'ottica di recupero della natura eccezionale del divieto penale.

In relazione al diritto vigente, la nuova legalità reclama il rilancio della funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, oggi implementata dalla previsione dell'art. 618, co. 1-*bis*, c.p.p.

Se una legalità legislativa *recessiva* e, perciò, *impaurita* nel difendere sé stessa e le proprie pretese disciplinari poteva svolgere il ruolo di passivo spettatore di una nomofilachia orientata prevalentemente a garantire la certezza giuridica, strumentale a consolidare la mera prevedibilità delle decisioni nell'ottica di assicurare la calcolabilità dell'agire individuale e la sua *motivabilità secondo norme*; una legalità legislativa della quale il giudice costituzionale ha ribadito la centralità negli equilibri dello Stato costituzionale e la funzione di fonte suprema delle garanzie di *Magna Charta* dovrebbe chiedere alla nomofilachia di fare della difesa della legge penale la barra dei propri compiti di indirizzo interpretativo.

In altri termini, una rafforzata legalità della legge esige che la selezione dei *criteri di decisione* delle pronunce giudiziarie avvenga nel contesto dei significati interni all'arco "*delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*".

Queste ricadute sul piano ermeneutico della riaffermata, nuova legittimazione del *tipo legale tassativo*, lungi dal mortificare ruolo e compiti della giurisdizione, ne ribadiscono la legittimazione nel quadro del costituzionalismo liberaldemocratico, segnalando come l'*antecedenza del testo* sull'*interpretazione* non assecondi esigenze (solo) logiche, ma esprima una gerarchia di valori; segnatamente, l'esigenza che le determinazioni morfologiche del reato e della pena (che sfociano, rispettivamente, nella *materialità offensiva e frammentaria* del *tipo* e nella *qualità* e *quantità* della reazione sanzionatoria) siano prerogative dei luoghi istituzionali in cui si esercita la democrazia rappresentativa.

Del resto, siffatta impostazione dei rapporti tra norma e interpretazione trova riscontro nei requisiti di professionalità prescritti per il conferimento delle funzioni di legittimità nell'ambito dello scrutinio disciplinato dall'art. 12 d.lgs. n. 160/2006, che rinviano alla "capacità scientifica e di analisi delle norme" che i candidati devono possedere.

D'altra parte, è il caso di rammentare come il *principio di diritto* non consista in una forma di generalizzazione normativa, bensì nella "*regola di giudizio in cui si condensa il criterio di decisione della fattispecie concreta*", la cui funzione è di "*universalizzare la decisione individuale*" (De Amicis).

Sul piano politico-istituzionale, è stato ancora di recente sottolineato che la nomofilachia può non essere in contrasto col principio di legalità (Fidelbo) – come assevera larga parte dell'esperienza di funzionamento della Corte di Cassazione – ma anche determinare frizioni col corredo delle garanzie formali orbitanti intorno alla riserva di legge.

A questo riguardo, cruciale nella loro rilevanza si prospettano le visioni culturali e politico-ideologiche delle questioni che fanno da sfondo ai problemi dei quali si occupa il diritto penale.

Se ne è avuta, ancora di recente, conferma, in una pur dotta sentenza delle Sezioni Unite che – chiamata a puntualizzare i confini della causa di non punibilità delineata dall'art. 590-*sexies*, c.p. – ha trovato utile per giustificare la formulazione del principio di

diritto disquisire sul sottile distinguo concettuale tra l'interpretazione *contro* la legge e quella che va *oltre* il significato immediato delle parole. Dice la Cassazione riunita che è possibile andare *oltre* le parole della legge, tutte le volte che l'opzione ermeneutica sia "*il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame*" (SS.UU. n. 8770/18).

Il richiamo a tale arresto – coinvolgente una questione delicata che interseca aspetti di grande rilevanza della vita sociale (Cupelli) – risulta utile per mantenere desta la consapevolezza di come – anche ai livelli alti della nomofilachia – sia sempre in agguato il rischio di collisioni ed interferenze col senso più autentico e profondo della *legalità legislativa* (cfr. anche SS.UU. n. 51815/18, in tema di produzione del materiale pedopornografico).

Ora, gli attentati alla legalità – comprendenti la violazione delle norme che definiscono ambiti e termini della punibilità (dilatazione della tipicità, restrizione di scriminanti e cause estintive etc.) – possono consumarsi attraverso differenti dinamiche giurisprudenziali, inquadrabili, fondamentalmente, in due macro-tipologie di fenomeni.

La prima, più grave, consiste in aggiramenti della legalità che si sedimentano in orientamenti consolidati, specie se accompagnati dall'*imprimatur* delle Sezioni Unite – ancor più ove queste ultime si pronuncino in via preventiva, ai sensi del primo comma dell'art. 618 c.p.p., senza cioè aver potuto contare su alcun pregresso dibattito ermeneutico in seno alle sezioni semplici e, dunque, con pregiudizio del valore di *concordia discors*. Va da sé, infatti, che in quest'ultima ipotesi, la formulazione del principio di diritto che dovesse realizzare un'indebita estensione della punibilità apparirà ancor più censurabile in quanto proveniente da un contesto che potrebbe favorire una irragionevole prevalenza dell'*auctoritas* della sede sulla *ratio* della decisione.

In una situazione di questo tipo, che può farsi rientrare nella categoria dell'"*eccesso di potere interpretativo*" (Cadoppi), il valore della legalità della legge viene solo formalmente osservato e incorporato nelle trame del diritto vivente, risultando in realtà sconfessato – o, quantomeno, privo di effettivo riconoscimento – nei circuiti istituzionali deputati ad attuarne i contenuti, sopraffatto per lo più da impostazioni apagogiche o da concezioni solo teleologiche della legalità (Vogliotti).

Si tratterebbe di una violazione generalizzata, di tipo oggettivo/sistemico, rispetto alla quale il tradizionale salvacondotto dell'*overrulling* giurisprudenziale rischia oggi di apparire di difficile ed incerta praticabilità, tenuto conto del regime di moderata forza vincolante del principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite, di cui all'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

La seconda tipologia di elusione della legalità si ricollega ai casi in cui una decisione di legittimità, pur esplicitando formale ossequio ad un diritto consolidato che sia conforme a lettera e *ratio* delle norme penali, ne realizzi tuttavia una sovversione.

Sono le ipotesi di rivolta occulta nei confronti del diritto vivente (si pensi alle ipotesi di processualizzazione delle categorie della causalità, del dolo eventuale, della partecipazione associativa, del concorso esterno).

In tali situazioni, il valore della legge penale è presente nelle manifestazioni diffuse del sistema penale in azione, ma resta eluso nell'ambito di singole vicende

giudiziarie. Oggi, anche questo genere di violazioni della legalità penale – relative a fattispecie incriminatrici o a schemi di esenzione dalla punibilità in senso ampio – possono essere sfornite di protezione, in particolare ove in esse non si realizzi la lesione della *prevedibilità*, tutelabile in ambito convenzionale: si pensi alla successione di differenti dimensioni ermeneutiche degli enunciati normativi osservate, rispettivamente, al tempo del fatto e a quello della sentenza definitiva, la prima delle quali sia conforme alla *lex* e, anche per ciò, compiutamente riconoscibile da parte del soggetto agente.

Ora, concordo con quanti ritengono che sia giunta l'ora di riprendere l'auspicio formulato circa trent'anni fa da Franco Bricola di introdurre nel nostro ordinamento una forma di *recurso de amparo* volto a neutralizzare gli effetti di clamorose violazioni *in malam partem* della legalità e, dunque, sperimentabile in casi assai delimitati.

Al di là degli effetti di rafforzamento pratico della tutela della matrice legislativa delle norme e di difesa dei diritti fondamentali coinvolti, l'introduzione del congegno potrebbe svolgere un'opportuna funzione di *richiamo* e di *appello*, concorrendo a consolidare la condivisione della cultura della separazione dei poteri in campo penale.

L'istituzione chiamata ad occuparsene potrebbe essere la Corte costituzionale o altro organo *ad hoc*, formato da giudici, avvocati e professori universitari (Cadoppi), di comprovata esperienza e capacità nella materia penale.

Ragioni di coerenza con i tradizionali tracciati della giurisprudenza costituzionale, suggerirebbero di non affidare alla Consulta le nuove competenze.

Il tradizionale rispetto della Corte verso il *diritto vivente* rischierebbe di pregiudicare l'operatività di un istituto già di per sé destinato ad operare eccezionalmente.

Quanto alle modalità del controllo, si potrebbe pensare a forme di sindacato sia preventivo, sia *ex post*, a seconda del tipo di violazione che si intenda far valere. In particolare, vizi macroscopici di qualità della legge – riportabili a talune delle figure sintomatiche elaborate in Corte cost. n. 364/88 – che appaiono precludere la ricostruibilità di un arco di significati corrispondenti alle letture riconoscibili da parte dei destinatari (si pensi ad una parte della fattispecie dell'odierno 416-*ter* c.p.), potrebbe essere denunziati con un *amparo* preventivo.

Nelle ipotesi di "eccesso di potere interpretativo" e nei casi di sovversione occulta del diritto consolidato conforme a legalità – ma si potrebbe pensare anche alle ipotesi nelle quali il condannato intenda volgere a proprio vantaggio gli effetti del mutamento favorevole di giurisprudenza sancito dalle Sezioni Unite – l'*amparo* sperimentabile potrebbe essere *ex post iudicatum*.

Siamo consapevoli che l'introduzione di un simile rimedio rischia di schiudere prospettive di un suo uso inflazionato. Si tratta di un pericolo sterilizzabile con opportuni antidoti, quali i filtri di ammissibilità ancorati al parametro della *non manifesta infondatezza* assegnati alla competenza di un comitato ristretto dell'organo competente a decidere.

Pur se lo *spirito del tempo* è niente affatto incoraggiante, riteniamo che le strade le quali possano condurre ad esiti di rafforzamento dei diritti fondamentali debbano essere percorse, con *juicio*, ma anche con coraggio.

3/2020

LE GARANZIE DELLA "NUOVA" LEGALITÀ

di Roberto Bartoli

Muovendo dal presupposto che per "nuova" legalità s'intenda una legalità che riconosce un ruolo significativo all'attività interpretativa del giudice, l'Autore indaga i riflessi di questa "nuova" legalità sulle garanzie della persona, affrontando due problematiche in particolare. Da un lato, la problematica del rapporto tra legislatore e giudice, al fine di verificare se e come il giudice sia ancora in qualche modo, se non vincolato, comunque condizionabile dal testo della legge. In questa prospettiva sono svolte riflessioni sia sul piano ermeneutico, che sul piano dei controlli a carattere istituzionale sul rispetto della tassatività. Dall'altro lato, viene affrontata la problematica del rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona. In questa prospettiva l'indagine si concentra sia sugli strumenti istituzionali finalizzati alla stabilizzazione degli orientamenti interpretativi, sia sui principi di garanzia (irretroattività/retroattività, colpevolezza, prevedibilità) che possono operare a tutela della persona in presenza di contrasti giurisprudenziali sincronici o diacronici.

SOMMARIO: 1. I tre tipi di legalità penale. – 1.1. La "vecchia" legalità legalistica: il tramonto di un mito. – 1.2. La "nuova" legalità "interpretativa": tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale. – 2. Le due grandi problematiche poste dalla "nuova" legalità: il rapporto tra legislatore e giudice e il rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona. – 3. Il problematico rapporto tra legislatore e giudice, tra legge e interpretazione. – 3.1. Se "vincolare" il giudice alla legge: tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale. – 3.2. Come "vincolare" il giudice alla legge. – 3.2.1. Il "vincolo" ermeneutico. – 3.2.1.1. Dalla lettera al "tipo criminoso legale". – 3.2.1.2. La stabilizzazione di orientamenti basati sul "tipo criminoso giurisprudenziale": una realtà con cui confrontarsi. – 3.2.1.3. La convivenza di orientamenti basati sul "tipo criminoso legale" e sul "tipo criminoso giurisprudenziale". – 3.2.2. Il controllo istituzionale. – 4. Il problematico rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona ovvero la questione dei contrasti giurisprudenziali. – 4.1. Gli strumenti istituzionali di stabilizzazione degli orientamenti interpretativi ovvero gli strumenti di tutela indiretta della persona. – 4.1.1. La prospettiva preventiva e il vincolo del precedente. – 4.1.2. La prospettiva risolutiva e il ruolo delle Sezioni Unite. – 4.1.3. L'art. 618, comma 1-bis, c.p.p. – 4.2. Gli strumenti di tutela diretta della persona. – 4.2.1. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto sincronico. – 4.2.1.1. La Sezione semplice davanti al contrasto giurisprudenziale in atto. – 4.2.1.2. La decisione delle Sezioni Unite. – 4.2.1.3. La decisione della Sezione semplice dopo la decisione delle Sezioni Unite riguardo a fatti commessi prima. – 4.2.2. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto diacronico o mutamento. – 4.2.2.1. Il mutamento sfavorevole. – 4.2.2.2. Il mutamento favorevole. – 5. *Excursus*: la giurisprudenza della Corte EDU in tema di legalità e il parametro della "essenza dell'infrazione". – 6. Riassuntivamente: 10 interrogativi e una conclusione.

1. I tre tipi di legalità penale.

Prima di esaminare il tema delle garanzie prospettabili riguardo a ciò che questo gruppo di ricerca ha definito "nuova" legalità, si rendono opportune alcune sintetiche precisazioni proprio su cosa si possa (o si debba) intendere per "nuova" legalità. Anche perché dal modo di concepire questa "nuova" legalità dipende non soltanto l'assetto delle garanzie a tutela dei destinatari del diritto penale, ma anche, e potremmo dire prima ancora, l'assetto istituzionale/costituzionale del nostro ordinamento nel suo complesso, avuto riguardo, in particolare, ai rapporti tra legislatore, giudice e Corte Costituzionale. Insomma, la configurazione della legalità penale incide sui pilastri portanti del nostro costituzionalismo democratico, sia con riferimento alle istanze di garanzia espresse dalla persona nei confronti del potere punitivo pubblico, sia con riferimento all'equilibrio da raggiungere nel rapporto tra i pubblici poteri all'interno dello Stato costituzionale.

1.1. La "vecchia" legalità legalistica: il tramonto di un mito.

Senz'altro per "nuova" legalità deve intendersi qualcosa di diverso rispetto alla legalità che abbiamo conosciuto fino alla fine del secolo scorso e che potremmo definire legalistica. In estrema sintesi, si può affermare che la legalità legalistica si è caratterizzata per una vera e propria supremazia del legislatore rispetto al giudice e per il totale primato della lettera e del testo della legge sull'attività interpretativa del giudice. In termini rigorosissimi (ma in realtà del tutto teorici, se non addirittura retorici), legalità legalistica ha significato addirittura negazione di qualsiasi ruolo all'attività interpretativa del giudice, con conseguente riduzione del giudice ad una sorta di automa, capace di applicare (ribaltare) direttamente al caso concreto la legge astratta in quanto tale. In termini meno rigorosi, la legalità legalistica ha incentrato l'attività interpretativa su criteri ermeneutici nella sostanza linguistici.

Ad una lettura tanto diffusa quanto dimentica delle ragioni storiche di questa concezione, si potrebbe dire che nella prospettiva legalistica l'asse delle garanzie si è incentrato sul rapporto tra legislatore e giudice, trascurando completamente il rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e cittadino/persona. Si potrebbe dire, cioè, che nella prospettiva legalistica la questione della legalità è stata concepita più come un problema di "formale" distribuzione del potere punitivo tra i pubblici poteri (potremmo parlare di un'attribuzione monopolistica al legislatore del potere di produzione del diritto penale) che di vera e propria garanzia sostanziale a tutela del destinatario del diritto penale. Tuttavia, a ben vedere, le cose non stanno esattamente in questi termini, perché nella prospettiva legalistica vi è stata una sorta di coincidenza tra legalità formale e garanzia sostanziale: muovendo dall'idea che fosse inimmaginabile un legislatore democraticamente eletto che legiferasse contro i cittadini che lo legittimavano democraticamente, la legge come fonte formale del legislatore è stata considerata essa stessa garanzia sostanziale per la persona, facendo coincidere la *voluntas* politica con la *ratio* giuridica. Con la conseguenza che ogni "distacco" dalla lettera della legge astratta

di per sé espressione di garanzia non poteva che esser considerato una violazione della garanzia stessa. Ecco allora che nella prospettiva legalistica il fatto che la legalità si sia incentrata sul rapporto tra legislatore e giudice non è altro che la conseguenza del modo di concepire la legalità in sé e per sé come garanzia sostanziale per i cittadini.

Com'è noto, presupposti e postulati della legalità legalistica si sono rivelati un vero e proprio mito disvelato oltretutto dagli accadimenti storici. Mito l'idea che la democrazia e la legge in quanto tali potessero essere garanzia sostanziale per la persona. Mito che il giudice non dovesse interpretare la "disposizione". Non solo, ma anche il costituzionalismo moderno, affermatosi proprio come risposta all'inefficacia garantista della legalità in quanto tale, ha contribuito ulteriormente alla demitizzazione della legalità legalistica: sia perché la legge è stata subordinata alla Costituzione, sia perché, proprio al fine di assicurare la conformità della legge alla Costituzione, è stato attribuito un ruolo fondamentale alla stessa giurisdizione in prospettiva di garanzia. Risultato finale è stato il riconoscimento di margini di distacco del giudice dalla lettera della legge o comunque la possibilità di prospettare plurime interpretazioni anche in virtù dell'esistenza di due fonti a cui riferirsi (Costituzione e legge), con conseguente valorizzazione del ruolo del giudice, anche in prospettiva di garanzia.

1.2. La "nuova" legalità "interpretativa": tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale.

Per "nuova" legalità, quindi, non si può che intendere, anzitutto, valorizzazione dell'interpretazione e del ruolo del giudice. Un giudice che relazionandosi direttamente alla Costituzione guarda di riflesso la legge e che quindi si svincola dalla subordinazione alla legge, per subordinarsi alla legge costituzionalmente conforme. Un giudice che interviene ad attribuire significato normativo alla disposizione attraverso la sua interpretazione nel momento applicativo al caso concreto, nella consapevolezza che il contesto – per così dire – contesta sempre ed inevitabilmente il testo aprendo alla *quaestio iuris* interpretativa.

D'altra parte, all'interno di questa nuova prospettiva volta a valorizzare l'attività interpretativa e il ruolo del giudice (potremmo parlare di legalità interpretativa), si possono distinguere fin d'ora due prospettive molto diverse tra di loro. Da un lato, si può parlare di una vera e propria legalità giurisprudenziale, vale a dire di una legalità dove l'attività interpretativa del giudice si fa talmente significativa e preponderante che ciò che rileva è l'esito interpretativo, la norma, a prescindere dalla relazione che quest'ultima ha o mantiene con la disposizione, con la conseguenza che assume rilevanza e legittimità anche quella "norma" che ha perso i contatti o addirittura disattende, tradisce, contraddice la "disposizione": insomma, si sarebbe passati da una legalità legalista in cui domina il legislatore a una legalità giurisprudenziale dove invece a dominare è il giudice. In questa prospettiva, la valorizzazione del giudice va ben oltre il ruolo di garanzia assegnatogli nel rapportare la legge alla Costituzione, facendosi – per così dire – addirittura artefice della scelta valoriale di fondo. La legge astratta offre l'abbrivio per l'attività interpretativa, la quale poi si stabilizza anche in autonomia e a prescindere dal suo rapporto con la legge, e ciò anche se si tratta di legge

costituzionalmente legittima ovvero anche se è prospettabile un'interpretazione che risulta particolarmente aderente alla legge e allo stesso tempo costituzionalmente legittima. In termini di garanzia per la persona, nella prospettiva giurisprudenziale il tema diviene soprattutto la prevedibilità della decisione articolata in termini oggettivi, come stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali quale che sia il rapporto dell'esito interpretativo rispetto alla legge testuale.

Dall'altro lato, si può parlare di una legalità che definirei costituzionale, vale a dire di una legalità in cui il rapporto tra legislatore e giudice tende ad essere per così dire paritario. In questa prospettiva, il diritto penale risulta essere il prodotto del concorso di legge/legislatore e interpretazione/giudice, non nel senso che questi due poteri prendono fisiologicamente e strutturalmente parte alla produzione del diritto penale, ma nel senso che questi poteri offrono un peculiare apporto sostanziale alla produzione del diritto penale. La legge, là dove costituzionalmente legittima, è frutto di una scelta valoriale di fondo che traccia i binari lungo i quali si muove il giudice. L'attività interpretativa finisce per essere – per così dire – duplice: da un lato, va oltre la legge e si àncora alla Costituzione, allorquando si pongono problemi di legittimità costituzionale, ma dall'altro lato, pur godendo di margini di discrezionalità e di adattamento, resta ancorata al dettato legislativo, allorquando sono prospettabili più interpretazioni tutte costituzionalmente legittime. In questa prospettiva, vero che il giudice svolge una funzione di garanzia, è anche vero che mantiene comunque una certa subordinazione a quella legge che risulta costituzionalmente conforme. In termini di garanzia per la persona, nella prospettiva costituzionale si può sempre parlare di prevedibilità della decisione, articolata però sia in termini oggettivi, da intendersi stavolta come rapporto di conformità della decisione alle indicazioni orientative fornite dalla legge, sia in termini soggettivi, come prevedibilità da parte dell'autore della decisione al momento della realizzazione del fatto.

2. Le due grandi problematiche poste dalla "nuova" legalità: il rapporto tra legislatore e giudice e il rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona.

Lasciando per il momento da parte i problemi posti dal concetto di "nuova" legalità (accantonamento, per il vero, più apparente che reale, essendo la problematica sottesa a tutto il nostro ragionamento), la circostanza che la nuova legalità determini una notevole valorizzazione del ruolo interpretativo del giudice, apre a due fronti problematici: da un lato, si pone il problema per certi aspetti classico e tradizionale del rapporto che deve intercorrere tra l'interpretazione e la legge; dall'altro lato, si apre una problematica in buona parte inedita del rapporto tra il cittadino/persona e quelle che potremmo definire le "dinamiche interpretative" derivanti dal concorso dialettico dei poteri produttori del diritto penale, in prospettiva di tutela della libertà di autodeterminazione del destinatario del diritto penale.

In particolare, sotto il primo profilo, il rapporto tra interpretazione e legge è il tema classico e tradizionale su cui, come abbiamo visto, si incentrava molto la legalità legalistica. D'altra parte, nella prospettiva della "nuova" legalità questo rapporto non

può che essere rivisitato e reimpostato sia, indubbiamente, sul piano dell'ermeneutica, sia forse anche sul piano istituzionale dell'assetto dei poteri.

Sul piano dell'ermeneutica, va da sé che il vincolo di legalità non può più essere recuperato valorizzando la lettera della legge. Se così fosse, si tornerebbe a una legalità legalistica non riproponibile per le molteplici ragioni già viste. Ed è qui che si apre il grande tema di cosa possa, oggi, ermeneuticamente vincolare il giudice alla legge, essendo tramontato il vincolo della lettera della legge e il criterio linguistico dell'interpretazione. Si può affermare che non esiste più alcun vincolo della legge rispetto all'interpretazione, potendosi magari recuperare un vincolo dell'interpretazione al precedente? Oppure si deve ritenere che permanga un vincolo proveniente dagli indirizzi espressi dalla legge astratta? E in cosa dovrebbe consistere questo vincolo? Posto che, lo ripetiamo, il ruolo della lettera della legge risulta assai ridimensionato, ci si può chiedere se, per esempio, non possa venire in gioco il concetto di "tipo criminoso legale" ovvero ciò che la giurisprudenza della Corte EDU chiama "l'essenza dell'infrazione" posta dalla legge.

Sul piano dell'assetto istituzionale, il discorso si fa molto più complesso e articolato e per il momento può essere soltanto problematicamente accennato per riprenderlo un po' più compiutamente in seguito. Là dove si ritenesse che nella "nuova" legalità l'interpretazione debba comunque risultare in qualche modo vincolata agli indirizzi provenienti dalla legalità, si pone la questione di chi debba far rispettare tale vincolo. A ben vedere, infatti, se la valutazione del rispetto della legalità è rimessa interamente nelle mani della giurisdizione di legittimità (si pensi al ruolo non tanto della Cassazione, ma soprattutto delle Sezioni Unite), è evidente come questo vincolo della legalità rischi di essere più teorico che pratico: come "difendersi" da una stabilizzazione della giurisprudenza, magari addirittura qualificata perché proveniente dalle Sezioni Unite, su orientamenti interpretativi che si pongono in netto contrasto con le indicazioni legislative? Ma anche là dove ci si muovesse in una prospettiva di legalità giurisprudenziale, quali sono i rimedi contro un'interpretazione che disattende l'orientamento giurisprudenziale stabilizzato?

Ecco allora che il rispetto del vincolo della legalità potrebbe essere rimesso ad un organo diverso dalla giurisdizione di legittimità. A ben vedere, questo in parte già avviene nel momento in cui la decisione del giudice è oggetto di un procedimento davanti alla Corte EDU proprio per violazione del principio di legalità. Ma si può porre anche il tema se una valutazione di questo genere non possa essere svolta anche in ambito nazionale, attribuendo un ruolo all'unico organo legittimato non solo a dirimere – per così dire – i contrasti tra legislatore e giudice, vale a dire la Corte costituzionale, ma anche a "stabilizzare" le scelte di valore ogni volta che si compie un sindacato di legittimità costituzionale (si pensi a cosa avviene, come vedremo, nel sindacato di ragionevolezza). È evidente come in questa prospettiva "costituzionale" lo stesso rapporto tra legislatore, giudice e Corte costituzionale muterebbe, essendo ricostruito non tanto in una prospettiva di "mera" distribuzione di potere, ma in una prospettiva orientata comunque alla garanzia finale della persona: insomma, in definitiva, la decisione della Corte costituzionale, oltre che al legislatore e al giudice, parlerebbe direttamente alla comunità destinataria del diritto penale.

Ed ecco aprirsi il secondo fronte problematico della nuova legalità, quello del rapporto tra legislatore/giudice/Corte costituzionale, vale a dire Stato, da un lato, e cittadino/persona, dall'altro, rapporto problematico proprio perché lo Stato, nella sua complessità dei poteri ben può compromettere l'autodeterminazione della persona. È indubbio che anche le problematiche poste da questo rapporto ci sono sempre state. D'altra parte nella prospettiva legalistica, dove si riteneva che l'interpretazione non giocasse alcun ruolo, esse si risolvevano – per così dire – nel rapporto tra legislatore e persona, tra legge astratta e persona, venendo in gioco soprattutto le garanzie dell'irretroattività e dell'*ignorantia legis* concepita come conoscibilità della legge.

Nella prospettiva della "nuova" legalità, a questa tematica che pur sempre permane, si aggiunge anche quella del rapporto della persona con la legge interpretata, vale a dire con una realtà (la legge interpretata, appunto) che si contraddistingue per una indubbia dinamicità. In questa prospettiva, tema centrale diventa il "trattamento" dei contrasti giurisprudenziali, siano essi sincronici o diacronici. Da un lato, si pone la necessità di evitare o comunque risolvere eventuali contrasti al fine di stabilizzare il prima possibile gli orientamenti interpretativi. Dall'altro lato, si pone il tema di come debba essere trattata la persona che dopo aver agito in un momento in cui la giurisprudenza è attraversata da un contrasto giurisprudenziale o stabilizzata su un determinato orientamento, viene condannata sulla base di uno dei due orientamenti (in caso di contrasto) o di un nuovo orientamento (in caso di mutamento) che nel frattempo si sono stabilizzati.

Come vedremo, i due fronti problematici che abbiamo provato a razionalizzare separatamente sono in realtà strettamente legati tra di loro, accavallandosi e intrecciandosi e rendendo così l'intero tema particolarmente complesso. Il nostro sforzo sarà orientato a tentare di sciogliere i nodi problematici, prospettando anche possibili soluzioni, forse con qualche eccesso di semplificazione o azzardo, ma riteniamo che questo momento di riflessione esiga di dare prevalenza all'esigenza di chiarezza e di proposta.

3. Il problematico rapporto tra legislatore e giudice, tra legge e interpretazione.

Rispetto alla "nuova" legalità basata su una valorizzazione del ruolo dell'interpretazione, la prima grande questione che si pone è se l'interpretazione debba mantenere o meno un rapporto "sostanziale" con le indicazioni orientative fornite dal testo della legge.

Ribadito che non può esserci un ritorno al passato legalistico, il tema diviene: se e come, se non vincolare il giudice alla legge, comunque influire sul giudice attraverso la legge.

3.1. Se "vincolare" il giudice alla legge: tra legalità giurisprudenziale e legalità costituzionale.

Per quanto riguarda la questione del se "vincolare" il giudice alla legge, vorrei osservare come una legalità giurisprudenziale connotata da una supremazia del giudice sul legislatore, dell'interpretazione sulla legge, finirebbe per rivoluzionare il nostro assetto istituzionale/costituzionale che invece si basa, se non sul dominio del legislatore sul giudice (prospettiva legalistica), senz'altro su un concorso equilibrato e paritario di legislatore e giudice (prospettiva costituzionale).

Un chiarimento preliminare. Affermare che un vincolo di legalità deve esistere non significa affermare che deve esserci un vincolo alla lettera della legge e che l'attività interpretativa del giudice non ha alcun ruolo. La nostra prospettiva muove proprio dall'idea che non ci sia spazio per una legalità legalistica e che quindi non possa non esserci spazio per l'interpretazione che si distacca dalla lettera della legge. Parimenti, affermare che l'attività interpretativa ha e deve avere un ruolo significativo non vuol dire affermare che il nostro ordinamento si ispira e si basa sullo *stare decisis*. Queste precisazioni si rendono necessarie, perché a volte, nel recuperare la valenza della legalità, la stessa giurisprudenza costituzionale è andata oltre, negando addirittura valenza all'interpretazione, come se il ruolo dell'interpretazione comportasse per l'ordinamento il principio dello *stare decisis*, e rispolverando una legalità fortemente legalistica, oltretutto in contraddizione con quanto affermato in altri arresti giurisprudenziali volti invece a valorizzare il ruolo dell'interpretazione. Così, ad esempio, in prospettiva addirittura legalistica si è mossa la sentenza n. 230 del 2012; diversamente, una valorizzazione dell'interpretazione nell'ambito del "tipo criminoso legale" si è avuta, tra le tante, nella sentenza n. 172 del 2014, in tema di atti persecutori.

Ciò chiarito, noi riteniamo fondamentale la permanenza di un certo vincolo di legalità capace di determinare un equilibrio tra l'operato del legislatore e l'attività interpretativa del giudice, nella consapevolezza che, a ben vedere, il nostro costituzionalismo articola in modo diverso il rapporto tra legislatore e giudice a seconda che si ponga o meno un problema di legittimità costituzionale.

In particolare, precisato che, quanto meno sul piano teorico, il problema della legittimità costituzionale attiene comunque ad una delle interpretazioni possibili (e più precisamente a quella che dovrebbe risultare maggiormente fedele e conforme alla legge), quando si pone un problema di legittimità costituzionale, se, da un lato, l'interpretazione fedele alla legge diventa oggetto di valutazione rispetto alla Costituzione e quindi il legislatore risulta subordinato alla Costituzione, dall'altro lato, il giudice, proprio al fine di compiere questo vaglio, non può più essere considerato subordinato alla legge. Detto diversamente, se è vero che il legislatore svolge la funzione di compiere scelte di valore, è anche vero che nel vaglio di queste scelte entra in gioco la Costituzione e quindi entra in gioco anche il giudice con una posizione che non è più subordinata alla legge: nel vaglio di legittimità costituzionale il giudice guarda alla legge dalla prospettiva della Costituzione.

Le cose stanno invece diversamente quando si danno più interpretazioni della legge che risultano tutte costituzionalmente legittime. In questa ipotesi, sono la legge e il legislatore ad assumere una posizione di preminenza mentre il giudice finisce per

essere subordinato alla legge proprio in quanto costituzionalmente conforme. Detto diversamente, la scelta valoriale del legislatore che risulta conforme a Costituzione non può non svolgere il suo ruolo orientativo dell'interpretazione, poiché se così non fosse si determinerebbe una vera e propria sostituzione del giudice al legislatore nell'attività della scelta di valore democraticamente fondata. Quindi davanti a due interpretazioni una costituzionalmente legittima e una no, si adotta quella legittima. Ma davanti a due interpretazioni entrambe costituzionalmente legittime regola vorrebbe che si adottasse quella che risulta essere maggiormente conforme agli indirizzi orientativi della legge (vedremo a breve in cosa può consistere questa conformità alla legge): se così non fosse il nostro assetto costituzionale non sarebbe più fondato su una legalità che attribuisce un ruolo sostanziale al legislatore.

Insomma, il legislatore, in virtù della sua legittimazione democratica, non può che compiere scelte di valore e orientare la società e quindi anche la giurisdizione. Queste scelte di valore incontrano il limite della Costituzione, ma là dove si tratta di scelte conformi alla Costituzione la valenza di questi indirizzi deve esplicare effetto ed efficacia orientativi dell'attività interpretativa. Pertanto, l'adozione di un paradigma giurisprudenziale implicherebbe che rispetto alla legge costituzionalmente conforme la scelta di valore competa comunque anche al giudice. Con la conseguenza che l'attribuzione al giudice di spazi di discrezionalità in virtù del ruolo di garanzia sul piano del rispetto della legge alla Costituzione finirebbe per estendersi oltre tale compito di garanzia per sfociare nella scelta di valore. Di più: un'interpretazione che si distacca dall'interpretazione conforme alla legge e costituzionalmente legittima può essere a sua volta una interpretazione che viola diritti e principi sostanziali, ponendosi il problema, come vedremo nel prossimo paragrafo, del controllo/giustiziabilità della stessa sentenza/decisione che viola diritti e principi sostanziali.

In sostanza, ci sentiamo di esprimere il nostro favore per quella legalità che abbiamo definito costituzionale e che vede cooperare legislatore e giudice. In presenza di problemi di legittimità, il giudice sopravanza il legislatore in virtù della Costituzione; in assenza di problemi di legittimità, il giudice sottostà alla legge costituzionalmente legittima. La scelta di valore democraticamente fondata che si pone contro la Costituzione soccombe davanti alla supremazia di quest'ultima; ma la scelta di valore democraticamente fondata conforme a Costituzione costituisce un indirizzo al quale attenersi il più possibile.

In conclusione possiamo affermare che dell'art. 101, comma 2, Cost., secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", se ne possono dare tre diverse interpretazioni: l'interpretazione legalistica, secondo cui il giudice è sempre e comunque subordinato alla legge; l'interpretazione giurisprudenziale, secondo cui il giudice non è subordinato alla legge, ma al diritto; l'interpretazione costituzionale per cui il giudice è subordinato soltanto alla "legge costituzionale".

3.2. Come "vincolare" il giudice alla legge.

Il tema diviene allora: come "vincolare" il giudice alla legge? Come già accennato, con riferimento al come, si aprono due fronti: da un lato, la questione del "vincolo" sul piano ermeneutico; dall'altro lato, il tema del vincolo/controllo sul piano istituzionale.

3.2.1. Il vincolo ermeneutico.

Sotto il primo profilo, è ormai assolutamente pacifico che di una stessa disposizione si possono dare due interpretazioni entrambe costituzionalmente legittime sul piano del rispetto dei diritti e dei principi sostanziali. Non solo, ma nonostante tutti i proclami, già nella stessa prospettiva legalistica, come dimostra del resto lo stesso assetto del controllo di legittimità da parte della Corte di Cassazione, da sempre sono realisticamente ammessi e tollerati contrasti interpretativi e quindi più interpretazioni. Il tema allora diventa: come scegliere l'interpretazione tra le due possibili? O meglio: in quale modo la legge può orientare e condizionare il giudice nella scelta tra due interpretazioni entrambe legittime?

3.2.1.1. Dalla lettera al "tipo criminoso legale".

Per impostare correttamente il tema, non si può non muovere dalle recenti acquisizioni ermeneutiche, dalle quali emerge come la stessa interpretazione si basi su un ragionamento analogico di somiglianza/dissomiglianza tra due ipotesi, e come il criterio ultimo, esplicativo e normativamente significativo, alla luce del quale si compie la comparazione altro non è che la *ratio*, lo scopo della norma. Insomma, ogni contrasto giurisprudenziale può essere tranquillamente visto come un contrasto tra *rationes* diverse. Con la conseguenza che, alla fin fine, la risoluzione del contrasto passa dalla scelta della *ratio*.

Alcuni esempi.

a) La mera sottrazione della cosa configura furto perfetto o furto tentato? Se si muove dall'idea che il furto tutela la relazione materiale, di fatto, con la cosa, la risposta è nel senso del furto perfetto; se invece si muove dall'idea che il furto tutela una relazione di dominio e di disponibilità della cosa, la risposta è nel senso del tentativo.

b) Il soggetto che, mediante pagamento di una somma di denaro, induce un minore ad avere un rapporto sessuale risponde di induzione alla prostituzione minorile (art. 600-*bis*, comma 1, c.p.) oppure come cliente dell'attività di prostituzione (art. 600-*bis*, comma 2, c.p.)? Se si muove da un concetto di prostituzione il cui disvalore è incentrato esclusivamente sul mercimonio sessuale, il fatto è qualificabile come induzione; se invece si muove da un concetto di prostituzione che implica necessariamente una qualche strumentalizzazione del soggetto che si prostituisce, chi

induce un soggetto a rapporti sessuali con lo stesso induttore non che può essere qualificato come cliente.

c) È punibile ai sensi dell'art. 640 c.p. la c.d. truffa contrattuale, vale a dire la truffa basata sull'approfittamento di un errore già esistente nella mente del contraente? Se si muove da una *ratio* della truffa orientata alla tutela della libertà di autodeterminazione patrimoniale, la risposta non può che essere negativa; se invece si muove da una *ratio* di tutela basata sulla buona fede, sull'affidamento riposto nella correttezza del comportamento altrui, la risposta è positiva.

d) È punibile per insolvenza fraudolenta di cui all'art. 641 c.p. la condotta di chi, entrato in autostrada da un casello elettronico, non paga il pedaggio al casellante al momento dell'uscita? Se si muove dall'idea che la fattispecie tutela la buona fede contro comportamenti comunque ingannatori, no; se invece si muove dall'idea che la fattispecie contrasta il mero inadempimento contrattuale, si deve concludere per la soluzione positiva.

e) Per integrare la violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p. è necessaria una condotta anche solo idonea a cagionare un minimo di costrizione oppure è sufficiente la mera sorpresa? Se si tutela la libertà di autodeterminazione sessuale, è sufficiente la sorpresa, ma se si tutela l'onore sessuale è necessario un minimo di modalità costrittiva.

f) La mera presenza del tutto inerte e passiva nel luogo dove si realizza una violenza sessuale di gruppo rileva ai soli fini del requisito della riunione oppure è anche condotta punibile? Se si muove dall'idea che la fattispecie di cui all'art. 609-*octies* c.p. è a tutela della dignità della vittima, la mera presenza fisica del soggetto assume rilevanza soltanto ai fini della riunione e là dove percepita dalla vittima; se invece il disvalore della fattispecie assume connotati meramente moraleggianti, si deve ritenere che la mera presenza totalmente passiva integri la condotta punibile.

g) La tentata sottrazione della cosa seguita da violenza alla persona, integra tentativo di rapina impropria o furto tentato in concorso con la fattispecie che concretizza l'aggressione alla persona (ad esempio percosse o lesioni)? Se si fa leva sulla "connessione temporale" tra aggressione al patrimonio e aggressione alla persona che svilisce la strumentalità della seconda aggressione rispetto alla prima, la risposta è nel senso del tentativo di rapina impropria; ma se si richiede una vera e propria connessione strumentale tra le due aggressioni, la risposta è nel senso del concorso di furto tentato con la fattispecie corrispondente all'aggressione alla persona, in quanto la cosa non è stata nemmeno sottratta e il soggetto usa violenza al solo fine dell'impunità.

h) La condotta di chi produce materiale pedopornografico è punibile ai sensi dell'art. 600-*ter* c.p. per il solo fatto della produzione del materiale oppure si richiede anche un pericolo di diffusione del materiale stesso? La soluzione che richiede il pericolo si basa su uno scopo di tutela orientato a contrastare il traffico del materiale pedopornografico; quella negativa si incentra invece sulla tutela dello sviluppo sessuale del minore coinvolto nella produzione del materiale.

i) È punibile ai sensi dell'art. 615-*ter* c.p., la condotta di chi accede a un sistema informatico essendo autorizzato, ma violando la disciplina che regola l'utilizzo del sistema? Se si muove dall'idea che la fattispecie tutela il domicilio informatico, no; se invece si muove dall'idea che la fattispecie tutela la riservatezza dei dati informatici, sì,

perché è attraverso l'indebito utilizzo che si vìola la riservatezza dei dati informatici contenuti nel sistema.

l) Sempre con riferimento all'art. 615-*ter* c.p., è punibile la condotta di chi accede a un sistema informatico, essendo autorizzato e nel pieno rispetto della normativa che disciplina l'utilizzo del sistema, ma per un interesse meramente privato (similmente a quanto avviene per l'abuso di ufficio derivante da un eccesso di potere)? Ebbene, soltanto se ci si muove in una prospettiva pubblicistica, la risposta può essere positiva assimilando l'art. 615-*ter* all'abuso di ufficio per eccesso di potere; ma là dove la fattispecie è "comune", un'ipotesi del genere non risulta punibile.

Il tema allora diviene: con quale criterio si sceglie la *ratio* alla luce della quale compiere la comparazione? È la scelta della *ratio* che costituisce il passaggio decisivo. Si ricordi, come vedremo meglio in seguito, che la stessa problematica si pone per la Corte costituzionale nel giudizio di proporzione/ragionevolezza: come si sceglie la ratio alla luce della quale stabilire se le due fattispecie comparate sono simili o dissimili?

Ebbene, nella scelta della *ratio* il giudice dovrebbe relazionarsi alla legge, non solo e non tanto in termini di significato linguistico, quanto piuttosto soprattutto in termini di scopo emergente dal "tipo criminoso" così come tipizzato dal legislatore. Ecco allora che tra *ratio* legale in quanto suggerita dal tipo criminoso tipizzato dal legislatore e *ratio* giurisprudenziale in quanto suggerita da un tipo criminoso diverso da quello legale ed elaborato per l'appunto dalla giurisprudenza, il giudice dovrebbe orientarsi nel senso della *ratio* derivante dal tipo legale.

3.2.1.2. La stabilizzazione di orientamenti basati sul "tipo criminoso giurisprudenziale": una realtà con cui confrontarsi.

Tuttavia, è qui che il tema diviene davvero complesso. Uno sguardo alla prassi applicativa dimostra che si può distinguere tra ipotesi in cui l'orientamento stabilizzato coincide con il "tipo criminoso legale" e ipotesi in cui invece l'orientamento stabilizzato è nel senso della *ratio* espressa da un ciò che potremmo chiamare il "tipo criminoso giurisprudenziale".

1) Così, stando ancora agli esempi, la giurisprudenza, oltretutto a Sezioni Unite, si è senz'altro assestata nel senso del tipo criminoso legale nelle seguenti ipotesi.

a) Furto tentato: nell'affrontare la questione «se la condotta di sottrazione di merce all'interno di un supermercato, avvenuta sotto il costante controllo del personale di vigilanza, sia qualificabile come furto consumato o tentato allorché l'autore sia fermato dopo il superamento della barriera delle casse con la merce sottratta», le Sezioni Unite hanno optato nel senso del furto tentato, attribuendo rilevanza alla distinzione tra sottrazione e impossessamento scolpita dal legislatore: «la *quaestio iuris* in esame involge il più ampio tema della definizione giuridica della azione di impossessamento della cosa mobile altrui, tipizzata dalla norma incriminatrice […] Anche perché la grande innovazione che si ebbe nel 1930, fu proprio quella di espungere il criterio spaziale (''togliendola dal luogo dove si trova'') e introdurre quello personale (''sottraendola a chi la detiene''), ed è a causa di questa innovazione che la descrizione della condotta

delittuosa risulta scandita dal sintagma impossessamento-sottrazione''». Ecco allora che «la condotta dell'agente il quale oltrepassi la cassa, senza pagare la merce prelevata, rende difficilmente contestabile l'intento furtivo, ma lascia impregiudicata la questione se la circostanza comporti di per sé sola la consumazione del reato, quando l'azione delittuosa sia stata rilevata nel suo divenire dalla persona offesa, o dagli addetti alla vigilanza, i quali, nella immediatezza intervengano a difesa della proprietà della merce prelevata. Decisiva è al riguardo, la premessa che in difetto di perfezionamento del possesso della refurtiva in capo all'agente è, comunque, certamente da escludere che il reato possa dirsi consumato»[1].

b) Prostituzione minorile: nell'affrontare la questione «se la condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integri gli estremi della fattispecie di cui al comma primo o di cui al comma secondo dell'art. 600-bis c.p.», le Sezioni Unite hanno ricondotto il fatto al secondo comma, valorizzando la componente di strumentalizzazione della vittima rispetto a terzi: «la condotta di induzione alla prostituzione minorile, per essere penalmente rilevante, deve essere sganciata dall'occasione nella quale l'agente è parte del rapporto sessuale e oggettivamente rivolta ad operare sulla prostituzione esercitata nei confronti di terzi»[2].

2) Diversamente, si può parlare di una stabilizzazione di orientamenti basati sul tipo criminoso giurisprudenziale nelle seguenti ipotesi.

c) Truffa contrattuale: la giurisprudenza è unanimemente assestata nel senso di punire la truffa contrattuale[3]. Tuttavia, al di là dei problemi di ordine dogmatico, già di per sé assai rilevanti, concernenti la conversione, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., di una fattispecie a condotta vincolata in ipotesi omissiva, è indubbio che con la tipizzazione delle modalità degli artifizi e dei raggiri il legislatore abbia inteso tutelare non la buona fede contrattuale, ma la libertà di autodeterminazione patrimoniale.

d) Insolvenza fraudolenta: la giurisprudenza è unanimemente assestata nel senso della punibilità di chi non paga al casello autostradale[4], tuttavia la previsione nella

---

[1] Cass. pen., SS.UU., n. 52117/2014.

[2] Cass. pen., SS.UU., n. 16207/2013.

[3] Cass. pen., Sez. VI, n. 13411/2019: «consolidato l'indirizzo per il quale, in materia di truffa contrattuale, anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere integra l'elemento soggettivo ai fini della configurabilità del reato di truffa, trattandosi di un raggiro idoneo a determina il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato: reato che è configurabile non soltanto nella fase di conclusione del contratto, ma anche in quella della esecuzione cadenzata nel tempo allorquando una delle parti, nel contesto di un rapporto lecito, induca con il suo silenzio in errore l'altra parte, conseguendo un ingiusto profitto con altrui danno». Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. II, n. 28791/2015.

[4] Cass. pen., Sez. II, n. 11686/2016: «sotto il profilo della dissimulazione dello stato di insolvenza, questa Corte da lungo tempo ha precisato che anche il silenzio serbato al momento dell'ingresso in autostrada è idoneo alla dissimulazione dello stato di insolvenza, riscontrabile pertanto nel comportamento di chi, presentandosi al casello a bordo di autovettura – bene che fa presumere la capacità di assolvere l'obbligo del pagamento del pedaggio in chi lo possiede – prenda in consegna il talloncino aderendo, in tal modo, all'offerta contrattuale proveniente dal gestore del servizio autostradale». Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. Un., n. 7738/1997; Cass. pen., Sez. II, n. 44140/2012.

fattispecie legale del presupposto dello stato di insolvenza e della condotta di dissimulazione determinano una valorizzazione della componente fraudolenta che non consente di punire comportamenti che consistono in meri inadempimenti contrattuali.

e) Violenza sessuale: la sorpresa non può essere parificata ad una modalità comportamentale anche solo idonea a raggiungere effetti costrittivi[5]. Il problema risiede proprio nella tipizzazione operata dal legislatore che fa riferimento alle modalità della violenza, minaccia ed abuso di autorità, tipizzazione che tuttavia contraddice l'intento dello stesso legislatore di tutelare la libertà di autodeterminazione sessuale, la quale è compromessa anche solo con atti sessuali compiuti in assenza di consenso.

f) Violenza sessuale di gruppo: la giurisprudenza tende ad attribuire rilevanza alla mera presenza fisica e quindi a convertire il requisito modale della riunione nella partecipazione alla riunione come condotta punibile[6]. Tuttavia, senza considerare che la punizione della mera inerzia passiva viola principi fondamentali sostanziali come la personalità della responsabilità penale, la fattispecie è a tutela della dignità della vittima.

3) Un discorso del tutto peculiare deve essere compiuto per il tentativo di rapina impropria.

g) Non c'è alcun dubbio che la tipizzazione legale risulta ambigua soprattutto sul piano del trattamento sanzionatorio; se, da un lato, la legge fa riferimento ad una sottrazione che deve essere avvenuta, dall'altro lato, il legislatore ha punito con la stessa pena la rapina propria e la rapina impropria, parificazione che si rende possibile soltanto se si muove dall'idea che tra aggressione alla persona e aggressione al patrimonio deve sussistere un legame meramente spazio-temporale. Ed infatti, le Sezioni Unite hanno optato per questa seconda interpretazione: nell'affrontare la questione «se sia configurabile il tentativo di rapina impropria, o se invece debba ritenersi il concorso tra il tentativo di furto con un reato di violenza o minaccia, nel caso in cui l'agente, dopo per aver compiuto atti idonei diretti all'impossessamento della cosa altrui, non portati a compimenti per fatti indipendenti dalla sua volontà, adoperi violenza o minaccia nei confronti di quanti cerchino di ostacolarlo, per assicurarsi l'impunità», le Sezioni Unite hanno affermato che «nella formulazione della norma svolge un ruolo centrale la necessità di un collegamento logico-temporale tra le condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona, attraverso una successione di immediatezza. È necessario e sufficiente che tra le due attività concernenti il patrimonio e la persona intercorra un arco temporale tale da non interrompere il nesso di contestualità dell'azione complessiva posta in essere. Questo è il punto centrale e il solo indefettibile della norma incriminatrice del comma secondo dell'art. 628 c.p. che giustifica l'equiparazione del trattamento sanzionatorio tra la rapina propria e quella impropria, indipendentemente dall'essere quelle stesse condotte consumate o solo tentate»[7]. Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come il ragionamento delle Sezioni Unite rischi di basarsi su una inversione logica: ciò che determina il disvalore non è il trattamento sanzionatorio dal quale si ricava il collegamento meramente "logico-

[5] Cass. pen., Sez. III, n. 17724/2019. Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, n. 27273/2010.
[6] Cass. pen., Sez. III, n. 32928/2013. Già, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, n. 44408/2011
[7] Cass. pen., SS.UU., n. 34952/2012.

temporale", ma il tipo che impone di riscontrare una strumentalizzazione della persona per aggredire il patrimonio, anche perché, basandosi sulla equiparazione sanzionatoria, si dovrebbero costantemente ritenere infondate tutte le questioni di legittimità costituzionale relative alla proporzione del trattamento sanzionatorio.

4) Infine, discorso ancora diverso deve essere fatto per le ipotesi di materiale pedopornografico ed accesso abusivo a un sistema informatico, rispetto alle quali vi sono stati addirittura due diversi pronunciamenti delle Sezioni Unite, ponendo, come vedremo ancora meglio in seguito, problemi di legalità sul piano della prevedibilità della decisione da parte del destinatario.

h) Con riferimento al materiale pedopornografico, nella prima sentenza, nel negare rilevanza alla finalità di lucro, allo scopo di evitare che fossero punite condotte di produzione di materiale c.d. domestico, le Sezioni Unite hanno richiesto il requisito del pericolo di diffusione del materiale prodotto, optando per un tipo criminoso diverso da quello legale e restringendo l'ambito di applicativo della fattispecie[8]; nella seconda sentenza, invece, si è affermato che il pericolo di diffusione non rileva, rendendo l'interpretazione conforme al tipo legale, ma anche determinando un ampliamento dell'ambito applicativo della fattispecie rispetto a quanto statuito in precedenza[9].

Anche con riferimento all'accesso abusivo a un sistema informatico, si devono registrare due sentenze delle Sezioni Unite.

i) Con la prima si è affermato che oltre alla introduzione rileva anche l'indebito utilizzo del sistema: «è penalmente illecita la condotta di soggetto che, pur legittimato all'accesso a un sistema informatico o telematico, violi condizioni e limiti imposti dal titolare per disciplinarlo, a nulla rilevando scopi e finalità dell'accesso stesso»[10]. Soluzione che può avere una sua plausibilità se si considera che il tipo legale forgiato dal legislatore risulta ambiguo, facendo riferimento non solo all'introduzione, ma anche al carattere abusivo della condotta di permanenza nel sistema.

l) Con la seconda sentenza, invece, si è andati ben oltre il tipo legale attribuendo rilevanza anche all'ipotesi in cui lo stesso utilizzo del sistema sia legittimo, ma per meri scopi privati: «l'accesso ad un sistema informatico per ragioni estranee a quelle di ufficio si traduce per il pubblico ufficiale in una condotta abusiva, ponendosi in un rapporto di "ontologica incompatibilità" con la funzione svolta»[11]. Ma una ricostruzione del genere è compatibile soltanto con reati connotati da un disvalore pubblicistico, mentre la fattispecie di cui all'art. 615-*ter* è una fattispecie a carattere comune, il disvalore pubblicistico, invece, assume rilevanza all'interno del secondo comma, ma come circostanza aggravante.

[8] Cass. pen., SS.UU., n. 13/2000
[9] Cass. pen., SS.UU., n. 51815/2018.
[10] Cass. pen., SS.UU., n. 4694/2012
[11] Cass. pen., SS.UU., n. 41210/2017.

3.2.1.3. La convivenza di orientamenti basati sul "tipo criminoso legale" e sul "tipo criminoso giurisprudenziale".

Ebbene, siamo al cuore di una delle maggiori problematiche poste dalla "nuova" legalità: se, da un lato, infatti, è non solo plausibile, ma anche inevitabile, che si affermino indirizzi giurisprudenziali orientati a un "tipo criminoso giurisprudenziale", dall'altro lato, però, c'è da chiedersi se non si pongano esigenze di garanzia che occorre soddisfare mediante strumenti in grado di fornire un controllo più reale ed effettivo sul rispetto degli indirizzi legislativi da parte della giurisprudenza.

Sotto il primo profilo della plausibilità del formarsi di orientamenti basati sul "tipo criminoso giurisprudenziale", all'interno di una legalità che ammette dialettica interpretativa, l'interpretazione può svolgere una funzione di precisazione, perfezionamento della portata del testo legale. Anzi, la stessa funzione decisionale affidata ai giudice serve anche per dissipare i dubbi che potrebbero esistere nell'interpretazione delle disposizioni. Anche perché è proprio della giurisprudenza svolgere un ruolo di adattamento del diritto alle trasformazioni dei fenomeni. Insomma, le ragioni e le motivazioni che spingono alla creazione di un "tipo criminoso giurisprudenziale" non costituiscono contingenti deviazioni imputabili al capriccio di singoli giudici, ma si radicano in una necessità di adattamento del dettato normativo alle trasformazioni fenomeniche, sociali e valoriali della realtà. La legalità non può essere concepita nel senso di vietare chiarimenti progressivi e graduali del testo della legge.

Inoltre, il consolidarsi di un "tipo criminoso giurisprudenziale" è inevitabile perché il rispetto del vincolo del tipo criminoso legale è interamente rimesso nelle mani della stessa giurisdizione, ragion per cui la giurisprudenza può giungere e permanere nella disattesa del "tipo criminoso legale", forgiando una sorta di "tipo criminoso giurisprudenziale", in quanto non esiste alcun rimedio attivabile contro l'orientamento stabilizzato mediante una sentenza delle Sezioni Unite. L'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p. rafforza oltretutto una certa "autoreferenzialità" giurisprudenziale.

D'altra parte, vero questo, sotto il secondo profilo della necessità di un controllo, non si può fare a meno di osservare come da questa situazione derivino alcune esigenze di garanzia che non possono restare eluse. Anzitutto, si viene a determinare una sorta di iato tra la dimensione legale "astratta" e la dimensione giurisprudenziale "concreta" destinata a minare l'autodeterminazione dei destinatari del diritto penale. Uno iato di fatto tra legalità astratta e legalità concreta che va a incidere sulla sfera di libertà delle persone e sulla loro legittima aspettativa a fare affidamento non solo sul testo della legge, ma anche su una adesione di massima dell'interpretazione al testo della legge, pena un disorientamento globale.

In secondo luogo, all'interno della fattispecie finiscono per essere ricompresi fatti che esprimono disvalori diversi. La circostanza che all'interno di una stessa fattispecie siano ricompresi fatti che appartengono a tipi criminosi diversi altera i rapporti di proporzione fra illecito e sanzione: rapporti dei quali è invece indispensabile salvaguardare l'equilibrio se si desidera salvare la razionalità complessiva del sistema e la funzione di orientamento della legge penale, consentendo una valida ed utile applicazione delle relative sanzioni. Ecco allora che una riconduzione di "tipi" differenti

all'interno di un'unica fattispecie punita con la stessa pena, pone problemi di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio derivanti non dalla previsione astratta ma per l'appunto dalla applicazione concreta. Si pensi all'ipotesi della violenza sessuale, dove all'interno dell'art. 609-*bis* c.p. rientrano non solo le ipotesi in cui l'atto sessuale sia stato commesso con violenza o minaccia o abuso di autorità, ma anche quello realizzato con la mera sorpresa e in assenza di consenso.

Ed eccoci al punto davvero nodale. Ciò che suscita perplessità di tutta questa realtà non è tanto la dialettica tra dimensione legale e dimensione giurisprudenziale, ma l'assenza di strumenti reali ed effettivi – per così dire – esterni alla giurisdizione, che consentano di riascoltare la voce del legislatore ovvero di ascoltare quell'interpretazione che comunque si potrebbe conformare al dettato legislativo. Insomma, davanti a contrasti ermeneutici derivanti da tipi criminosi diversi si può porre l'esigenza di stabilire in termini – per così dire – definitivi e ultimi, quale sia la *ratio* da accogliere.

Ecco allora che il vincolo di legalità suggerisce di tradursi se non in un controllo reale ed effettivo di tale vincolo, quanto meno in una possibilità di presa di posizione – per così dire – terza tra orientamento legale e orientamento giurisprudenziale.

Ciò emerge soprattutto se si prende in considerazione la dinamica tra le Corti. Ebbene, cosa può fare, oggi, un giudice (ma anche una persona) che, dopo la sentenza delle Sezioni Unite, ritiene comunque che la tentata sottrazione seguita da percosse non debba essere punita come tentativo di rapina impropria, ma come furto tentato in concorso con le percosse?

3.2.2. Il controllo istituzionale.

Proprio alla luce delle considerazioni appena svolte, si apre la questione dei meccanismi di controllo che abbiamo definito istituzionali. Tema complessissimo e delicatissimo, che possiamo provare soltanto a impostare.

Oggi il controllo sulla legalità con riferimento alla "conformità" dell'interpretazione alla legge, il controllo sulla tassatività, potremmo dire sul "come dell'interpretazione", è concentrato nelle mani della Cassazione, in particolare delle Sezioni Unite oppure può essere realizzato a livello europeo dalla Corte EDU. Il controllo della Cassazione è tutto interno alla giurisdizione, interno, cioè, sia per quanto riguarda l'attivazione, ad opera degli stessi giudici, che per quanto concerne l'organo decidente, costituito sempre dai giudici di legittimità nella forma qualificata delle Sezioni Unite. Il controllo europeo è invece del tutto esterno, esterno sia per quanto riguarda l'attivazione, ad opera del condannato, che per quanto concerne l'organo che decide, costituito dalla Corte EDU.

Come già osservato, proprio il carattere esclusivamente interno del controllo nazionale ad opera della Cassazione finisce per rendere inevitabili e plausibili orientamenti giurisprudenziali che possono distaccarsi dalle indicazioni legislative. Si tratta di un controllo di uniformità, più che di conformità.

Diversamente, da parte della Corte EDU si ha un controllo di conformità caratterizzato da un recupero della legalità in termini di valorizzazione delle indicazioni

legislative. Se, da un lato, la Corte EDU muove da una legalità che riconosce spazio all'interpretazione, dall'altro lato, contrariamente a quanto spesso si crede, attraverso il riferimento al criterio della "essenza dell'infrazione", la Corte EDU compie anche un controllo di conformità dell'interpretazione alla legge valorizzando il dettato legislativo. Inoltre, oggetto di controllo finisce per essere la stessa sentenza. Ciò significa che lo stesso potere giudiziario, in quanto potere pubblico appartenente a uno Stato, è considerato potere capace di abusi, sia sotto il profilo dei diritti e dei principi sostanziali, ma anche sul piano del rispetto della legalità nell'attività interpretativa, legalità che finisce per essere concepita come una sorta di diritto umano declinato in termini di prevedibilità oggettiva/soggettiva della decisione stessa. Infine, lo stesso meccanismo di accesso diretto da parte del condannato fa in modo che l'istanza al rispetto della legalità come indicazione del legislatore sia rimessa nelle mani di chi ha reale e concreto interesse a far valere l'esigenza legalistica, soprattutto se l'affermazione di orientamenti giurisprudenziali che disattendono le indicazioni legislative determina una dilatazione dell'ambito applicativo della fattispecie.

Ecco che la domanda diviene: avrebbe senso prevedere meccanismi nazionali di controllo esterno sulla legalità/tassatività, sul "come interpretare"?

Al riguardo si possono prospettare molteplici soluzioni, dalla creazione di un organo *ad hoc*, al coinvolgimento della Corte costituzionale, da un'attivazione da parte degli stessi giudici (avente ad oggetto quindi una normativa pur sempre astratta) a una attivazione da parte dei soggetti condannati (avente ad oggetto quindi una decisione e quindi la normativa applicata). E tutte queste soluzioni potrebbero essere combinate tra di loro con esiti molto diversi su plurimi piani, per cui si potrebbe avere una attivazione da parte dei giudici verso la Corte costituzionale; una attivazione dei giudici verso un altro organo *ad hoc*; una attivazione da parte delle persone verso la Corte costituzionale oppure una attivazione verso un altro organo.

Ebbene, alcune considerazioni di fondo. Anzitutto, non si può fare a meno di osservare come giochi un ruolo significativo il meccanismo di attivazione. Attivazione da parte dei giudici significa dominio della giurisdizione, come anche giudizio sulla legge interpretata *ex ante*. Attivazione da parte del condannato significa attivazione da parte di chi ha un interesse reale e concreto al controllo, come anche giudizio sulla sentenza. Con riflessi sulla stessa concezione della legalità, visto che nella prima prospettiva la legalità opera come un principio nel rapporto tra legislatore e giudice, nella seconda invece si atteggia come un diritto, nel rapporto tra legislatore/giudice e persona, visto che nella prima prospettiva il giudizio è sulla legge, nella seconda sul caso concreto.

In secondo luogo, a noi interessa osservare come forse già oggi risulti attivabile un controllo sulla tassatività per mano dei giudici e che coinvolge la Corte costituzionale, allorquando le Sezioni Unite hanno adottato una determinata interpretazione e la Sezione semplice successiva ritiene di discostarsi da tale interpretazione per aderire a una diversa, non tanto perché l'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite risulta essere contraria a diritti o principi sostanziali, ma piuttosto perché essa vìola la tassatività, il come dell'interpretazione: in sostanza, si potrebbe ritenere che il diritto vivente

consacrato dalle Sezioni Unite risulta assestarsi su un orientamento, su tipo criminoso giurisprudenziale, che disattende quello legale.

In particolare, in questa prospettiva il controllo potrebbe muoversi in due direzioni diverse. Da un lato, potrebbe consistere in un vero e proprio controllo sulla tassatività, vale a dire sulla conformità del diritto vivente consolidato rispetto alla disposizione legale: il giudice rimettente solleverebbe questione di legittimità per violazione del principio di legalità, in quanto il diritto vivente consolidato non risulta conforme alla *ratio* emergente dal tipo criminoso legale. Dall'altro lato, può consistere in un controllo di ragionevolezza, violata perché all'interno di una stessa fattispecie risultano punibili fatti riconducibili a due *rationes* differenti: il giudice *a quo* solleva questione di legittimità della disposizione in quanto fatti che esprimono disvalore diverso in quanto riconducibili ad offensività diverse sono puniti alla stessa stregua, nella consapevolezza che questa punizione di fatti diversi con la stessa pena non è opera – per così dire – del legislatore in astratto, ma del giudice in concreto.

Nella prima direzione, si tratterebbe di un controllo molto simile a quello che compie la Corte EDU, con la differenza però che la questione è sollevata sull'indirizzo giurisprudenziale prima della sua applicazione. Nella seconda direzione, invece, si tratterebbe di un controllo simile a quello che compie la Corte costituzionale ogni volta che opera in termini di ragionevolezza. Si potrebbe ritenere che differisce perché in realtà verte sulle interpretazioni, ma in realtà la Corte muove sempre da interpretazioni.

Ebbene, ribadito che forse questa forma di controllo potrebbe essere attuata già oggi nel sistema attuale, ciò che preme evidenziare è che con tale controllo la Corte finisca per dire l'ultima parola sulla *ratio* della fattispecie e quindi per compiere la scelta di valore tra le due possibili (*ratio* legale e *ratio* giurisprudenziale). La Corte costituzionale si troverebbe nella sostanza a dover decidere in ordine alla *ratio* e l'esito potrebbe essere di coincidenza con la *ratio* del legislatore, ma anche di accoglimento della *ratio* del giudice. In questa seconda prospettiva si arriverebbe a una rideterminazione del tipo criminoso che soltanto la Corte costituzionale può decidere e giustificare.

A ben vedere, nulla di scandaloso e di diverso da quanto la Corte fa già oggi nei giudizi di offensività e ragionevolezza. Anzi, si può osservare fin d'ora come la stragrande maggioranza delle sentenze della Consulta che attengono all'*an* o al *quomodo* o al *quantum* della punizione e si basano sulla ragionevolezza possano essere viste anche come sentenze ermeneutiche attinenti alla legalità. Tali sentenze, infatti, nella sostanza costituiscono non solo una comparazione alla luce di *rationes*, ma prima ancora una scelta e quindi una presa di posizione da parte della Corte costituzionale sulla *ratio*, sul tipo, spesso rimodulato e riconfigurato dalla Corte stessa. Insomma, nel sindacato di ragionevolezza la Consulta è "costretta" a decidere il "tipo costituzionale" dal momento che per valutare la ragionevolezza, non solo deve compiere una comparazione alla luce di diverse *rationes*, ma deve anche scegliere una *ratio* tra le due *rationes* possibili che giungono a esiti di somiglianza/dissomiglianza diversi.

Meriti e limiti di questa soluzione. Primo merito è appunto la possibilità di compiere un controllo esterno attraverso un meccanismo che costringe comunque a confrontarsi con gli indirizzi espressi dal legislatore. Secondo merito è che il controllo è effettuato sulla legge prima della sua applicazione e non sulla singola sentenza,

risultando quindi un'attività di controllo che non si va a sovrapporre con quella della Corte EDU. Ed ancora, il controllo sulla scelta di valore è compiuto dalla Corte costituzionale, custode della Costituzione, con la conseguenza che una eventuale rideterminazione del tipo è compiuta proprio da quel potere che sta al di sopra del legislatore come anche del giudice.

Alcuni meriti sono anche limiti. Così, l'attivazione da parte dei giudici non è del tutto esterna. In secondo luogo, se si legittima un controllo del genere, sul piano della concezione della legalità il dado è davvero tratto, nel senso che si riconosce un vero e proprio concorso dell'interpretazione nell'attività produttiva del diritto penale, anche se in realtà questo concorso c'è già ma si vuole far finta che non esista. Insomma, risulterebbe definitivamente acquisita la circostanza che l'interpretazione è elemento strutturale sostanziale della produzione del diritto penale. Infine, anche il ruolo e la funzione della Corte costituzionale muterebbero, perché la Consulta finirebbe per scegliere tra due soluzioni che risultano essere entrambe costituzionalmente legittime.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, si deve osservare come un controllo sulla tassatività non ponga problemi quando coincide con un controllo sulla eventuale violazione di diritti o principi sostanziali. In questa ipotesi la questione di legalità finisce per essere – per così dire – assorbita dalla questione "sostanziale", per cui alla fine la Consulta non potrà che adottare uno dei due orientamenti interpretativi in quanto costituzionalmente conforme. Problemi invece si pongono in presenza di due orientamenti contrastanti entrambi però conformi a Costituzione sul piano dei principi sostanziali: evidente come si crei una tensione tra Corte costituzionale, legislatore e giudici di legittimità. La scelta per il tipo criminoso legale può essere ritenuta una invasione di campo nelle scelte giurisdizionali. La scelta per il tipo criminoso giurisprudenziale può essere considerata una indebita alleanza con la giurisdizione. Ed inoltre, come sceglie la Corte costituzionale?

Lo scenario che si apre, come accennato, è molto complesso. Ma si tratta di uno scenario sul quale vale la pena riflettere, anche perché se non si ha il coraggio di riflettere su uno scenario del genere, ci si deve arrendere alla conclusione a cui Gaetano Contento giungeva già vent'anni fa: «l'unico principio costituzionale di cui, di fatto, è pressoché impossibile assicurare la osservanza, nella concreta esperienza del diritto, è proprio il principio di legalità»[12].

Ecco allora che se da un lato si può affermare che alla fine la legge non è in grado di arrestare la creatività legislativa, tuttavia dall'altro lato si deve ritenere che sia più opportuno che la scelta di valore di fondo sia compiuta dalla Corte costituzione piuttosto che dai giudici.

Altro tema ancora è quello della eventuale giustiziabilità a livello nazionale della singola decisione. Questo tipo di giudizio necessiterebbe di riforma. Inoltre, potrebbe riguardare la decisione sia per la violazione della legalità, sia per la violazione di diritti e principi sostanziali. Insomma, si potrebbe compiere a livello nazionale esattamente ciò

[12] G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in ID., *Scritti, 1964-2000*, Roma-Bari, 2002, p. 227.

che avviene a livello europeo. D'altra parte, potrebbe essere già un notevole progresso per le garanzie circoscriverlo alle sole ipotesi in cui la singola sentenza viola diritti o principi sostanziali (ad esclusione quindi della legalità) oppure si distacca da quanto statuito da sentenze della Corte costituzionale diverse da quelle di accoglimento. Si pensi ad esempio a quanto avviene nella applicazione delle fattispecie di istigazione a delinquere ed apologia di reato dove il pericolo concreto reclamato dalla giurisprudenza costituzionale alla fin fine non viene mai accertato.

4. Il problematico rapporto tra legislatore/giudice (Stato) e persona ovvero la questione dei contrasti giurisprudenziali.

Venendo adesso all'altro fronte problematico aperto dalla "nuova" legalità, concernente il rapporto tra Stato e persona, punto di partenza di queste riflessioni sono i contrasti e i mutamenti giurisprudenziali. Sul piano strutturale, possiamo parlare di contrasti sincronici o diacronici: il contrasto sincronico, il vero e proprio contrasto, si ha quando in un determinato arco temporale si vengono a creare contemporaneamente almeno due indirizzi contrastanti; il contrasto diacronico, quello che definiamo mutamento, si ha invece quando a un primo orientamento consolidato succede un altro contrastante. Inoltre, i contrasti possono essere sull'*an* (particolarmente significativi per la rilevanza della loro portata) come anche sul *quomodo* della punizione. Infine, con riferimento agli effetti applicativi, nel contrasto sincronico convivono un orientamento più sfavorevole e uno più favorevole; nel contrasto diacronico è l'orientamento successivo che può essere sfavorevole oppure favorevole.

Nella "nuova" legalità che riconosce un ruolo significativo all'interpretazione, va da sé che si possono verificare contrasti o mutamenti. A ben vedere, contrasti interpretativi sono sempre esistiti, a dimostrazione di quanto fosse un mito una legalità legalistica priva di interpretazione. Tuttavia, in passato, la visione legalistica che nella sostanza si illudeva che la legalità non implicasse interpretazione, ai contrasti interpretativi non si prestava molta attenzione. Un certo interesse per i contrasti sincronici emergeva quando si trattava il tema dell'*ignorantia legis*, ma al netto di questo passaggio, oltretutto più teorico che pratico, ai contrasti non veniva prestata particolare attenzione, tanto meno rilevanza.

Ebbene, è indubbio che contrasti e mutamenti pongono un problema di certezza, perché disorientano la persona, minando la sua libertà di autodeterminarsi. E il disorientamento finisce per essere per certi aspetti duplice: da un lato, in una prospettiva che afferma comunque la necessità di un legame tra dettato legislativo ed esito interpretativo, il disorientamento deriva dalla scollatura che intercorre tra disposizione e norma; dall'altro, quale che sia la concezione di legalità che si adottata, il disorientamento deriva dalla sussistenza di due norme dal messaggio comunicativo divergente. In entrambe le ipotesi il quesito che sorge è il seguente: quale la regola comportamentale da seguire?

Il tema diventa quindi come contenere/risolvere i contrasti. In modo più rigoroso potremmo dire che occorrono strumenti per tutelare la persona nella sua capacità di

autodeterminarsi in termini autenticamente liberi, emergendo qui uno spostamento dell'asse della nuova legalità verso il rapporto tra Stato (legislatore/giudice) e persona.

A dire il vero, anche l'esigenza di un contenimento dei contrasti si è sempre posta. La legalità illuministica (legalistica) nasce proprio come rimedio alla caoticità derivante dalla prassi applicativa. Tuttavia, nella prospettiva legalistica l'esigenza veniva soddisfatta – per così dire – mitologicamente a monte, negando un ruolo alla stessa attività interpretativa. Un mito sfatato dalla realtà.

Nella prospettiva di una legalità che riconosce realisticamente un ruolo "attivo" all'interpretazione, il tema del contenimento dei contrasti apre a due fronti. Da un lato, vi sono gli strumenti istituzionali orientati a prevenire o risolvere i contrasti e quindi a stabilizzare il diritto vivente. Tali strumenti incidono sui rapporti tra poteri, realizzando così una tutela indiretta della persona.

Dall'altro lato, sta il fronte degli strumenti – per così dire – di tutela diretta della persona, nel senso che per soddisfare esigenze di certezza/autodeterminazione occorre tutelare la persona da eventuali scollature tra la legge interpretata al momento del fatto e quella interpretata al momento della decisione. Insomma, se, da un lato, si attribuisce rilevanza alla legalità effettiva, prodotta dai poteri legislativo e giudiziario dello Stato complessivamente inteso, dall'altro lato, occorre evitare che il riferimento alla legalità effettiva generi abusi impedendo alle persone di autodeterminarsi.

4.1. Gli strumenti istituzionali di stabilizzazione degli orientamenti interpretativi ovvero gli strumenti di tutela indiretta della persona.

Per quanto riguarda il primo fronte istituzionale, si possono distinguere due prospettive: da un lato, una prospettiva che potremmo definire preventiva, volta a prevenire i contrasti; dall'altro lato, una prospettiva risolutiva, volta invece a risolvere i contrasti.

È bene precisare fin da sùbito che si tratta di due prospettive che se differiscono sicuramente sul piano della operatività e del rapporto che hanno con l'attività ermeneutica del singolo giudice che decide il caso concreto, tuttavia non è detto che differiscano sul piano del paradigma della legalità. A ben vedere, infatti, mentre la prospettiva preventiva, come vedremo meglio in seguito, porta necessariamente ad una legalità giurisprudenziale, la seconda prospettiva risolutiva, invece, non è detto che conduca necessariamente a una legalità costituzionale. Insomma, la prospettiva risolutiva dei contrasti porta a una legalità costituzionale soltanto se sono possibili quei controlli esterni sulla tassatività che abbiamo già messo in evidenza nei precedenti paragrafi. Altrimenti, in assenza di tali controlli, nella prospettiva risolutiva è ben possibile che il ruolo della giurisprudenza si potenzi fino a compromettere l'indirizzo del legislatore. Con la peculiarità che la legalità giurisprudenziale in prospettiva risolutiva risulta comunque maggiormente capace di valorizzare l'attività ermeneutica rispetto alla legalità giurisprudenziale in prospettiva preventiva, in quanto la prospettiva risolutiva lascia che la giurisprudenza trovi – per così dire – autonomamente

la propria strada ermeneutica, ammettendo anche la possibilità di un contrasto, destinato ad essere risolto con l'intervento delle Sezioni Unite in termini di ultima *ratio*.

In conclusione, la prospettiva preventiva, al pari per certi aspetti di quanto avviene per la legalità legalistica basata sulla lettera e il dominio del legislatore, tende a comprimere la stessa attività ermeneutica sotto il profilo del rapporto tra legislatore e giudice, riducendo il problema interpretativo a un rapporto tra giudice e giudice e ponendo senz'altro in secondo piano il ruolo orientativo della legge astratta nell'attività ermeneutica del giudice. Nella prospettiva preventiva, infatti, come vedremo meglio tra poco, il problema che si pone è di stabilizzare il prima possibile un orientamento condiviso.

Diversamente, la prospettiva risolutiva valorizza l'ermeneutica anche sotto il profilo del rapporto tra legislatore e giudice, perché in presenza di un contrasto giurisprudenziale occorre poi scegliere l'interpretazione da consolidare e la scelta di questa interpretazione non può che essere compiuta anche alla luce della legge nella sua configurazione astratta. D'altra parte, se la prospettiva risolutiva non è accompagnata da meccanismi istituzionali di controllo esterno sulla tassatività, vi sono buone ragioni per ritenere che giunga comunque a una legalità giurisprudenziale. Se invece è accompagnata da meccanismi istituzionali di controllo, aumentano i margini per un recupero del ruolo degli indirizzi del legislatore e quindi ci si orienta verso una legalità costituzionale.

4.1.1. La prospettiva preventiva e il vincolo del precedente.

Per quanto riguarda la prospettiva preventiva, l'idea di fondo è di prevenire la stessa formazione del contrasto attraverso lo strumento del vincolo del precedente. Vero obiettivo della prospettiva preventiva è quindi la rapida stabilizzazione dell'interpretazione (norma), senza curarsi troppo del suo rapporto con la legge astratta (disposizione). Insomma, ciò che si vuole ottenere è che si consolidi quanto prima un indirizzo interpretativo univoco, vale a dire un diritto vivente condiviso capace di dare certezza alla persona destinataria della norma.

Del tutto logico, potremmo dire, che in questa prospettiva giochino un ruolo fondamentale le primissime pronunce destinate alla stabilizzazione in quanto in futuro condivise. Il vincolo del precedente non può che essere semplice (non qualificato), perché se fosse qualificato significherebbe che si è formato il contrasto e quindi l'intervento qualificato opererebbe in termini risolutivi.

Come accennato, in questa prospettiva, passa inevitabilmente in secondo piano il tema del rapporto tra interpretazione e legge: alla fin fine ciò che interessa è la stabilizzazione dell'interpretazione quale che sia o comunque senza interrogarsi troppo circa il rapporto tra interpretazione stabilizzata e legge. Nella prospettiva preventiva, è del tutto naturale che si venga a creare una sorta di "tipo giurisprudenziale" diverso dal "tipo legale" tipizzato dal legislatore. Ma per certi aspetti si allenta anche il rapporto che intercorre tra l'esigenza interpretativa e il singolo caso concreto, in quanto la scelta

interpretativa tende ad essere condizionata anche dalla sua capacità persuasiva per il futuro [Viganò].

Vincolo del precedente significa quindi una legalità nella sostanza giurisprudenziale contraddistinta da un certo dominio del giudice sullo stesso legislatore, dove la legge costituisce il punto di partenza, mentre poi la produzione "effettiva" del diritto penale passa nella sostanza interamente nelle mani del giudice, anche perché il rapporto "sostanziale" tra legge e interpretazione tende ad essere negletto, interessando piuttosto la stabilizzazione in quanto tale.

È indubbio che il vincolo del precedente rafforza la stabilità dell'ordinamento anche perché opera a monte, evitando a priori l'incertezza. Tuttavia non sono trascurabili le problematiche e gli inconvenienti.

Prima problematica è proprio quella del tendenziale disinteresse rispetto alla legge astratta. Non si assiste soltanto a un colpo ulteriore assestato alla legalità della legge: lo stesso costituzionalismo e ancor più una configurazione del controllo costituzionale che incentiva una verifica preliminare di interpretazione conforme anche in tensione con la legge, depotenzia e svalorizza il ruolo della legge astratta[13]. Ma, a ben vedere, si assiste alla configurazione di una vera e propria nuova legalità, da intendersi come vero e proprio nuovo e diverso paradigma, per l'appunto giurisprudenziale, contraddistinto dal dominio del giudice sul legislatore nella produzione del diritto penale. La "speranza" è che la prima interpretazione risulti conforme al "tipo legale", ma se questo non accade è indubbio che si forma un "tipo giurisprudenziale" destinato a prendere il posto di quello legale.

La seconda problematica creata dal vincolo del precedente è una tendenziale rigidità del sistema, simile a quella che contraddistingue la legalità legalistica, con inevitabile sofferenza rispetto alle esigenze che a volte si pongono sul piano dell'adattamento di un testo legale alle dinamiche fattuali e sociali. Emerge così un'interessante contraddizione: da un lato, si valorizza il ruolo della giurisprudenza in termini di concorso alla produzione del diritto penale, ma, dall'altro lato, si viene a svilire proprio la funzione adattatrice propria del contributo giurisprudenziale.

Terza questione, connessa alla precedente. Non ci possiamo dimenticare che anche la giurisprudenza, vale a dire l'applicazione della legge può porsi in contrasto con il dettato costituzionale per violazione di diritti e principi sostanziali, con la conseguenza che attraverso il vincolo del precedente ben potrebbe consolidarsi un orientamento addirittura costituzionalmente illegittimo.

Ultima questione: proprio per evitare l'inconveniente della rigidità, è più che plausibile che la giurisprudenza si frammenti in molteplici orientamenti casistici, dove

---

[13] Si pensi alla sentenza di *inammissibilità* della Corte costituzionale n. 322 del 2007, relativa all'irrilevanza dell'*error aetatis* sancita dall'allora vigente art. 609-*sexies* c.p., in cui si "rimprovera" il giudice rimettente di non essersi posto «neppure il problema di verificare la praticabilità di una interpretazione *secundum costitutionem* della disposizione denunciata», ma si prospetta come soluzione conforme a Costituzione una disciplina basata sul giudizio di evitabilità/inevitabilità dell'errore, equiparando errore sul fatto ed errore sul precetto che sono due situazioni completamente diverse e finendo per punire comunque come doloso un fatto che alla fine dovrebbe essere punito come colposo.

il criterio alla luce del quale compiere l'attività di comparazione/distinzione propria della interpretazione finisce per essere dettato dal fatto e quindi per essere autenticamente di tipo fattuale, con conseguente, se non dissoluzione, quanto meno frammentizzazione del tipo in una vera e propria casistica.

Ebbene, è interessante osservare come per rimediare a questi inconvenienti l'unica strada percorribile sia quella di potenziare un controllo esterno avente ad oggetto non solo la legge ed esperibile dai giudici, ma avente ad oggetto la stessa decisione del giudice, vale a dire la legge interpretata ed applicata al caso concreto, ed esperibile direttamente dai cittadini, e ciò al fine di sindacare non solo il rispetto da parte della decisione dei principi e dei diritti sostanziali, ma anche il rispetto da parte dei giudici della legalità: insomma si creerebbe un controllo totalmente esterno sulla tassatività, vale a dire un controllo sul rapporto tra legge e interpretazione da parte di un organo (Corte costituzionale) diverso da quello deputato all'interpretazione (al monopolio interpretativo) della legge ed attivato non dai giudici ma dalla persona.

4.1.2. La prospettiva risolutiva e il ruolo delle Sezioni Unite.

Meglio curare che prevenire. Si noti che l'idea di curare, risolvere il contrasto, muove non solo dalla consapevolezza del pluralismo interpretativo, ma anche dalla consapevolezza della sua utilità sul piano ermeneutico, per cui in un contesto argomentativo non si può che dare uno spazio e "sfogo" al vitalismo del formante giurisprudenziale.

Come accennato, meccanismo risolutivo non significa di per sé legalità costituzionale.

Per quanto riguarda il funzionamento, il meccanismo risolutivo si lega al tema della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. Originariamente, in presenza di una legalità legalistica, la Corte di Cassazione era a presidio della interpretazione "corretta", potremmo dire a presidio della interpretazione (maggiormente) conforme alla lettera della legge. Tuttavia, nel momento in cui si è attribuito un ruolo sempre maggiore alle Sezioni Unite per dirimere contrasti, si è disvelato come la realtà giuridica fosse più complessa: nella stessa Corte di Cassazione erano presenti più interpretazioni "plausibili".

In presenza di una legalità che attribuisce significato all'interpretazione, il ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione muta, potenziandosi inevitabilmente il ruolo delle Sezioni Unite, non solo e non tanto al fine di controllare "la legalità" degli orientamenti interpretativi, ma soprattutto l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali. Mentre le Sezioni semplici svolgono la funzione di indagare argomentativamente le soluzioni possibili anche in una prospettiva teleologica e sistematica più articolata, le Sezioni Unite hanno la funzione di stabilizzare il tipo criminoso.

In questa prospettiva, si apre la dinamica interna alla Cassazione tra Sezioni semplici, Sezioni Unite, e, là dove si ammette un controllo esterno sulla tassatività, la dinamica esterna alla Cassazione tra Sezioni Unite e Corte costituzionale.

L'idea di fondo è di fare emergere il pluralismo interpretativo e quindi di valorizzare proprio il vitalismo del formante giurisprudenziale. Quindi il contrasto risulta ammissibile. Dopo di che, per recuperare in termini di certezza, là dove si forma un contrasto, si pone la necessità di un pronunciamento qualificato capace di risolverlo. Passaggio ulteriore e possibile, successivo al pronunciamento delle Sezioni Unite è, come abbiamo accennato in precedenza, quello alla Corte costituzionale. Inoltre, come vedremo in seguito, il quadro si può complicare ulteriormente là dove dopo una sentenza delle Sezioni Unite, si abbia un nuovo pronunciamento delle Sezioni Unite.

4.1.3. L'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

Prima di chiudere sugli strumenti indiretti di tutela della persona, alcune considerazioni sull'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

Tale disciplina, pur essendo orientata a scopi preventivi, tuttavia si inserisce all'interno della prospettiva risolutiva dei contrasti, attenendo a una fase del tutto peculiare, vale a dire alla fase successiva all'intervento delle Sezioni Unite compiuto per risolvere un contrasto. Ebbene, rispetto a questa fase, e quindi con riguardo alla giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite, la disposizione in esame attribuisce una certa valenza rafforzata alla pronuncia delle Sezioni Unite (ecco la componente preventiva di questo meccanismo), per cui se dopo la sentenza delle Sezioni Unite che ha risolto un contrasto, la Sezione semplice intende discostarsi dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, la Sezione semplice deve rimettere la questione alle stesse Sezioni unite.

Il meccanismo deve essere indagato a fondo, sia sul piano dei rapporti tra poteri, sia sul piano delle garanzie dirette per la persona.

Sotto il primo profilo, come accennato, scopo immediato è quello di limitare – per così dire – in via preventiva, che dopo le Sezioni Unite si possa riaprire un fronte di contrasto. Nella sostanza si attribuisce una sorta di forza vincolante relativa al precedente qualificato delle Sezioni Unite, "costringendo" la Sezione semplice che non è persuasa dal principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite di interfacciarsi subito e direttamente con queste ultime, delineando un'alternativa molto stretta: o la Sezione semplice si adegua a quanto stabilito dalle Sezioni Unite oppure deve essere nuovamente rimessa la questione alle Sezioni Unite.

D'altra parte, è proprio rispetto a questa fase *post* sentenza delle Sezioni Unite che, come abbiamo visto in precedenza, si apre la questione della possibilità per la Sezione semplice di rimettere questione alla Corte costituzionale per un eventuale controllo esterno sulla tassatività. Anzi, in virtù di questo meccanismo così stringente, non è da escludere che le Sezioni semplici possano trovare nella Corte costituzionale una interlocuzione privilegiata per far valere le proprie ragioni, basandosi proprio sulla circostanza che il diritto vivente si è assestato sulle posizioni delle Sezioni Unite e che non esiste altra strada che la questione di legittimità costituzionale.

Sotto il secondo profilo delle garanzie dirette per la persona, si deve osservare come, proprio alla luce di questo meccanismo, la questione della tutela diretta della

persona, che vedremo a breve, si faccia ancora più pregnante, perché a questo punto può ben accadere che all'interno di un determinato arco temporale sulla stessa questione si succedano due sentenze delle Sezioni Unite: per risolvere un contrasto viene pronunciata una prima sentenza delle Sezioni Unite che afferma un certo principio di diritto; la giurisprudenza successiva si attiene a questo principio; in seguito, una Sezione semplice ripropone la questione; infine, le Sezioni Unite decidono una seconda volta in termini diversi da quanto precedentemente deciso da loro stesse.

Ebbene, questo è esattamente quanto accaduto rispetto alla vicenda dell'accesso abusivo a un sistema informatico e alla produzione del materiale pedo-pornografico a cui abbiamo già fatto riferimento. In questa seconda vicenda, oltretutto, la seconda sentenza, più che risolvere un contrasto, ha determinato un vero e proprio mutamento giurisprudenziale.

Stando così le cose, non è da escludere che le Sezioni Unite, condizionate dai rischi derivanti dal mutamento, adottino fin da subito la soluzione più estensiva. Così come è ben possibile che nell'affrontare la seconda questione, sempre per evitare le problematiche derivanti dal mutamento, le Sezioni Unite tendano a distinguere e differenziare la seconda questione rispetto alla prima.

Al di là di questi aspetti, a dire il vero molto rilevanti, in presenza di una seconda sentenza delle Sezioni Unite si pone il tema di come trattare la persona che ha agito basandosi sul principio di diritto enunciato dalla prima sentenza delle Sezioni Unite e poi disatteso dalla seconda sentenza delle Sezioni Unite.

Ecco aprirsi il fronte delle garanzie – per così dire – dirette della persona.

4.2. Gli strumenti di tutela diretta della persona.

Passiamo quindi al tema della tutela diretta della persona all'interno del nostro contesto istituzionale, basato sul meccanismo risolutivo dei contrasti.

Nel momento in cui si accettano margini "istituzionali", "fisiologici" di incertezza, in quanto è lo stesso sistema che si configura per dare spazio e voce al vitalismo interpretativo del formante giurisprudenziale, appare difficile non riconoscere rilevanza a strumenti di tutela allorquando la persona ha agito nel contesto di incertezza, vale a dire durante il contrasto o prima del mutamento giurisprudenziale o addirittura dopo il pronunciamento qualificato risolutivo del contrasto giurisprudenziale, poi ulteriormente modificato da un'ulteriore successiva pronuncia qualificata.

Insomma, se è vero che il sistema risolutivo prevede fasi o momenti di passaggio e transizione contraddistinti da incertezza, è anche vero che rispetto a queste fasi è difficile non prevedere strumenti di tutela della persona. A maggior ragione a seguito di pronunce qualificate stabilizzanti.

In via preliminare si pone il problema se si possa/debba distinguere tra contrasto e mutamento giurisprudenziale. Per esempio, la giurisprudenza della Corte EDU tende a non compiere una distinzione di questo tenore, anche perché a volte può risultare difficile. In alcune pronunce la Corte EDU parla di "capovolgimento giurisprudenziale", ma spesso, come ad esempio nella vicenda Contrada, la tipologia di contrasto non viene

particolarmente attenzionata. D'altra parte, a nostro avviso, è opportuno distinguere tra contrasto e mutamento, trattandosi di due realtà completamente diverse che, come vedremo, pongono problemi molto diversi e conseguentemente reclamano "trattamenti" diversi.

Così, ad esempio, non si può fare a meno di notare come nell'ipotesi di accesso abusivo a un sistema informatico, entrambe le sentenze delle Sezioni Unite siano state pronunciate a seguito del formarsi di un vero e proprio contrasto giurisprudenziale, in quanto prima di entrambe v'è stato un periodo di durata piuttosto significativa dove hanno convissuto sentenze che rispetto alla medesima questione giungevano a soluzioni opposte. Diversamente, nella vicenda relativa alla produzione di materiale pedopornografico, se la prima sentenza delle Sezioni Unite è stata adottata in presenza di un contrasto, la seconda pronuncia, invece, è stata adottata in assenza di un vero e proprio contrasto, risultando assolutamente prevalente l'indirizzo giurisprudenziale che richiedeva il pericolo concreto di diffusione del materiale, in conformità a quanto stabilito dalla prima sentenza delle Sezioni Unite.

4.2.1. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto sincronico.

Con riferimento al contrasto sincronico, e quindi al vero e proprio contrasto giurisprudenziale, si deve considerare che la persona può aver agito durante il periodo in cui tale contrasto sussisteva.

Come abbiamo visto, l'ordinamento prevede che il contrasto sia poi risolto dalle Sezioni Unite. Il tema diventa: le Sezioni Unite e i giudici successivi alla eventuale sentenza delle Sezioni Unite come devono "trattare" il fatto commesso durante il contrasto e prima della sentenza delle Sezioni Unite?

Occorre distinguere almeno tre situazioni molto diverse tra di loro. Anzitutto, v'è la situazione in cui la Sezione semplice si trova a decidere in presenza di un contrasto giurisprudenziale in atto: se è indubbio che la Sezione semplice può rimettere la questione alle Sezioni Unite, tuttavia ci dobbiamo chiedere se – per così dire – in alternativa, sia nella sua possibilità rimettere questione di legittimità costituzionale per indeterminatezza della fattispecie?

In secondo luogo, v'è la situazione in cui le Sezioni Unite decidono: una volta deciso per la soluzione sfavorevole, le Sezioni Unite devono tener conto della circostanza che la persona ha agito in presenza di un contrasto?

Infine, v'è la terza situazione in cui, risolto il contrasto da parte delle Sezioni Unite, le Sezioni semplici si trovano a decidere dopo la sentenza delle Sezioni Unite per fatti commessi durante il contrasto e prima della sentenza delle Sezioni Unite, dovendosi le Sezioni semplici misurare con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

4.2.1.1. La Sezione semplice davanti al contrasto giurisprudenziale in atto.

Il giudice che si trova a decidere in presenza di un contrasto in atto a ben vedere si può trovare, oggi, nell'alternativa tra rimettere la questione alle Sezioni Unite oppure sollevare questione di legittimità costituzionale per indeterminatezza della disposizione.

Se la prima opzione può considerarsi – per così dire – classica e tradizionale, la seconda si presenta per certi aspetti nuova e derivante dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Se infatti la Corte costituzionale considera determinata la disposizione rispetto alla quale si è creato un diritto vivente consolidato, vi possono essere gli estremi per ritenere che l'esistenza nel diritto vivente di un contrasto perdurante sia indice di una indeterminatezza – per così dire – in concreto, proprio in virtù della mancanza di un diritto vivente che si è venuto a consolidare. Detto diversamente, alla indeterminatezza derivante dalla non interpretabilità in astratto della disposizione (ipotesi per la verità ormai più di scuola che reale), si potrebbe ritenere che si sia aggiunta l'indeterminatezza derivante dalla mancanza di un diritto vivente consolidato a causa della permanenza di un contrasto giurisprudenziale. Con la conseguenza che la Corte finirebbe per valorizzare il ruolo tassativizzante svolto dalla giurisprudenza.

Al netto di quest'ultima considerazione, il punto è: cosa dovrebbe fare la Corte costituzionale in presenza di una questione di legittimità sollevata per indeterminatezza della legge in virtù della inesistenza di un diritto vivente consolidato ovvero della esistenza/persistenza di un contrasto giurisprudenziale?

Una soluzione potrebbe essere quella di dichiarare l'illegittimità per la mera esistenza del contrasto. Si tratterebbe, tuttavia di una soluzione che non può essere accolta. Da un lato, infatti, ricavare l'indeterminatezza dalla mera esistenza di un contrasto (la registrazione di un contrasto determina indeterminatezza) potrebbe portare alla conclusione che una disposizione in astratto decisamente determinata divenga indeterminata perché la giurisprudenza di legittimità non è stata in grado di trovare un orientamento condiviso. Dall'altro lato, si tratta di soluzione problematica che finisce per contraddire lo stesso sistema basato sul "meccanismo risolutivo" e oggi ulteriormente rafforzato dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., meccanismo che ha come presupposto il carattere fisiologico dei contrasti giurisprudenziali.

Ecco allora che il riferimento alla univocità del diritto vivente consolidato in un orientamento condiviso può essere utile per colmare difetti di determinatezza apprezzabili già in astratto. Ma il riferimento al contrasto nel diritto vivente in sé e per sé considerato, dal quale evincere l'indeterminatezza della disposizione sarebbe rischioso e disfunzionale.

Più opportuno quindi muovere dall'idea che una disposizione che risulta indeterminata già in astratto possa risultare comunque determinata in concreto, con la conseguenza che se tale determinatezza non è raggiunta, non si può che dichiarare la norma costituzionalmente illegittima. E in questa prospettiva sembra essersi mossa proprio la giurisprudenza della Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019, che ha riconosciuto l'indeterminatezza dell'art. 1, comma 1, lett. a) del Codice antimafia non soltanto perché sussisteva un contrasto nell'interpretazione dell'espressione "traffici

delittuosi", ma prima ancora perché le diverse interpretazioni «di un termine geneticamente vago come quello dei "traffici delittuosi", non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura». Insomma, il presupposto è stato l'indeterminatezza della disposizione già in astratto.

In questa prospettiva, quindi, il principio di determinatezza finisce per essere così declinabile: anzitutto, v'è la disposizione non interpretabile (lo ribadiamo: caso di scuola); in secondo luogo, v'è la norma interpretabile, che però già in astratto può risultare determinata o indeterminata (il giudizio di indeterminatezza in astratto non è stato totalmente superato, altrimenti saremmo ancora una volta in presenza di una legalità giurisprudenziale); in terzo luogo, rispetto alla legge già in astratto interpretabile, ma di per sé già in astratto assai generica e indeterminata, se la giurisprudenza riesce a svolgere una funzione tassativizzante, il *vulnus* si può considerare superato, ma se permangono contrasti interpretativi, allora il *vulnus* risulta insuperabile o comunque insuperato e quindi si può dichiarare l'illegittimità.

Insomma, il riferimento che la Corte costituzionale compie al ruolo tassativizzante del diritto vivente per colmare l'eventuale lacuna di determinatezza della fattispecie in astratto non deve portare a credere che non vi siano spazi per affermare una indeterminatezza in astratto. Anzi, è proprio in presenza di una legge già in astratto interpretabile e indeterminata che la Corte costituzionale può dare *chance* al diritto giurisprudenziale affinché possa trovare l'interpretazione tassativizzante. Ma quando questo non accade, allora una dichiarazione di illegittimità costituzionale risulta inevitabile, non tanto per l'esistenza di un contrasto in sé, ma più a monte per l'indeterminatezza della disposizione che non ha trovato una sua determinatezza in concreto. Quindi ad una non interpretabilità in astratto che significa indeterminatezza assoluta, si può affiancare una interpretabilità in astratto contraddistinta però da indeterminatezza, la quale pertanto è relativa, superabile cioè dal diritto vivente. Ma se poi il diritto vivente non riesce a trovare una univocità, è evidente come, in virtù della originaria indeterminatezza in astratto non superata, si debba giungere alla conclusione che la disposizione sia illegittima.

Un'ultima considerazione. Si potrebbe ritenere che nel riconoscere questo ruolo tassativizzante alla giurisprudenza si sia in realtà in presenza di un paradigma della legalità giurisprudenziale, per cui alla fin fine il tipo criminoso viene definito dalla giurisprudenza. Tuttavia, si deve ritenere che la prospettiva sia autenticamente costituzionale. Da un lato, infatti, non ci possiamo dimenticare che la legge in astratto risulta essere indeterminata, con la conseguenza che in realtà un tipo criminoso legale alla fin fine non esiste. Dall'altro lato, nella alternativa tra dichiarare la disposizione costituzionalmente illegittima oppure aprire al contributo tassativizzante della giurisprudenza, la scelta di questa seconda opzione pone – per così dire – legislatore e giurisprudenza dalla stessa parte, in una prospettiva di autentica collaborazione. Insomma, a ben vedere, l'impianto di questo ragionamento non è dissimile a quello che spesso impiega la Corte costituzionale rispetto al principio sostanziale di offensività.

Ma eccoci al punto davvero centrale: in questo scenario a farne le spese rischia di essere la persona. Si torni alla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 e si consideri l'altra ipotesi prevista dal codice antimafia, disciplinata dall'art. 1, comma 1, lett. b), e che la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente legittima in quanto risulta determinata «alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza de Tommaso»: ebbene, la determinatezza è stata raggiunta in un momento successivo a quello in cui i soggetti hanno agito. Detto in altri termini, per stessa ammissione della Corte, prima dell'apporto tassativizzante della giurisprudenza i soggetti hanno agito in presenza di una norma assolutamente indeterminata, in astratto e in concreto.

Dobbiamo considerare davvero del tutto irrilevante questa circostanza? O forse non sarebbe più opportuno affermare che chi è stato sottoposto a misura di prevenzione per quella ipotesi prima del consolidamento del diritto vivente avente carattere tassativizzante non può più esserlo?

Con la conseguenza che anche rispetto alle misure di prevenzione non può non trovare applicazione il principio di irretroattività, sia in astratto, sia in concreto.

4.2.1.2. La decisione delle Sezioni Unite.

Una volta rimessa la questione alle Sezioni Unite, queste ultime decidono secondo le modalità a cui abbiamo accennato in precedenza (scelta della *ratio* alla luce della quale compiere la comparazione tra due ipotesi).

Si pone il problema di come trattare il caso concreto che le Sezioni Unite decidono e cioè se, nell'ipotesi in cui si scelga il trattamento più sfavorevole, si possa attribuire rilevanza alla circostanza che la persona ha commesso il fatto in presenza di un contrasto giurisprudenziale.

A me pare che qui si debbano distinguere due situazioni ulteriori: quella in cui in presenza di contrasto c'è la "prima" sentenza delle Sezioni Unite e quella in cui, dopo una sentenza delle Sezioni Unite, si sia formato un ulteriore contrasto che ha dato luogo a una seconda rimessione e quindi a una seconda sentenza delle Sezioni Unite.

Nella ipotesi di primo contrasto e prima sentenza delle Sezioni Unite, non vi dovrebbero essere particolari problemi nel trattare il caso concreto. Si tratta di una pronuncia che parla soprattutto per il futuro.

Ciò significa anzitutto che non può operare il principio di irretroattività, per la semplice ragione che manca lo stesso fenomeno della successione tra fonti: anche là dove si ammette che il fenomeno successorio sussiste anche quando succedono interpretazioni diverse, tuttavia in presenza di un contrasto non v'è successione di "leggi interpretate", perché le "due leggi" convivono.

Piuttosto si pone un problema di ignorantia/prevedibilità della decisione. Sul punto si deve osservare come *ignorantia legis* nazionale e prevedibilità europea/convenzionale si vengano a sovrapporre: mentre l'*ignorantia legis* nazionale tende a valorizzare soprattutto aspetti soggettivi (conoscenze e competenze soggettive), attribuendo però una certa rilevanza anche a quelli oggettivi (esistenza di un contrasto); la prevedibilità europea/convenzionale privilegia soprattutto gli aspetti oggettivi, ma

prende in considerazione anche aspetti soggettivi. Vero tutto questo, il dato che a noi interessa è che, quale che sia la prospettiva che si adotta (nazionale o europea), si attribuisce rilevanza al rapporto tra la persona e la legge.

Ebbene, se si adotta una prospettiva "soggettiva" della prevedibilità, le Sezioni Unite dovrebbero compiere il giudizio di evitabilità/inevitabilità avuto riguardo alle peculiari condizioni del soggetto.

Se invece si adotta una prospettiva "oggettiva" della prevedibilità, le Sezioni Unite dovrebbero decidere anche se la soluzione del contrasto in senso sfavorevole fosse o meno prevedibile.

Scegliere tra la prima e la seconda opzione ha conseguenze rilevantissime. Anzitutto, muta il rapporto tra Sezioni Unite e Sezioni semplici che si pronunciano dopo la sentenza delle Sezioni Unite: se infatti si adotta la soluzione soggettiva, le Sezioni Unite dovranno compiere il loro giudizio di prevedibilità soggettiva e le Sezioni semplici successive dovranno compiere a loro volta il loro giudizio. In sostanza, la prevedibilità soggettiva sarà decisa caso per caso. Se invece si adotta la soluzione oggettiva, la decisione delle Sezioni Unite avrà per l'appunto una portata oggettiva destinata a vincolare anche le Sezioni semplici successive che si trovano a decidere condotte commesse in presenza del contrasto prima della sentenza delle Sezioni Unite.

Seconda precisazione. Se si adotta la prospettiva "oggettiva" della prevedibilità, si deve osservare come il parametro per misurarla non potrebbe che essere quello del tipo criminoso legale ovvero della essenza dell'infrazione adottato dalla Corte EDU. Aspetto, questo, decisamente interessante, perché dimostra come lo stesso concetto di prevedibilità oggettiva costringa a una rivalutazione del ruolo della legalità.

Più precisamente, per affermarsi la prevedibilità oggettiva si deve ritenere che l'interpretazione adottata sia un'interpretazione conforme al tipo criminoso legale, in quanto, diversamente, se la prevedibilità oggettiva fosse misurata sulla base degli orientamenti giurisprudenziali, lo stesso concetto di prevedibilità oggettiva salterebbe, risultando inevitabilmente prevedibile la decisione che sceglie tra due orientamenti esistenti al momento della realizzazione del fatto.

Ecco allora che suscita notevoli perplessità la seguente affermazione della Corte di cassazione in tema di prevedibilità contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite in tema di tentativo di rapina impropria: «nella giurisprudenza della Corte EDU al suddetto principio [al principio di legalità] si collegano valori della accessibilità (*accessibility*) della norma violata e della prevedibilità (*foreseeability*) della sanzione, accessibilità e prevedibilità che si riferiscono non alla semplice astratta previsione della legge, ma alla norma "vivente" quale risulta dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici; pertanto la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale […]. Nel caso in esame la prevedibilità del risultato interpretativo con riferimento al "diritto vivente" è piuttosto rappresentata da una giurisprudenza, non proprio maggioritaria, ma addirittura granitica».

Ebbene, se si ragiona in questi termini non vi sarà mai spazio per una prevedibilità in senso oggettivo e si andrà verso un paradigma di legalità necessariamente giurisprudenziale. Insomma, la prevedibilità oggettiva non deve essere

parametrata sulla base degli orientamenti giurisprudenziali, ma sulla base del criterio della conformità del mutamento rispetto al tipo, nel senso che prevedibile è l'interpretazione che pur essendo diversa da quella consolidata rientra comunque nei confini tracciati dal disvalore del tipo.

Ecco allora che il richiamo della prevedibilità per limitare l'affermazione di orientamenti interpretativi che contestano quello consolidato, nasconde il rischio di uno scivolamento verso una deriva – per così dire – scettica ovvero verso una prospettiva meramente giurisprudenziale che potrebbe portare ad estromettere del tutto i binari tracciati dal tipo. Seguendo tale via, infatti, si potrebbe giungere alla conclusione che la tassatività sia rispettata tutte le volte che si adotta una soluzione interpretativa conforme al precedente. Tuttavia, l'interpretazione conforme al precedente si deve ritenere legittima non solo e non tanto se prevedibile in quanto riconducibile ad un orientamento consolidato, quanto piuttosto se prevedibile in termini di tipo. In buona sostanza, sia che la decisione confermi, sia che modifichi l'orientamento più condiviso, è comunque necessario che l'indirizzo confermato o quello che se ne discosta siano riconducibili al disvalore forgiato dal tipo.

A nostro avviso, riguardo al contrasto sincronico, tra la prevedibilità soggettiva e quella oggettiva risulta preferibile la prima soggettiva, sia perché la presenza del contrasto fa sorgere proprio il dubbio che dovrebbe condurre all'astensione, sia perché è lo stesso ordinamento che in questa fase accoglie e tollera un contrasto giurisprudenziale, con la conseguenza che il sistema salterebbe se da un lato si tollerasse il contrasto e dall'altro lato si facesse poi operare in termini oggettivi una ipotesi di discolpa. Inoltre, non si può fare a meno di ricordare come il contrasto interpretativo possa essere "spia" di una disposizione già in astratto indeterminata, potendosi rimettere la questione alla Corte costituzionale da parte delle Sezioni semplici oppure anche da parte delle stesse Sezioni Unite, prima comunque che si stabilizzi un orientamento condiviso.

Certo, si avverte un qualcosa di distonico nel poter comunque punire in presenza di un contrasto giurisprudenziale. Anche perché la responsabilità di questo contrasto è dell'ordinamento, con la conseguenza che far dipendere l'eventuale esclusione della responsabilità dal soggetto significa nella sostanza richiedere al soggetto di farsi carico e di sopperire a disfunzioni create dall'ordinamento. Ma la soluzione della prevedibilità soggettiva, al momento, finisce per essere, forse, la soluzione di maggiore equilibrio tra un sistema basato su un meccanismo risolutivo e la presa in considerazione delle esigenze di garanzia del soggetto.

Diversa è la situazione allorquando vi è un secondo contrasto e una seconda sentenza delle Sezioni Unite. Questa situazione si è verificata con la vicenda dell'accesso abusivo a un sistema informatico. Ebbene, nel momento in cui si estende ulteriormente la punibilità rispetto alla prima sentenza delle Sezioni Unite è difficile non porsi il problema della prevedibilità in termini oggettivi, con la conseguenza che allorquando le Sezioni Unite intervengono per la seconda volta su un contrasto oltretutto ulteriore e diverso, la cui soluzione può determinare un'ulteriore estensione dell'ambito applicativo della disposizione, dovrebbero affrontare in termini rigorosi il tema del rapporto tra tipo criminoso legale e interpretazioni giurisprudenziali.

4.2.1.3. La decisione della Sezione semplice dopo la decisione delle Sezioni Unite riguardo a fatti commessi prima.

La terza situazione è quella in cui le Sezioni semplici decidono dopo la sentenza delle Sezioni Unite rispetto a comportamenti tenuti in presenza del contrasto e prima della sentenza delle Sezioni Unite.

Occorre distinguere due situazioni ulteriori. La prima. La Sezione semplice aderisce al principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite. In questa ipotesi, il problema della tutela diretta della persona sarà affrontato dalla Sezione semplice nei termini in cui è stato affrontato dalle Sezioni Unite, per cui se le Sezioni Unite risolvono la questione in termini soggettivi e quindi sono andate a scandagliare in concreto il rapporto tra il singolo soggetto e la legge, anche la Sezione semplice andrà a scandagliare di volta in volta la prevedibilità soggettiva; se invece le Sezioni Unite hanno dato rilevanza alla prevedibilità oggettiva, la Sezione semplice non può che aderire alla stessa soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Nella seconda ipotesi, la Sezione semplice non aderisce alle Sezioni Unite, quindi opera la disciplina del 618, comma 1-*bis*, c.p.p., ma si riapre anche il problema di un'eventuale attivazione della Corte costituzionale.

4.2.2. La tutela diretta della persona in presenza di contrasto diacronico o mutamento.

Sul piano strutturale il mutamento pone maggiori problemi, per la ragione che il mutamento si verifica spesso all'interno della giurisprudenza delle Sezioni semplici. Tuttavia, come accennato, può esistere anche un mutamento qualificato, quando si succedono due sentenze delle Sezioni Unite. Ciò si è verificato, ad esempio, nella vicenda relativa alla produzione del materiale pedopornografico.

In particolare, l'ipotesi più complessa è senz'altro quella del "mutamento semplice", sia per quanto riguarda la sua esistenza, divenendo problematico distinguerlo dal contrasto (il contrasto può iniziare con un mutamento ovvero la prima sentenza del contrasto si presenta inevitabilmente come un mutamento), sia perché mancano pronunce qualificate. Inoltre, il mutamento non può essere identificato con la prima pronuncia. Perché si abbia autenticamente mutamento occorre una pronuncia in un senso e poi una pronuncia in un altro senso. La circostanza che un certo fatto non sia mai stato punito e poi venga punito non può essere considerato mutamento.

Riguardo al mutamento si deve distinguere tra mutamento sfavorevole e favorevole.

4.2.2.1. Il mutamento sfavorevole.

Con riferimento al mutamento sfavorevole, per quanto riguarda il mutamento tra Sezioni semplici, dovrebbe essere la prima sentenza che muta orientamento a escludere la responsabilità della persona che ha agito in presenza dell'orientamento dominante che escludeva la rilevanza penale del fatto. A maggior ragione ciò dovrebbe valere nell'ipotesi in cui il mutamento sia addirittura qualificato, quando cioè si verifica attraverso una seconda sentenza qualificata che estende quanto affermato nella prima sentenza qualificata.

Il tema è: quale istituto applicare per escludere la responsabilità? Sono prospettabili più soluzioni. Anzitutto, potrebbe operare il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. Là dove si decida di dare rilevanza alla "legge interpretata", ci troviamo di fronte a un vero e proprio fenomeno successorio, in quanto a una "legge interpretata" che qualifica un fatto come penalmente irrilevante succede una "legge interpretata" che invece qualifica lo stesso fatto come penalmente rilevante.

Si deve osservare come la soluzione della irretroattività abbia una portata – per così dire – generale ed astratta ed oggettiva, nel senso che opera sia per le Sezioni Unite, sia per le Sezioni semplici, senza la necessità di compiere alcuna attività "interpretativa" in ordine alla prevedibilità (oggettiva o soggettiva). In buona sostanza, il nuovo orientamento non può essere applicato per il fatto oggetto di decisione commesso sotto la "vigenza" di un orientamento che affermava la non punibilità del fatto. Parimenti non può essere applicato per fatti commessi prima dell'inaugurazione del nuovo orientamento. Non è da escludere che questa soluzione possa essere adottata già nel sistema attualmente vigente, senza che sia necessario l'intervento del legislatore. In questa prospettiva, presupposto è la piena accettazione della "nuova" legalità. Con la conseguenza che può trovare applicazione direttamente l'art. 2 c.p.

In secondo luogo, si può fare riferimento all'*ignorantia legis*/prevedibilità soggettiva. Stavolta, la soluzione è rimessa al giudice del singolo caso, quindi alle Sezioni Unite e alle Sezioni semplici che si pronunciano successivamente alle Sezioni Unite.

Si deve osservare come la soluzione soggettiva rischi di "scaricare" in termini eccessivi una "responsabilità" per il fatto nei confronti della persona, non potendosi fare a meno di osservare come, stavolta, a differenza di quanto accade per il contrasto sincronico, il soggetto abbia fatto affidamento proprio su quanto comunicato univocamente dall'ordinamento con il precedente orientamento.

Infine, la terza soluzione prospettabile è quella della prevedibilità/imprevedibilità oggettiva. Soluzione che, come abbiamo già visto, si intreccia alla questione del rapporto tra legge astratta, tipo criminoso legale e interpretazione.

Ebbene, anzitutto si deve osservare come se si adottasse la prevedibilità oggettiva all'interno di un paradigma della legalità di tipo giurisprudenziale, si dovrebbe necessariamente concludere nel senso della irresponsabilità. Anche perché ancorare la prevedibilità alla trasformazione sociale rischia di essere davvero fuorviante, disintegrandosi la legalità in valutazioni aventi carattere totalmente sostanziale.

Al contrario, la prevedibilità oggettiva nel contesto del paradigma della legalità costituzionale, non è detto che conduca necessariamente alla esclusione della responsabilità, per la semplice ragione che la prevedibilità deve essere misurata sulla base della legge ovvero del tipo criminoso legale.

In particolare, senza dubbio imprevedibile sarebbe l'adozione di un'interpretazione che si colloca al di fuori del tipo criminoso. Diversamente, si dovrebbe concludere nel senso della prevedibilità nel momento in cui il mutamento si colloca comunque all'interno del tipo criminoso legale.

Ebbene, in quest'ultima ipotesi c'è da chiedersi se, nonostante la nuova interpretazione si collochi nel tipo criminoso e quindi risulti oggettivamente prevedibile, non convenga comunque applicare l'irretroattività o comunque principi di garanzia a tutela diretta della persona.

Insomma, in questa ipotesi si apre un tema di fondo: la prevedibilità basata sul tipo legale e il suo rapporto con la permanenza di esigenze di garanzia della persona. La questione della prevedibilità oggettiva alla luce del tipo legale, della sostanza dell'infrazione, preclude la possibilità di far valere altri principi di garanzia diretta della persona? È indubbio che se la giurisprudenza esce dalla legalità, opera la tutela indiretta attraverso il criterio della prevedibilità; ma se la giurisprudenza resta nella legalità, ma muta orientamento, si devono davvero escludere strumenti di garanzia? Insomma, anche allorquando il mutamento del tipo criminoso resta nel tipo, tuttavia il fatto che prima vi fosse un orientamento più restrittivo pone il problema se non si possa/debba prendere in considerazione l'ipotesi che la persona vada comunque tutelata visto che in precedenza ha fatto affidamento su un orientamento comunque restrittivo.

Per esemplificare tutto questo, si può fare riferimento alla vicenda concreta delle due sentenze delle Sezioni Unite in tema di produzione di materiale pedopornografico. Come si ricorderà, la prima sentenza aveva richiesto il requisito del pericolo concreto di diffusione, andando sicuramente fuori dal tipo, perché la fattispecie non tutela contro il traffico del materiale, ma la formazione della "personalità sessuale" del minore compromessa dalla sua mera strumentalizzazione; la seconda sentenza, invece, esclude la rilevanza del pericolo concreto facendo proprio leva sullo scopo della norma deducibile dal tipo criminoso legale. Ebbene, davvero possiamo affermare la responsabilità di chi ha agito dopo la prima sentenza delle Sezioni Uniti che hanno affermato la necessità del pericolo di diffusione, quando oltretutto la giurisprudenza successiva era interamente aderente alla sentenza delle Sezioni Unite? O forse non è più opportuno ritenere che il soggetto non possa essere punitivo trattandosi di mutamento sfavorevole ed avendo fatto affidamento proprio su un diritto vivente unanime che richiedeva il pericolo.

4.2.2.2. Il mutamento favorevole.

Per quanto riguarda il mutamento giurisprudenziale favorevole, ciò che assume rilevanza è quello qualificato, dovendosi distinguere tra il trattamento di fatti commessi

prima della sentenza qualificata che considera il fatto atipico, ma giudicati dopo, e quelli commessi e giudicati dopo la sentenza qualificata.

Per quanto riguarda i fatti commessi prima della sentenza delle Sezioni Unite, occorre distinguere ulteriormente a seconda che si sia già formato o meno il giudicato. Nella prima ipotesi (giudicato già formato), anche in virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, non c'è alcuno spazio perché operi una retroattività capace di travolgere il giudicato: la retroattività che travolge il giudicato potrebbe operare solo con una riforma da parte del legislatore.

Ed infatti, com'è noto, nella sentenza n. 230 del 2012 è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato.

D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come la sentenza della Corte susciti alcune perplessità, non soltanto per alcune affermazioni legalistiche della legalità, ma anche per come viene concepito il principio di retroattività.

In particolare, sotto il primo profilo, la Corte ha affermato che «è assorbente la considerazione che il principio in questione [principio di retroattività] attiene alla sola successione di "leggi". Per poterlo estendere anche ai mutamenti giurisprudenziali bisognerebbe, dunque, poter dimostrare […] che la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa. Ad opporsi a una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni Unite. Vi si oppone anche, e prima ancora […] il principio di separazione dei poteri specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge».

La Corte riafferma con forza una prospettiva legalistica in cui l'interpretazione non ha alcun ruolo, identificando tuttavia la legalità che attribuisce rilevanza alla interpretazione con il paradigma giurisprudenziale quando invece è pur sempre possibile un paradigma costituzionale. Inoltre, non si può fare a meno di osservare come, riguardo al ruolo dell'interpretazione, vi sia una contraddizione di fondo tra le affermazioni contenute nella sentenza n. 230 del 2012 e quelle contenute, ad esempio, nella sentenza n. 24 del 2019. Contraddizione ancor più consistente e deflagrante nel momento in cui si attribuisce un ruolo all'interpretazione quando si tratta di salvare una disposizione incostituzionale, ma lo si nega quando si tratta di estendere e fare operare le garanzie. Insomma, è indubbio che la Corte costituzionale si trovi in una fase – per così dire – transitoria, in cui rinuncia ancora a fare chiarezza su cosa si possa intendere oggi per "legalità".

Riguardo al secondo profilo del modo di concepire la retroattività, nella sentenza n. 230 del 2012 si legge che «la richiesta pronuncia additiva comporterebbe una vera e propria sovversione "di sistema" […] in sede esecutiva il giudice sarebbe tenuto ad uniformarsi alla decisione "favorevole" delle Sezioni Unite, revocando il giudicato di condanna. Di contro, il giudice della cognizione, il quale si trovasse a giudicare *ex novo* un fatto analogo non avrebbe il medesimo obbligo, e potrebbe quindi disattendere – sia

pure sulla base di adeguata motivazione – la soluzione adottata dall'organo della nomofilachia. Sarebbe, tuttavia, illogico che il vincolo di adeguamento alle Sezioni Unite valga in presenza di un giudicato di segno contrario e non operi invece allorché il giudicato deve ancora formarsi. Né varrebbe obiettare che […] stante l'"affidamento" generato nei consociati dalla decisione delle Sezioni Unite, il giudice della cognizione che si discosti da quest'ultima non potrebbe comunque condannare l'imputato, in virtù della ipotizzata estensione del principio di irretroattività anche alla nuova interpretazione sfavorevole della norma. Tale obiezione potrebbe – in ipotesi – risultare appropriata se il giudizio vertesse su un fatto commesso dopo la decisione delle Sezioni Unire: non qualora si tratti di fatto anteriormente realizzato, il cui autore non aveva alcuna ragione di confidare sulla liceità penale della propria condotta, posta in essere quando era imperante un orientamento giurisprudenziale di segno contrario».

Ebbene, proprio quest'ultima affermazione, in cui precisa che quando si tratta di fatto realizzato prima della sentenza delle Sezioni Unite, la retroattività non opera perché l'autore non poteva confidare sulla liceità penale non può essere condivisa per due ragioni fondamentali. Da un lato, contrasta con l'assunto fondamentale della stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'eguaglianza che sta alla base della retroattività dipende, non già dalla rimproverabilità soggettiva di essersi posti contro l'ordinamento, ma da una concezione oggettivistica del diritto penale e quindi dal criterio del disvalore oggettivo[14]: anche perché, se ci si fondasse sulla rimproverabilità soggettiva, la retroattività non potrebbe operare. Dall'altro lato, si deve osservare come le situazioni tra chi ha commesso il fatto prima della sentenza delle Sezioni Unite e poi "beneficia" della sentenza qualificata favorevole e chi ha commesso lo stesso fatto sempre prima della sentenza qualificata favorevole siano perfettamente identiche sia sul piano del disvalore oggettivo, che su quello della "rimproverabilità" soggettiva: due soggetti non solo hanno realizzato lo stesso identico fatto dal punto di vista del disvalore oggettivo, ma addirittura lo hanno realizzato quando "vigeva" una disposizione che lo incriminava, con la conseguenza che le due situazioni risultano identiche anche sotto il profilo soggettivo dell'essersi posti contro l'ordinamento.

---

[14] Corte cost., sent. n. 394/2006 in cui, dopo aver affermato che il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, ma trova fondamento nel principio di eguaglianza, si aggiunge: «va, tuttavia, precisato che i fatti commessi prima e dopo l'entrata in vigore della norma penale favorevole sono identici nella loro materialità, ma non sul piano della "rimproverabilità". Altro, infatti, è il porre in essere una condotta che in quel momento è penalmente lecita o punita in modo mite; altro è porre in essere la stessa condotta in contrasto con la norma che in quel momento la vieta o la punisce in modo più severo. Il principio della retroattività *in mitius* è legato, dunque, ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena. Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore».

Certo, è vero che poi un giorno le Sezioni Unite potranno mutare orientamento, ma a quel punto torneranno ad operare i principi di garanzia diretta applicabili in presenza dei mutamenti.

Nell'ipotesi in cui, invece, non sia intervenuto il giudicato, e quindi fatti commessi prima della sentenza delle Sezioni Unite vengono giudicati dopo, si deve ritenere che il principio di retroattività possa operare già in via interpretativa. Il giudice della cognizione che si trova a giudicare *ex novo* un fatto analogo, se da un lato può disattendere la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, dall'altro lato, nel momento in cui lo fa, è indubbio che si viene a violare il principio di eguaglianza, in quanto, come abbiamo appena visto, la situazione che sta giudicando è assolutamente identica a quella decisa dalle Sezioni Unite.

Infine, per quanto riguarda i fatti realizzati dopo la sentenza delle Sezioni Unite favorevole, da un lato, il giudice potrà conformarsi all'orientamento stabilizzato, dall'altro lato, però, potrà anche disattenderlo, tuttavia, in quest'ultima ipotesi, il soggetto non potrà essere punito dovendo trovare applicazione il principio di irretroattività, visto che il soggetto risulterebbe punito quando tuttavia ha realizzato il fatto facendo affidamento sulla decisione delle Sezioni Unite.

5. *Excursus*: la giurisprudenza della Corte europea in tema di legalità attraverso il parametro della "essenza dell'infrazione".

Un importante contributo al rapporto che intercorre tra legge astratta e interpretazione è offerto dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di legalità. Se, da un lato, la Corte EDU muove da una legalità che valorizza notevolmente il formante giurisprudenziale, tuttavia, dall'altro lato, opera anche in una prospettiva che attribuisce un ruolo determinante alla legalità della legge astratta attraverso il riferimento al criterio della "essenza dell'infrazione" che può essere letto anche come "tipo criminoso legale". Insomma, contrariamente a quanto spesso si affermi, la giurisprudenza della Corte EDU non si pone in una prospettiva di legalità giurisprudenziale, bensì di legalità costituzionale, riservando al ruolo della legge astratta una funzione orientativa dell'interpretazione del giudice.

Inoltre, secondo la Corte EDU, il criterio dell'"essenza dell'infrazione" interagisce con quello della prevedibilità da intendersi in termini soggettivi. Secondo la Corte EDU, infatti, l'esito interpretativo deve risultare coerente con la "essenza dell'infrazione" e deve essere ragionevolmente prevedibile. Senza distinguere peraltro tra contrasto sincronico e contrasto diacronico.

In particolare, sembra possibile distinguere tre ipotesi:

1) Quando i giudici nazionali devono interpretare per la prima volta una disposizione di diritto penale, l'interpretazione della portata di un reato che si trovi ad essere coerente con la sostanza di questo reato deve essere considerata, in linea di

principio, come prevedibile[15]: per valutare la prevedibilità di un'interpretazione giudiziaria, non si dovrebbe attribuire un'importanza decisiva all'assenza di precedenti giurisprudenziali analoghi[16].

2) Quando vi sono già interpretazioni e si determina un mutamento, occorre distinguere altre due ipotesi:

a) da un lato, v'è l'ipotesi in cui si determina un capovolgimento giurisprudenziale (mutamento?), ipotesi che risulta difficilmente prevedibile già su un piano oggettivo[17], ma che, in passato, la Corte ha discutibilmente ritenuto prevedibile allorquando l'interpretazione giudiziaria della legge penale si è limitata a seguire una evidente tendenza nell'evoluzione della giurisprudenza dei tribunali[18].

b) dall'altro lato, v'è l'ipotesi in cui una nuova interpretazione della portata di un reato risulta incoerente con la sostanza del reato, ipotesi che la Corte Edu ritiene sempre oggettivamente imprevedibile[19].

Ebbene, rispetto a quest'ultima variante, si deve osservare come se da un lato una estensione coerente con la sostanza dell'infrazione pone l'interpretazione sotto la copertura della legalità, tuttavia, dall'altro lato, è indubbio che al momento della realizzazione del fatto, la legge interpretata diceva altro, con la conseguenza che viene nella sostanza a mancare la stessa prevedibilità in termini oggettivi.

3) Infine, si deve osservare come, a nostro avviso, di recente la Corte EDU abbia sanzionato una condanna per un reato che era il risultato di una evoluzione della giurisprudenza consolidatasi dopo la commissione dei fatti contestati, per cui una giurisprudenza che presenta incongruenze manca della precisione necessaria per evitare i rischi di arbitrarietà e per consentire a ciascuno di prevedere le conseguenze dei propri atti[20]. Ebbene, come abbiamo visto in precedenza, affermare un *vulnus* di determinatezza per il solo fatto che sussista un contrasto, non può essere condiviso. Piuttosto si può ritenere che la Corte EDU abbia finito per valorizzare la dialettica tra indeterminatezza in astratto e contrasti giurisprudenziali, considerando imprevedibile una giurisprudenza contrastante in presenza di una legalità in astratto indeterminata.

6. Riassuntivamente: 10 interrogativi e una conclusione.

Il tema della "nuova" legalità pone i seguenti interrogativi.

1) Si condivide o no il presupposto che per legalità, oggi, si debba intendere anche l'esito interpretativo, la "legge interpretata"? Si tratta di una questione problematica ineludibile, ancora irrisolta all'interno della stessa giurisprudenza della Corte

[15] Jorgic c. Germania, § 109.
[16] K.A. e A.D. c. Belgio, §§ 55-58. Si v. anche Soros c. Francia, § 58.
[17] Pessino c. Francia, § 36; Dragotoniu e Militaru Pidhorni c. Romania, § 44; Del Rio Prada c. Spagna, §§ 111-117.
[18] S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito.
[19] Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia, § 791-821; Vasiliauskas c. Lituania, §§ 179-186; Navalnyye c. Russia, § 68.
[20] Contrada c. Italia, §§ 64-76; Žajk c. Croazia, §§ 99-106.

costituzionale, che non senza qualche pragmatismo e contraddizione, utilizza un diverso paradigma di legalità a seconda della questione che si trova ad affrontare.

2) Nell'ipotesi in cui si condivida l'idea che oggi legalità significa anche "legge interpretata", permane o no un rapporto tra "legge interpretata" e il testo legale, gli orientamenti espressi dal legislatore nella formulazione legislativa? Ovvero: la "legge interpretata" può essere del tutto svincolata dal dettato normativo oppure non può non confrontarsi con, e quindi essere condizionata dalle indicazioni provenienti dalla formulazione legislativa? Sul punto non possiamo che ribadire che alla legalità legalista non si contrappone necessariamente una legalità giurisprudenziale in cui l'esito interpretativo può addirittura disattendere il testo legislativo, potendosi configurare anche una legalità costituzionale perfettamente in sintonia con l'assetto istituzionale/costituzionale del nostro ordinamento.

3) Il rapporto del giudice con la legge è un problema soltanto ermeneutico da risolvere in termini soltanto ermeneutici oppure è un problema anche istituzionale da risolvere quindi in termini anche istituzionali?

4) Come si può indirizzare, orientare, condizionare il giudice sul piano ermeneutico? Tramontato il paradigma linguistico-letterale, quali sono i criteri ermeneutici che guidano oggi l'interpretazione?

5) Come potrebbe essere compiuto un controllo istituzionale nazionale esterno alla stessa giurisdizione di legittimità sulla tassatività, sul come si interpreta? Di grande interesse potrebbe essere uno studio dalla prospettiva penalistica del ricorso costituzionale tedesco (*Verfassungsbeschwerde*), attivabile da chiunque sia titolare di diritti fondamentali, nei confronti di qualunque atto di un potere pubblico, compresi quindi gli atti giurisdizionali, deciso dalla Corte costituzionale e concernente anche la questione se l'esito interpretativo di una legge configura una norma dal contenuto incostituzionale oppure supera i limiti funzionali del perfezionamento giurisprudenziale delle fonti del diritto, vale a dire proprio la tassatività.

6) Avrebbe senso nel nostro ordinamento un vincolo del precedente?

7) Quali sono le nuove garanzie da adottare per la tutela della persona in presenza di contrasti sincronici o diacronici? Noi abbiamo provato a distinguere tra principi che regolano la successione delle fonti (irretroattività/retroattività), prevedibilità soggettiva e prevedibilità oggettiva.

8) Ha senso la distinzione tra le due tipologie di contrasto?

9) Quale il significato delle diverse soluzioni, sia per la persona da tutelare che per i rapporti tra poteri?

10) Quali soluzioni sono già praticabili in via interpretativa e quali necessitano di una riforma legislativa?

La conclusione. Come abbiamo visto, il costituzionalismo ha contribuito a trasformare la legalità da una legalità legalistica (primato del legislatore sul giudice) a una legalità interpretativa (riconoscimento di un ruolo di perfezionamento del testo legale da parte dell'attività interpretativa). Tuttavia a me pare che si possa considerare l'attuale fase storica ancora come transitoria, non solo sul piano della legalità, ma più in generale sul piano dello stesso costituzionalismo.

Sul piano della legalità, nonostante che "i fatti" dimostrino come esista una legalità interpretativa in cui nel delineare il contenuto del precetto assume un ruolo significativo la stessa interpretazione, la stessa Corte costituzionale non sembra ancor aver deciso se optare per un ordinamento fondato sull'assolutismo giuridico della legalità legalistica, sulla volontà illimitata e maggioritaria del legislatore, sul monopolio statale e legale della produzione giuridica, sul formalismo astratto e quindi sulla fissità e rigidità del diritto oppure per un ordinamento fondato sul pluralismo giuridico e il ruolo pienamente garantista della Costituzione, sul rapporto dialettico tra legislatore e giudice, sul concorso della giurisdizione nella produzione del diritto, sul teleologismo sociale e quindi sulla dinamicità e la flessibilità del diritto capace di esprimere i mutamenti sociali e valoriali presenti in una determinata realtà sociale storicamente determinata.

Sul piano del costituzionalismo, anche perché alla fin fine spesso negata, alla nuova legalità interpretativa non si applica ancora in modo compiuto il costituzionalismo, sia sul piano del controllo – per così dire – istituzionale, sia sul piano delle garanzie per la persona. E fino a quando il costituzionalismo non troverà pieno e maturo compimento, la legalità interpretativa rimarrà in mezzo al guado tra una prospettiva giurisprudenziale (primato del giudice sul legislatore) e una costituzionale (equilibrio tra legislatore e giudice), con inevitabile inclinazione e propensione verso la legalità giurisprudenziale, proprio a causa della mancanza di un costituzionalismo compiuto.

Insomma, riconoscere vitalità al diritto interpretato significa in buona sostanza dare pieno compimento al nostro assetto istituzionale/costituzionale e implementare le garanzie a tutela della persona.

3/2020

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'UNIONE AI TEMPI DELLA *BREXIT*

Una breve analisi ed una riflessione sugli effetti che il recesso del Regno Unito dall'Unione europea produrrà sulla cooperazione giudiziaria penale

di Lorenzo Salazar

Il presente lavoro esamina, ancora "a caldo", la nuova situazione venutasi a creare in Europa, nello specifico settore della cooperazione giudiziaria penale, a seguito del recesso del Regno Unito dall'Unione europea, muovendo dal ruolo avuto da tale importante partner nella costruzione dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia nell'Unione europea, in particolare attraverso la promozione del principio del mutuo riconoscimento, oggi posto a fondamento della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. Viene quindi affrontata la situazione che si applicherà nel corso del periodo transitorio che dovrebbe terminare a fine 2020, salvo eventuali proroghe, nel corso del quale non si assisterà a particolari sconvolgimenti nel quadro di cooperazione attuale. Quest'ultima verrà invece a modificarsi profondamente alla scadenza dello stesso quando, in attesa della conclusione di un nuovo accordo di partenariato, la cooperazione degli Stati membri con il Regno Unito tornerà ad essere affidata agli strumenti del Consiglio d'Europa.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Regno Unito e lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. – 3. Il regime applicabile nel periodo transitorio. – 4. Brexit e Corte di giustizia. – 5. Le future relazioni di cooperazione dell'Unione con il Regno Unito. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il 29 marzo 2017 il Regno Unito, all'esito del referendum consultivo tenuto il 23 giugno 2016, pur non essendo dallo stesso a ciò obbligato notificò ufficialmente la sua intenzione di recedere dall'Unione europea ai sensi dell'articolo 50 del trattato sull'Unione europea ("TUE").

All'esito di lunghe e defatiganti trattative negoziali, il 31 gennaio scorso è stata finalmente pubblicata[1] la Decisione (UE) 2020/135 del Consiglio, del 30 gennaio 2020, relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e

[1] GUUE n. L 29 del 31.1.2020, p. 1.

Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica[2]. Unitamente ad essa sono stati anche pubblicati il testo dell'accordo sul recesso ("l'accordo"), una dichiarazione dell'Unione europea e una nota relativa all'entrata in vigore dell'accordo.

Dalla mezzanotte del 31 gennaio 2020 il Regno Unito ha dunque cessato di far parte dell'Unione europea e da quello stesso momento è cessata anche la sua partecipazione a tutte le istituzioni, organi e organismi dell'Unione ed è venuto altresì a scadere il mandato di tutti i membri britannici all'interno degli stessi, fossero essi nominati, designati od eletti.

Pur con lo sguardo ancora velato dalla tristezza per tale separazione può risultare utile in questa sede fare il punto sui riflessi della Brexit nello specifico settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, d'un lato al fine di evitare il rischio di erronee o precipitose interpretazioni e dall'altro per essere preparati al mutato quadro giuridico, in particolare sotto il profilo della cooperazione giudiziaria.

Va infatti subito detto che i negoziatori hanno considerato di reciproco interesse stabilire un "periodo di transizione" durante il quale il diritto dell'Unione continuerà applicarsi "al" Regno Unito e "nel" Regno Unito, di norma con gli stessi effetti giuridici prodotti negli Stati membri, compresi gli accordi internazionali, e ciò al fine di evitare turbative durante il periodo di negoziazione degli accordi sulle future relazioni tra l'Unione ed il suo ormai ex Stato membro.

Tale periodo di transizione terminerà il 31 dicembre 2020[3]. È tuttavia prevista una possibilità di proroga di tale termine per una sola volta e per un periodo "fino a uno o due anni" attraverso una decisione che potrà però comunque venire adottata (da parte del Comitato misto istituito dall'art. 164 dell'accordo e responsabile della sua attuazione ed applicazione) solo prima del 1° luglio 2020[4], essendosi in tal modo voluto escludere *ab initio* lo scenario (e con esso la tentazione) di una proroga sul filo di lana della scadenza del termine fissato ai negoziati.

Occorre dire che il Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), dedicato allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (SLSG), ed in particolare la cooperazione giudiziaria in materia penale, non sembra aver occupato il centro delle preoccupazioni dei negoziatori di entrambe le parti, essendo di certo prevalse le preoccupazioni legate agli aspetti economici, doganali ed alla libera circolazione delle merci, a cominciare dal c.d. "*backstop*" irlandese. Ciononostante gli effetti della Brexit non mancheranno di essere avvertiti, ed in misura rilevante, anche nelle relazioni reciproche tra le autorità giudiziarie e di polizia di tutti e 28 gli Stati coinvolti e ad essi l'accordo ha comunque dedicato la dovuta attenzione all'interno delle sue disposizioni.

---

[2] In virtù dell'art. 106 bis del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica ("trattato Euratom"), l'art. 50 TUE si applica anche all'Euratom.

[3] V. Art. 126 dell'Accordo.

[4] V. Art. 132 dell'Accordo.

2. Il Regno Unito e lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Il Regno Unito, di certo, non è mai stato annoverato tra gli Stati c.d. "Euroentusiasti".

Tale affermazione appare ancor più incontestabile nel quadro dello SLSG, essendosi l'oramai ex Stato membro sempre strenuamente opposto ai principali avanzamenti in materia di ravvicinamento del diritto penale sostanziale o di maggiore integrazione giudiziaria tra gli Stati membri. Non sembra azzardato affermare che l'approccio britannico ai temi dello spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia è sempre stato prevalentemente orientato in chiave pragmaticamente securitaria a discapito di un più ambizioso disegno di armonizzazione normativa. Esso era in sostanza diretto soprattutto ad ottenere una maggiore disponibilità di dati ed informazioni in materia di cooperazione di polizia e di controllo sui movimenti di persone, ad es. attraverso i dati dei passeggeri[5], che risultasse profittevole per i propri servizi di informazione. Nella stessa prospettiva, il Regno Unito ha inoltre giocato un ruolo sempre assai attivo e profilato all'interno delle principali agenzie europee di cooperazione nel settore, quali Eurojust ed Europol, in ragione dell'evidente e riconosciuto valore aggiunto fornito dalle stesse alla cooperazione operativa tra autorità giudiziarie e di polizia.

Nello specifico settore dello "Spazio giudiziario europeo" (per richiamare la felice ed immaginifica espressione a suo tempo coniata dal Presidente francese Giscard d'Estaing nell'oramai lontano 1977)[6] il principale contributo offerto da parte britannica allo stesso è stato costituito dall'aver proposto il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie al centro della strategia dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria.

Prima infatti di venire indicato dal Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999 quale "*fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione, tanto in materia civile quanto in materia penale...*"[7], il principio del mutuo riconoscimento era stato già proposto al centro dell'attenzione dalle conclusioni del Consiglio europeo di Cardiff[8] del giugno 1998, sotto Presidenza britannica, il cui punto 39 già richiedeva al Consiglio di determinare in quale misura si dovesse estendere il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali.

Si mutuava in tal modo quanto già in precedenza avvenuto e sperimentato attraverso l'espansione del principio affermato dalla Corte di giustizia nel suo celebre

---

[5] Il Regno Unito ha infatti aderito alla Direttiva (UE) 2016/681, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, in GUUE L 119 del 4.5.2016, p. 132.

[6] Cfr. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione : passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in Cass. Pen., 2004, p. 3513 ; DE GOUTTES, *Vers un droit pénal européen?*, in *Rev. Sc.crim.*,1993, p.643; ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*,in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 2-3/98, p. 227 ss., p. 244 ; SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale, in Giustizia e affari interni nell'Unione Europea*, a cura di Parisi e Rinoldi, Torino, 1996, p. 133 ss.

[7] Cfr. Punto 33 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999.

[8] Consultabili qui.

arresto "*Cassis de Dijon*"[9] che aveva aperto la strada alla costruzione del mercato unico fondato sulla libera circolazione delle merci anche in assenza di una completa armonizzazione di settore.

Alle conclusioni di Cardiff fece prontamente seguito un piano di azione[10], adottato nel dicembre dello stesso anno il quale prevedeva l'avvio di un processo diretto a facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni e l'esecuzione delle sentenze in materia penale entro due anni dall'entrata in vigore del nuovo Trattato di Amsterdam (1° maggio 1998).

La scelta strategica appariva pienamente conforme alla più generale visione britannica dell'Unione europea alla stregua di un grande mercato all'interno del quale le decisioni giudiziarie avrebbero potuto circolare liberamente (quasi alla stessa stregua di persone, capitali, merci e servizi) e con esse altrettanto liberamente avrebbero circolato anche le prestazioni ed i servizi resi dai grandi studi professionali d'Oltremanica. Essa consentiva peraltro di perseguire anche il contemporaneo e malcelato obbiettivo di allontanare lo spettro di un'armonizzazione od anche solo di un più incisivo ravvicinamento normativo tra gli Stati membri, tanto in materia di diritto sostanziale quanto (ed ancor più) in quella del diritto processuale[11].

A tale specifico riguardo deve in realtà osservarsi come già le conclusioni di Tampere[12], le successive realizzazioni in materia di ravvicinamento normativo in materia di diritto penale sostanziale e talora processuale, ed infine lo stesso Trattato di Lisbona[13], hanno sempre accompagnato lo sviluppo del principio di riconoscimento reciproco con quello del ravvicinamento delle legislazioni, posto quest'ultimo in posizione sicuramente subalterna rispetto al primo ma al tempo stesso necessaria ed indefettibile ai fini della sua piena realizzazione.

Ma tant'è... Se il principio del riconoscimento reciproco si trova sempre posto in prima fila già a partire dall'art. 67 TFUE che introduce il Titolo V dedicato allo SLSG, il merito di ciò può venire almeno in parte rivendicato al disegno promosso e sostenuto dal Regno Unito da Cardiff in poi.

Nonostante tale indubbio risultato ad esso favorevole, tuttavia, il Regno Unito iniziò a ritagliarsi, già a partire dal Trattato di Amsterdam, una posizione autonoma in seno allo SLSG, tanto per ciò che riguarda la libera circolazione e lo sviluppo dell'*acquis* di Schengen quanto con riferimento a quei settori, come la cooperazione giudiziaria civile oltre che la politica dei visti, asilo ed immigrazione, che venivano progressivamente trasferiti alla procedura legislativa ordinaria di codecisione con il Parlamento europeo ed a maggioranza qualificata dei voti in Consiglio. Con il Trattato

---

[9] Sentenza della Corte del 20.2.1979, Causa 120/78, Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, in Racc. 1979, p. 649.

[10] Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam establishing an area of freedom, security and justice, GUUE C 19, 23.1.1999, p. 1.

[11] Cfr. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione..., cit.*, p. 3512

[12] Cfr. punto 48 delle conclusioni

[13] Cfr. Art. 82 TFUE "La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83..."

di Lisbona tale regime di eccezione - in buona parte condiviso con l'Irlanda laddove la Danimarca si sottraeva a sua volta a qualsiasi ulteriore forma di cooperazione nel settore - ebbe ad estendersi, attraverso le disposizioni del protocollo n. 21 sulla posizione dei due Paesi rispetto allo SLSG, anche alla cooperazione giudiziaria penale e di polizia attraverso un complesso sistema di *opt-out/opt-in* che prevedeva, nella sostanza, una partecipazione *à la carte* alle singole iniziative legislative. Tale partecipazione è stata da allora azionata nel caso di rilevanti strumenti di cooperazione, come l'Ordine europeo di investigazione (OEI)[14], ma non venne invece ad essere esercitata con riferimento agli strumenti in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione od anche a strumenti in materia di protezione dei diritti degli indagati come la direttiva sull'accesso ad un avvocato[15].

Per di più, alla scadenza del periodo transitorio di 5 anni previsto dal Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona, il Regno Unito decise di avvalersi della facoltà ad esso solo aperta dal paragrafo 4 dell'art. 10 dello stesso Protocollo non accettando le attribuzioni della Commissione e della Corte di giustizia, introdotte dallo stesso trattato, in ordine al controllo degli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima della entrata in vigore del Trattato[16] e che avrebbe potuto condurre all'eventuale apertura di procedure di inadempimento relative agli stessi. Esso rimase così vincolato - ancora una volta grazie alla abilmente negoziata (e forse troppo facilmente concessa dalle generose controparti negoziali) possibilità di poter scegliere alla carta e fior da fiore - a soli 35 strumenti dell'*acquis* SLSG pre-Lisbona rispetto ai ben 130 costituenti lo stesso.

Tanto tuonò che piovve e, nonostante tale particolarissima ed in fondo assai confortevole e poco vincolante posizione all'interno del Titolo V, con la decisione di attivare l'art. 50 del Trattato il riluttante partner d'Oltremanica è venuto oggi ad autoescludersi non più solo da una sostanziale parte dello SLSG ma dall'intero quadro dell'Unione europea.

---

[14] Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale , *GUUE* L 130, 1.5.2014, p. 1

[15] 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, GUUE. L 294, 6.11.2013, p. 1

[16] Decisione del Consiglio del 27 novembre 2014 che determina taluni adattamenti che ne conseguono e il necessario regime transitorio derivanti dalla cessazione della partecipazione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord a taluni atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, GUUE L 343, del 28.11.2014, p. 11

3. Il regime applicabile nel periodo transitorio.

Come è già stato indicato in apertura, l'art. 126 dell'Accordo sul recesso stabilisce, tra il 1° febbraio ed il 31 dicembre 2020, un "periodo di transizione", eventualmente prorogabile fino a 2 anni, durante il quale il diritto dell'Unione continuerà applicarsi al Regno Unito e nel Regno Unito.

Grazie a tale disposizione, e cercando di sintetizzare quanto ai nostri limitati fini rileva all'interno di un testo complesso che si compone di 185 articoli ed occupa ben 189 pagine di Gazzetta Ufficiale, potremmo dire che dalla data di entrata in vigore dell'accordo sul recesso e sino alla fine del "periodo di transizione" non vi saranno sostanziali cambiamenti nelle relazioni tra le nostre autorità giudiziarie e quelle del Regno Unito.

È in particolare il Titolo V (artt. 62-65) dell'accordo sul recesso ad occuparsi della "Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale in corso", ed all'interno di esso l'art. 62 detta la disciplina transitoria relativa alle procedure di cooperazione giudiziaria penale in corso tra il Regno Unito e gli altri Stati membri ai sensi dei residui strumenti ancora applicabili a seguito del già ricordato *opt-out* effettuato alla scadenza del periodo transitorio.

In linea generale, gli strumenti ad oggi in vigore nelle relazioni reciproche continueranno a trovare applicazione in relazione alle richieste ricevute prima della fine del periodo di transizione. Posto tale principio, si dovrà quindi dettagliare nello specifico in relazione a ciascuno di essi.

E così la convenzione[17] relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 ed il suo protocollo[18] del 2001 continueranno ad applicarsi a tutte le richieste di assistenza giudiziaria ricevute prima della fine del periodo di transizione.

Del pari, per i mandati di arresto europei, la decisione quadro 2002/584/GAI[19] si applicherà se il ricercato sarà stato arrestato per l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo prima della fine del periodo di transizione, a prescindere dal fatto che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decida di mantenere il ricercato in stato di custodia od invece di rimetterlo "*in libertà provvisoria*" (secondo il, per l'Italia oramai desueto, linguaggio del testo dell'Unione).

Per ciò che riguarda gli ordini europei di indagine (OIE), la direttiva 2014/41/UE continuerà ad applicarsi agli ordini ricevuti prima della fine del periodo di transizione dall'autorità centrale o dall'autorità di esecuzione e la stessa regola vale per gli ordini di protezione europei emessi ai sensi della direttiva 2011/99/UE[20].

---

[17] GUUE C 197 del 12.7.2000, p. 3.
[18] GUUE C 326 del 21.11.2001, p. 2.
[19] Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GUUE L 190, del 18.7.2002, p. 1.
[20] Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, GUUE L 338 del 21.12.2011, p. 2.

Le decisioni quadro sul mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di blocco e sequestro[21] o in materia di confisca[22], delle misure alternative alla custodia cautelare[23] e di quelle in materia di sanzioni pecuniarie[24], continueranno ad applicarsi rispettivamente a tutti i provvedimenti o le decisioni ricevuti prima della fine del periodo di transizione dall'autorità centrale o dall'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione.

Ad una situazione più complessa si assiste per ciò che riguarda la decisione quadro 2008/909/GAI sul riconoscimento delle sentenze penali[25] e la conseguente possibilità di trasferimento dei detenuti in altro Stato membro. Di regola generale, essa continuerà ad applicarsi alle sentenze ricevute prima della fine del periodo di transizione. In relazione alle ipotesi di riconoscimento di sentenze conseguenti ad un rifiuto facoltativo di un mandato di arresto europeo c.d. "esecutivo" nei confronti di ricercati che siano cittadini o residenti dello Stato di esecuzione[26] o di consegna subordinata alla condizione che la persona sia rinviata nello Stato di esecuzione per scontarvi la pena eventualmente pronunciata nei suoi confronti nello Stato membro emittente[27], il riconoscimento sarà comunque possibile a condizione che il mandato di arresto sia eseguibile in virtù della disciplina transitoria già sopra indicata[28].

In tutti i casi che precedono, quando l'autorità di esecuzione abbia ricevuto tempestivamente le decisioni od i provvedimenti sopra indicati ma sia incompetente al loro riconoscimento, essa potrà comunque trasmettere d'ufficio gli stessi all'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione senza pregiudicare l'eseguibilità della misura.

Passando allo scambio di informazioni sulle condanne estratte dai casellari giudiziari attraverso il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari ("ECRIS") istituito con decisione 2009/316/GAI[29], la decisione quadro 2009/315/GAI[30] continuerà ad applicarsi alle richieste di informazioni ricevute dall'autorità centrale

---

[21] Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GUUE L 196 del 2.8.2003, p. 45).

[22] Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 7 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, GUUE L 328 del 24.11.2006, p. 54.

[23] Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, GUUE L 294 dell'11.11.2009, p. 20.

[24] Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, GUUE L 76 del 22.3.2005, p. 16.

[25] Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, GUUE L 327 del 5.12.2008, p. 27.

[26] V. art. 4, p. 6, della decisione quadro 2002/584/GAI

[27] V. art. 5, p. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI

[28] Cfr. la lett. f) dell'art. 62 dell'accordo di recesso

[29] Decisione 2009/316/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) in applicazione dell'articolo 11 della decisione quadro 2009/315/GAI (GUUE L 93 del 7.4.2009, p. 33)

[30] Decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario, GUUE L 93 del 7.4.2009, p. 23.

prima della fine del periodo di transizione; dalla scadenza di quest'ultimo, tuttavia, le risposte alle richieste non potranno più venire trasmesse avvalendosi del sistema informatizzato ECRIS. Per ciò che riguarda poi la decisione quadro 2008/675/GAI, relativa alla c.d "recidiva europea"[31], essa continuerà a trovare applicazione per tutti i nuovi procedimenti penali avviati prima della fine del periodo di transizione, procedimenti nel corso dei quali, esemplificando, occorrerà dunque che le autorità giudiziarie italiane continuino a tener conto delle condanne eventualmente pronunziate nel Regno Unito.

L'art. 64 dell'accordo si preoccupa ancora di prevedere che entro 10 giorni dalla fine del periodo di transizione, l'autorità competente che nutra dubbi circa il fatto che l'autorità dell'esecuzione o l'autorità richiesta abbiano ricevuto la richiesta in tempo utile prima della fine dello stesso potrà comunque chiedere conferma dell'avvenuto ricevimento.

Sempre con riferimento alla disciplina transitoria relativa ai mandati di arresto europeo, particolare rilevanza assume il comma 3 dell'art. 185 dell'accordo di recesso il quale prevede la possibilità per l'Unione di dichiarare che già nel corso del periodo di transizione, oltre ai normali motivi di non esecuzione di cui alla decisione quadro, le autorità giudiziarie dell'esecuzione di un qualsiasi Stato membro che abbia sollevato eccezioni inerenti ai principi fondamentali del proprio diritto nazionale, possano rifiutare di consegnare i propri cittadini al Regno Unito in forza di un MAE, legittimando in tal caso anche il Regno Unito ad effettuare una analoga dichiarazione entro un mese a titolo di reciprocità.

La questione dell'effetto Brexit sull'esecuzione dei mandati di arresto europei era già stata sollevata dalla High Court irlandese, in occasione di un rinvio pregiudiziale nell'ambito dell'esecuzione, in Irlanda, di due mandati emessi dal Regno Unito con il quale era stato chiesto alla Corte di giustizia se l'articolo 50 TUE debba essere interpretato nel senso che la notifica da parte di uno Stato membro della propria intenzione di recedere dall'Unione ai sensi di tale articolo comporta che, in caso di emissione da parte di tale Stato membro di un mandato d'arresto europeo nei confronti di una persona, lo Stato di esecuzione deve rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo o rinviarne l'esecuzione in attesa che venga chiarito il regime giuridico che sarà applicabile nello Stato membro emittente dopo il suo recesso dall'Unione. A tale questione la Corte di Lussemburgo[32] ebbe a suo tempo a rispondere in senso negativo indicando che, in mancanza di ragioni serie e comprovate di ritenere che la persona oggetto di tale mandato d'arresto europeo rischi di essere privata dei diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla decisione quadro 2002/584/GAI a seguito del recesso dall'Unione europea da parte dello Stato emittente, lo Stato di esecuzione non può rifiutare l'esecuzione del medesimo mandato d'arresto europeo fintanto che lo Stato membro emittente faccia parte dell'Unione europea.

---

[31] Decisione quadro 2008/675/GAI del Consiglio, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, GUUE L 220 del 15.8.2008, p. 32.

[32] Sentenza della Corte del 19 settembre 2018, Causa C-327/18, RO.

La situazione ha oggi subito una evoluzione a seguito dell'entrata in vigore dell'accordo di recesso. Nella" dichiarazione" allegata allo stesso[33], viene infatti indicato che si sono avvalsi della possibilità da esso aperta tre Stati membri: la Repubblica federale di Germania, la Repubblica d'Austria e la Repubblica di Slovenia, le cui Costituzioni, modificate proprio in occasione della attuazione del mandato di arresto europeo, hanno introdotto deroghe al generale divieto di estradabilità dei propri cittadini con esclusivo riferimento alle relazioni con gli altri Stati membri dell'Unione europea il ché, per l'appunto, il Regno Unito già non è più dal 1° febbraio 2020. In conseguenza di tale avvenuta dichiarazione il Regno Unito potrà dunque dichiarare di avvalersi della condizione di reciprocità.

L'art. 62 detta anche regole transitorie relative alla partecipazione alle squadre investigative comuni (SIC), prevedendo che le autorità competenti del Regno Unito possano continuare a partecipare alle squadre costituite a norma della convenzione MAP del 2000 o della decisione quadro 2002/465/GAI[34] cui già partecipassero prima della fine del periodo di transizione, e aggiungendo inoltre che lo stesso Regno Unito è autorizzato a usare, al massimo per un anno dopo la fine del periodo di transizione, l'applicazione della rete per lo scambio sicuro di informazioni (SIENA) per quanto strettamente necessario all'interno delle SIC.

Per ciò che riguarda Eurojust, il Regno Unito continuerà a partecipare alle attività operative dell'agenzia sino alla fine del periodo di transizione ma, analogamente a quanto avviene anche per Europol, è già cessata invece con effetto immediato al 31 gennaio la sua partecipazione al processo decisionale e alla *governance* di dette agenzie. Eurojust potrà inoltre, su richiesta del Regno Unito, comunicare informazioni estratte dal proprio sistema automatico di gestione dei fascicoli, dati personali compresi, per quanto necessario a completare le procedure in corso relative a strumenti di cooperazione sopra menzionati o le attività delle SIC e del pari le autorità britanniche possono su richiesta comunicare a Eurojust informazioni in loro possesso, per quanto necessario a completare le procedure in corso[35].

4. Brexit e Corte di giustizia.

Per ciò che riguarda le conseguenze del recesso britannico per la Corte di giustizia dell'Unione europea, vi sono taluni aspetti particolari da segnalare rispetto al generale scenario che ha visto cessare tutti i membri britannici delle Istituzioni alla mezzanotte del 31 gennaio, inclusi il giudici della Corte di giustizia ed i due giudici del Tribunale.

---

[33] V. p. 188 della GUUE.

[34] Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, GUUE L 162 del 20.6.2002, p. 1.

[35] V. Art. 62, comma 3, dell'accordo.

In deroga ad esso, la dichiarazione[36] della Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 29 gennaio 2020 relativa alle conseguenze del recesso del Regno Unito dall'Unione europea sugli avvocati generali della Corte di giustizia, ha indicato che tale recesso non incide sul numero di avvocati generali della Corte di giustizia, fissato a undici dalla decisione del Consiglio del 25 giugno 2013. In attesa quindi della nomina, da parte dei governi degli Stati membri, di un nuovo avvocato generale, l'avvocato generale britannico, la sig.ra Eleanor Sharpston, rimarrà in carica in regime di *prorogatio*, conformemente agli articoli 5 e 8 dello Statuto della Corte, fino a quando il suo successore non avrà assunto le funzioni.

Occorre anche ricordare che, conformemente ai termini dell'accordo di recesso, la Corte di giustizia dell'Unione europea rimane competente a conoscere di qualsiasi procedimento proposto da o contro il Regno Unito prima della fine del periodo di transizione. Essa rimane altresì competente a statuire in via pregiudiziale sulle domande dei giudici del Regno Unito presentate prima della scadenza di detto periodo.

Nel comunicato stampa[37] emesso in occasione del recesso, la Corte di giustizia ha reso omaggio "*al prezioso contributo di tutti gli ex Membri britannici alla costruzione europea in generale e alla giurisprudenza della Corte e del Tribunale in particolare*."

5. Le future relazioni di cooperazione dell'Unione con il Regno Unito.

Il 1° marzo 2020 si sono aperti i negoziati per la nuova *partnership* tra Unione europea ed il Regno Unito. La Commissione ha pubblicato la Raccomandazione[38] con la quale ha invitato il Consiglio ad autorizzarne l'avvio, a designare come negoziatore dell'Unione la Commissione stessa, ad impartire direttive a quest'ultima e a designare un comitato speciale che dovrà essere consultato nel corso della conduzione dei negoziati. Tali direttive traggono sì origine da quelle già a suo tempo adottate dal Consiglio europeo[39] del 23 marzo 2018 ma riflettono anch, peraltro in maniera talora quasi sorprendentemente pedissequa, la "Dichiarazione Politica" sulle relazioni future tra Regno Unito ed Unione europea adottata dal Governo britannico il 19 ottobre 2019[40].

Tutto lascia presagire, senza destare sorpresa, che sarà nuovamente la materia del commercio a giocare la parte del leone nel corso del negoziato che sta per aprirsi.

Dal testo presentato dalla Commissione, tuttavia, si desume che le disposizioni sulla "sicurezza" (che includono in generale la cooperazione riguardante le autorità di *law enforcement* e giudiziarie in materia penale e quella in materia di politica estera, sicurezza e difesa) costituiscono una delle tre componenti principali sulle quali dovrà fondarsi l'"*insieme unico*" del nuovo partenariato.

---

[36] Doc. XT 21018/20.
[37] V. Comunicato stampa della Corte di giustizia, n. 10/20, del 31 gennaio 2020
[38] COM(2020) 35 final del 3.2.2020.
[39] Consultabili qui.
[40] Consultabile qui.

Passando poi a scorrere le direttive di negoziato proposte dalla Commissione al Consiglio, si osserverà che esse muovono dalla premessa che il futuro partenariato per la sicurezza dovrà assicurare la reciprocità e salvaguardare l'autonomia decisionale dell'Unione nonché l'integrità del suo ordinamento giuridico, "*tenendo conto del fatto che uno Stato terzo non può godere degli stessi diritti e benefici di uno Stato membro*"[41].

Viene quindi posta in luce la necessità che il futuro partenariato sia sostenuto da precisi impegni in materia di tutela dei diritti fondamentali, inclusa la protezione dei dati personali, prospettando altresì l'immediata interruzione delle relazioni di cooperazione giudiziaria e di polizia per il già paventato caso in cui il Regno Unito denunziasse la propria partecipazione alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo o il diritto di ricorso individuale alla Corte di Strasburgo. Dovranno altresì venire garantiti i diritti processuali che garantiscono un giusto processo, operando specifico riferimento al principio del *ne bis in idem* ed al diritto di accesso ad un difensore (non avendo il Regno Unito aderito a suo tempo alla relativa direttiva).

Tanto premesso, le direttive indicano anche la strada di un futuro accordo in materia di consegna facilitata delle persone ricercate o condannate che includa anche la possibilità di eliminazione del principio della doppia incriminazione; il modello di ispirazione appare dunque quello del mandato di arresto europeo anche se, analogamente a quanto avvenuto nelle relazioni con la Norvegia e l'Islanda, difficilmente potrà immaginarsi di rinunziare alla finale determinazione dell'autorità politica.

Anche per ciò che riguarda lo scambio di informazioni tra i casellari, le direttive[42] sembrano indicare la direzione del possibile mantenimento di un sistema migliorativo rispetto alla trasmissione cartacea delle condanne ai sensi della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale[43] del 1959, avvalendosi, nella misura del possibile ed in quanto ciò sia considerato nell'interesse dell'Unione, dell'*acquis* ECRIS in materia di collegamento informatizzato tra i casellari.

Dalla scadenza del periodo di transizione ed in attesa della conclusione dei futuri eventuali accordi di cooperazione, le relazioni tra gli Stati membri dell'Unione ed il Regno Unito saranno comunque governate dagli strumenti del Consiglio d'Europa ed in particolare dalla Convenzione europea di estradizione[44] del 1957 e dalla appena ricordata convenzione di assistenza del 1959, con i loro rispettivi protocolli addizionali, che il Regno Unito ha avuto ben cura di ratificare nella loro intierezza rendendo in tal modo quantomai opportuno che ad analoghe ratifiche procedano sollecitamente anche tutti gli Stati membri dell'UE che non vi abbiano ancora eventualmente provveduto. In relazione a ciò, le proposte direttive di negoziato prevedono anche la possibilità di facilitare e rendere più snello il funzionamento di tali strumenti attraverso il ricorso a moduli standard od alla previsione di scadenze temporali per l'esecuzione delle richieste.

---

[41] Cfr. punto 112 del documento COM(2020) 35 final.
[42] Cfr. punto 120 delle direttive.
[43] ETS n. 30.
[44] ETS n. 24.

In un tale scenario a venire non appare necessario sottolineare come potranno venire di certo ad acquistare rilevanza anche maggiore rispetto alla situazione attuale la figura dei magistrati di collegamento con il Regno Unito, ove esistenti, e le sedi di interpretazione e composizione delle eventuali controversie legate alle convenzioni del Consiglio d'Europa, quali il Comitato di esperti "PC-OC" sul funzionamento delle stesse[45].

6. Considerazioni conclusive.

Superato e messo da parte il fattore emotivo legato alla tristezza di una separazione che priva di certo l'Unione europea di uno dei suoi membri più autorevoli, ancorché non certo tra i più entusiasti, ora che la stessa è oramai divenuta realtà sembra doversi guardare alla Brexit anche come ad una potenziale fonte di opportunità oltre che di indiscutibili problematiche.

Anche se è sicuramente ancora troppo presto per poterne valutare appieno gli effetti, le conseguenze e tutte le implicazioni, la Brexit sembra poter costituire una sorta di *stress-test* per la cooperazione giudiziaria europea. In tal senso essa può permettere, d'un lato, di apprezzare appieno il reale valore aggiunto degli atti sin qui adottati dall'Unione rispetto al preesistente quadro intergovernativo del Consiglio d'Europa e, dall'altro, di valorizzare al massimo le potenzialità di quest'ultimo, anche attraverso una più completa ed uniforme ratifica dei suoi strumenti, al fine di proseguire una efficace cooperazione con il Regno Unito in attesa della conclusione del futuro accordo di partenariato.

Va salutata al riguardo con favore la assai recente ratifica[46] da parte italiana del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (che a sua volta molto è stato ispirato dalla Convenzione del 2000 dell'Unione europea), nonché del Terzo e Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1957. La ratifica ci consentirà infatti di cooperare ad armi pari con il Regno Unito già a partire dalla fine del periodo di transizione anche in caso di mancato raggiungimento di un nuovo accordo entro tale data.

D'altro canto l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea priva di certo di alibi l'eventuale mancato compimento di passi ulteriori nella direzione della costruzione di un autentico e più uniforme SLSG tra gli Stati membri, il cui quadro appare ad oggi tuttora notevolmente frammentato tra diversi strumenti non sempre pienamente

[45] Comitato di esperti sul funzionamento delle convenzioni di cooperazione in materia penale denominato "PC-OC", subordinato al Comitato Europeo dei Problemi Criminali – CDPC, il cui interessante sito è accessibile a questo indirizzo del Consiglio d'Europa.

[46] V. Legge 24 luglio 2019, n. 88, recante Ratifica ed esecuzione dei seguenti Protocolli: a) Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, fatto a Strasburgo l'8 novembre 2001; b) Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, fatto a Strasburgo il 10 novembre 2010; c) Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, fatto a Vienna il 20 settembre 2012, in GURI n. 193 del 19.8.2019.

omogenei tra loro per ciò che ne riguarda la portata ed il livello di ambizione nonché per la semplicità d'uso da parte degli operatori. Sarà in tal modo possibile snidare gli Stati che, facendosi sinora scudo del notorio atteggiamento di ostilità britannica nei confronti di un qualsiasi proseguimento del processo di ravvicinamento delle legislazioni, si oppongono anch'essi in realtà al compimento di nuovi passi in avanti in tale direzione.

Permane tuttora incertezza quanto all'effettiva possibilità di adottare in un prossimo futuro con il partner britannico modelli di accordo già collaudati con altri Stati terzi, come Norvegia ed Islanda, i quali hanno tuttavia, alla pari della Danimarca ed a differenza del Regno Unito, accettato già da molto tempo di costituire parte integrante dello spazio Schengen.

Unico elemento di incoraggiamento, almeno sinora, l'indefettibile attenzione da subito posta all'interno delle direttive di negoziato sulla condizionalità della permanente integrale appartenenza del Regno Unito al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo per la prosecuzione di qualsiasi rapporto privilegiato di cooperazione giudiziaria con il nostro pur rimpianto ex-Stato membro.

3/2020

UNA SIGNIFICATIVA REVISIONE DEGLI IMPORTI DI INDENNIZZO STATALE PER LE VITTIME DI REATI VIOLENTI RESTITUISCE DIGNITÀ A UN IMPIANTO ALTRIMENTI MORIFICANTE

di Valentina Bonini

SOMMARIO: 1. Le resistenze del legislatore italiano ad apprestare un sistema generalizzato di indennizzo delle vittime. – 2. Il superamento del precedente tariffario, alla ricerca di indennizzi equi per le vittime di reati intenzionali violenti. – 2.1. I casi e la quantificazione dell'indennizzo: l'ambito operativo del sostegno statale. – 3. Lo stato dell'arte: un puzzle di difficile composizione. – 3.1. Le condizioni soggettive per l'accesso all'indennizzo. – 3.2. I profili procedimentali. – 4. Le criticità del sistema: l'indennizzo equo e adeguato nel disegno eurounitario e nel quadrante nazionale.

1. Le resistenze del legislatore italiano ad apprestare un sistema generalizzato di indennizzo delle vittime.

Tra le linee direttrici che hanno caratterizzato la legislazione penale sostanziale e processuale negli ultimi due decenni deve collocarsi quella che ha condotto ad una rivalutazione del ruolo e delle esigenze della vittima del reato[1]. Se già il codice di rito del 1988 aveva operato scelte che significativamente invertivano la sedimentata tendenza all'esclusione dell'offeso dal palcoscenico processuale, gli interventi del legislatore hanno via via amplificato il peso degli interessi riconducibili a tale soggetto: non poche novelle hanno apportato importanti modifiche sul terreno del diritto penale col dichiarato fine di tutelare in modo più soddisfacente le ragioni della vittima[2]; ed

[1] Osserva M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg*. 2018, p. 553, come «[l]a protezione dei soggetti deboli rappresenta oggigiorno un leitmotiv dei programmi di politica criminale interna e sovranazionale, che hanno acquisito specie negli ultimi decenni una chiara connotazione vittimocentrica». Sul tema v. anche L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo 2012, pp. 12 ss; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo*, Napoli 2012.

[2] Tra gli interventi più significativi possono richiamarsi la l. 15 febbraio 1996, n. 66 in materia di delitti sessuali e la l. 3 agosto 1998, n. 269 in materia di delitti contro i minorenni, per approdare in tempi più prossimi alla introduzione del reato di atti persecutori con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 e al d.l. 14 agosto 2013, n. 93 in tema di contrasto della violenza di genere (nel cui preambolo si ricollegano espressamente gli inasprimenti sanzionatori ivi previsti al «susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato [che] rendono necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori»); ancora alla stessa prospettiva possono ricondursi la l. 23 marzo 2016, n. 41 che ha introdotto in via autonoma i reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali, nonchè la recente l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. codice rosso), con cui è stato configurato, tra

altrettanto numerosi sono stati gli interventi che hanno inciso sul versante procedurale, coniando nuove tutele per la c.d. vittima vulnerabile[3], costruendo nuovi strumenti cautelari aventi lo scopo di protezione della vittima[4], nonché assegnando all'offeso diritti informativi e partecipativi financo in segmenti – qual è quello cautelare – tradizionalmente inibiti al contraddittorio con le parti private[5]. Nondimeno, può riportarsi almeno in parte alla stessa generalizzata tendenza di rivalutazione del ruolo della vittima anche l'emergere ed il consolidarsi di componenti riparative e conciliative che intersecano gli itinerari processuali ordinari[6].

Insomma, è ormai consolidata la tendenza ad un *revirement* delle esigenze della vittima, che, da grande emarginata, assurge al rango di soggetto del sistema di giustizia penale, sia come destinataria di una nuova attenzione nella costruzione delle fattispecie incriminatrici, sia come titolare di nuove tutele nel procedimento penale. È questo un *trend* legislativo che pare trarre linfa da due diverse radici: in primo luogo, v'è una componente culturale che valorizza il ruolo della vittima sia nell'ambito di un più ampio movimento di umanesimo processuale, sia nel solco di una politica securitaria che, alla ricerca di una maggiore protezione, fa propria una facile identificazione con il ruolo della vittima; a ciò si aggiunge un *input* sovranazionale ed eurounitario che, attraverso numerosi documenti (di segno generale o di segno speciale, di *hard law* o di *soft law*), ha

---

l'altro, il delitto previsto nell'art. 583-*quinquies* c.p., inserito tra quelli legittimanti l'indennizzo della vittima. Per un'ampia analisi critica sull'uso legislativo della vittima in chiave securitaria v. L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma 2012.

[3] L'art. 90-*quater* c.p.p. è stato introdotto, come noto, con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 ed ha sancito l'ingresso nel nostro ordinamento della categoria della vittima vulnerabile, in ossequio a quanto previsto dalla direttiva 2012/29/UE. In proposito, *ex plurimis*, v. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2016, pp. 20 ss.; S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e* individual assessment*: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. Bargis – H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Torino 2017, pp. 297 ss.

[4] Il riferimento è alle misure cautelari inserite negli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. (rispettivamente con la l. 4 aprile 2001, n. 154 e il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11), contenenti i c.d. ordini di protezione della vittima, sui quali v. P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in *Dir. pen. proc.* 2015, pp. 1095 ss.; F. ZACCHÉ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, pp. 667 ss. In materia sia consentito rinviare altresì a V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano 2018.

[5] Di particolare rilievo sono le facoltà, informative e di interlocuzione, riconosciute alla persona offesa in seno alla procedura di cui all'art. 299 c.p.p.; in proposito v. D. CERTOSINO, *Violenza di genere e tutela della persona offesa nei procedimenti* de libertate, in *Cass.pen.* 2016, pp. 3753 ss.; M. GUERRA, *Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare*, in *Cass.pen.* 2017, pp. 2535 ss.; C. TRABACE, *Brevi note in tema di "delitti commessi con violenza alla persona"*, in *Cass.pen.* 2016, pp. 4154 ss.; oltre a F. ZACCHÉ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, cit., p. 678.

[6] Si riscontra un collegamento normativo tra giustizia riparativa e interessi della vittima nella dir. 2012/29/UE, il cui art. 12 alla lett. a) prevede, anche se in un contesto volto alla protezione della vittima dalla vittimizzazione secondaria, che «si ricorr[a] ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento»; in proposito v., tra i numerosi spunti in questa direzione, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano 2017, che rileva come «[l]a giustizia riparativa ha […] trovato nella ricerca vittimologica una terra buona in cui affondare le proprie radici».

stimolato il legislatore nazionale a costruire spazi di riconoscimento, tutela, protezione e assistenza della vittima di reato[7].

In questo panorama – ricco e composito – di rinnovata attenzione e di nuove tutele per la vittima, una posizione particolarissima è quella ricoperta dal sistema di indennizzo statale per le vittime di reati intenzionali violenti che non abbiano ottenuto alcun risarcimento dall'autore del fatto.

Si tratta, invero, di materia che, di primo acchito, sembrerebbe doversi collocare sui gradini più alti della scala di priorità di intervento del legislatore: essa risponde ad una elementare esigenza di solidarietà sociale, che evidenzia l'interesse dello Stato e, per suo tramite, di tutti i consociati a farsi carico di una tutela effettiva nei confronti di chi abbia subito conseguenze pesanti dalla commissione di reati violenti; inoltre, è questo un obiettivo verso il quale si è orientato legislatore europeo prima ancora di volgere lo sguardo a forme di tutela della vittima più generalizzate. Per l'appunto, risale al 1977 la Risoluzione n. 27 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ove si raccomandava agli Stati membri di prevedere l'indennizzo a carico dello Stato per le vittime di reati intenzionali violenti; a quella fonte di *soft law*, rimasta inascoltata, ha fatto seguito la Convenzione europea n. 116 del 1985 sul risarcimento delle vittime di crimini violenti, che il nostro paese decise di non ratificare; solo con la forza cogente della direttiva 2004/80/CE sull'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti il tema è stato (im)posto all'attenzione del legislatore domestico, inaugurandosi un percorso lungo e faticoso, costellato di numerosi richiami degli organi eurounitari affinché l'Italia si determinasse a dare piena attuazione a quella fonte.

Al solo scopo di evidenziare il significato tutt'altro che secondario che in questo itinerario assume il documento con cui si fissano oggi gli importi dell'indennizzo statale, può essere utile ripercorrere, seppure brevemente, le più significative tappe che hanno contribuito alla costruzione del sistema interno di indennizzo pubblico delle vittime di reati violenti.

La direttiva 2004/80/CE avrebbe trovato attuazione con il d.lgs. 9 novembre 2007, n. 204, ma tale provvedimento si sarebbe subito appalesato insoddisfacente[8]: al di là della

---

[7] In proposito v. M.G. AIMONETTO *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur.it*. 2005, p. 1327; S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano 2015, pp. 3 ss.; C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Riv. it. med. leg*. 2018, pp. 523 ss.; EAD., *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in M. Bargis – H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, cit., pp. 89 ss.; P. SECHI, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale*, in *Cass. pen*. 2017, pp. 850 ss., M. VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont*. 2012, pp. 86 ss.

[8] Per un commento al d.lgs. 9 novembre 2007, n. 204, v. R. MASTROIANNI, *Un inadempimento odioso e persistente: la Direttiva comunitaria sulla tutela delle vittime dei reati*, in *Quad.cost*. 2008, p. 406 ss.; nonché, volendo, V. BONINI, *L'attuazione della direttiva in tema di indennizzo delle vittime di reato e le perduranti inadempienze dello Stato italiano (d.lgs. 9.11.2007, n. 204)*, in *Leg. pen*. 2008, 1 ss. Definisce «tardiva, oltre che puramente formale» l'attuazione della direttiva nel 2007 I. ANRÒ, *L'ordinamento italiano e l'indennizzo alle vittime di reato, tra principio di uguaglianza e criteri di equità: la parola torna alla Corte di Giustizia?*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 3, p. 121. In termini critici v. anche M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali e mancata attuazione della direttiva*

tardività del recepimento, i contenuti del d.lgs. n. 204/2007 si limitavano ad una implementazione formale della direttiva, erigendo un meccanismo di cooperazione tra Stati al fine di consentire l'indennizzo delle vittime transfrontaliere, senza tuttavia porre mano alla creazione di un sistema generalizzato di indennizzo statale, così da rendere sostanzialmente inefficaci quelle stesse previsioni.

Non è un caso, infatti, che gli organismi europei siano intervenuti a censurare l'operato del legislatore italiano: in prima battuta la Corte di Giustizia UE ha condannato il nostro paese in ragione della mancata attuazione nei termini previsti dalla direttiva 2004/80/CE[9]; di lì a poco la Commissione europea apriva una procedura d'infrazione[10], che avrebbe portato nel 2016 ad un ulteriore pronunciamento della Corte di Giustizia[11], stigmatizzante la mancata adozione di tutte le misure necessarie per garantire l'esistenza di un sistema di indennizzo generalizzato per le vittime di reati intenzionali violenti.

I giudici del Lussemburgo, del resto, si trovavano di fronte ad un panorama domestico che difficilmente poteva dirsi conciliabile con gli obblighi posti dall'art. 12 della Direttiva 2004/80/CE, ove si prevede che «[t]utti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime».

A margine del d.lgs. n. 204/2007, infatti, lo Stato italiano non aveva dato il via ad un generalizzato sistema di indennizzo statale delle vittime: la tutela indennitaria era isolata e puntiforme, limitata ad una serie di previsioni speciali che negli anni erano andate stratificandosi, alla luce delle quali si erano costruite forme di sostegno economico statale per le vittime di taluni reati o addirittura di specifiche vicende criminose[12]. Nel sottolineare il carattere precettivo di quanto disposto dall'art. 12 della direttiva e l'insufficienza di un sistema indennitario parcellizzato e non generalizzato, la Corte di Giustizia non consente al legislatore italiano di temporeggiare oltre: nelle more

---

2004/80/CE: le reazioni della dottrina alle prime pronunce di condanna dello Stato, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p.1004.

[9] CGUE, 29 novembre 2007, causa C-112/07.

[10] Commissione europea, proc. d'infrazione NIF (2011) 4147.

[11] CGUE, 11 ottobre 2016, causa C-601/14. Per un commento v. M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di giustizia dichiara l'inadempimento dell'Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 470 ss.; M. BOUCHARD, *Le vittime tra diritto europeo e elemosina italiana*, in *Quest.giust.*, 7 novembre 2016; M. DI FLORIO, *Illegittimità europea del sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti*, in *Arch. pen.* 2016; M. TROGLIA, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea dichiara l'Italia inadempiente in relazione al sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016.

[12] Il primo modello di indennizzo statale è stato istituito con la l. 20 ottobre 1990, n. 302 in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (esteso ed adeguato con la l. 3 agosto 2004, n. 206); i benefici lì previsti sono stati poi allargati ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica (l. 8 agosto 1995, n. 340), alle vittime di usura (l. 7 marzo 1996, n. 108); alle vittime della c.d. banda della "Uno bianca" (l. 31 marzo 1988, n. 70); alle vittime di richieste estorsive ed usura (l. 23 febbraio 1999, n. 44 e successiva l. 22 dicembre 1999, n. 512 di istituzione del Fondo *ad hoc*); alle vittime militari e civili di attentati terroristici all'estero (l. 24 dicembre 2003, n. 369) e da ultimo ai familiari superstiti degli aviatori italiani vittime dell'eccidio di Kindu dell'11 novembre 1961 (l. 20 febbraio 2006, n. 91). La l. 3 agosto 2004, n. 206 (ed i successivi provvedimenti che a quella rinviano, come, ad esempio, la normativa per l'eccidio di Kindu), istituisce altresì un apposito trattamento pensionistico. Per una ricognizione v. F. DELVECCHIO, *Il danno alla vittima da reato e i suoi rimedi*, Milano 2017, pp. 59 ss., che rimarca la frammentarietà del panorama in cui si inscrive la tutela indennitaria.

del deposito della pronuncia dei giudici lussemburghesi, si colloca la l. 7 luglio 2016, n. 122 (c.d. legge europea 2015/2016). Solo con questo provvedimento, a distanza di 13 anni dalla direttiva, si delinea un sistema generale di indennizzo delle vittime di reati dolosi violenti[13], che va ad affiancarsi agli isolati casi in cui già era riconosciuta una tutela indennitaria a chi avesse sofferto le conseguenze di taluni specifici reati[14].

Lungi dal rappresentare un tranquillizzante punto di approdo per chi avesse accompagnato questa "navigazione a vista" del legislatore italiano, la disciplina costruita nel 2016 presentava un costrutto che sembrava preoccupato ad innalzare ostacoli e frapporre paletti alla vittima che intendesse accedere al sostegno indennitario[15]. Inoltre, quella restrittiva regolamentazione era destinata a rimanere priva di qualsiasi operatività, finché non fosse intervenuto un successivo provvedimento a fissare gli importi degli indennizzi elargibili[16].

Si dovrà attendere l'anno successivo per vedere una messa a punto del sistema, tale da eliminare le più odiose condizioni ostative, rivedere nella direzione di un alleggerimento la procedura[17] e varare il decreto interministeriale con la misura degli indennizzi[18].

---

[13] Gli articoli da 11 a 16 della legge 7 luglio 2016, n. 122 sono destinati alla creazione di un sistema di indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti e perseguono il dichiarato scopo (art. 11) di dare attuazione alla direttive 2004/80/CE per fare fronte alla procedura di infrazione (2011)4147. Per un commento v. C. AMALFITANO, *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in AA.VV. (a cura di M. Bargis e H. Belluta), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., pp. 119 ss.; M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di Giustizia*, cit., pp. 476 ss.

[14] L'originario fondo di solidarietà per le vittime della mafia (istituito con la l. n. 302/1990) viene così ad assorbire anche le istanze di tutela indennitaria delle vittime di reati violenti, acquisendo la nuova denominazione di "Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti". Il Fondo viene alimentato con un contributo annuale, destinato alle vittime di reati intenzionali violenti, che la l. del 2016 fissò in termini irrisori, 2.600.000 euro annui.

[15] Per un'analisi delle principali criticità v. I. ANRÒ, *L'ordinamento italiano e l'indennizzo alle vittime di reato*, cit., p. 122 e, volendo, V. BONINI, *Pronto al debutto il sistema nazionale di indennizzo per le vittime di reati violenti tra sollecitazioni europee e resistenze interne*, in *Giust.pen.* 2017, III, cc. 627 ss.

[16] Cfr. in proposito M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di Giustizia dichiara l'inadempimento dell'Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 478, che osserva come «la tutela indennitaria prevista dalla legge [n. 122/2016 n.d.a.] sia destinata a rimanere "vuota" fino all'emanazione del decreto ministeriale».

[17] Il riferimento è alla l. 20 novembre 2017, n. 167 (c.d. legge europea 2016/2017), con la quale si è soppressa la condizione per accedere all'indennizzo collegata alla situazione reddituale della vittima (che doveva trovarsi nelle stesse condizioni che legittimano l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato) e si è innalzato a 5.000 euro il limite del rimborso ottenuto *aliunde* dalla vittima che determina la perdita del diritto ad accedere all'indennizzo statale; sul versante processuale, la novella del 2017 ha alleggerito la posizione di chi debba provare la insolvibilità del condannato, prevedendo che questa sia presunta nell'ipotesi in cui l'imputato avesse avuto accesso al patrocinio a spese dello Stato; da ultimo, si sancisce la retroattività del diritto di accedere all'indennizzo, estendendolo a tutti coloro che abbiano subito un reato intenzionale violento successivamente al 30 giugno 2005, prevedendosi che per tali ipotesi la domanda debba essere avanzata entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della medesima l. 167/2017. Per un commento alla novella del 2017, v. M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: gli interventi del legislatore cancellano l'inadempimento italiano?*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, pp. 1407 ss.

[18] Con il decreto interministeriale del 31 agosto 2017 (pubblicato sulla G.U., serie generale, del 10 ottobre

Portato a compiutezza e avviato verso la piena operatività, l'impianto del sostegno economico statale delle vittime di reati dolosi violenti, tuttavia, non poteva dirsi in linea con la prospettiva di una congrua ed effettiva tutela.

In netta controtendenza rispetto alla proclamata centralità della vittima nella legislazione criminale degli ultimi anni e quasi a smentire la gravità di taluni delitti rispetto ai quali si era a più riprese intervenuti per elevare la risposta sanzionatoria[19], il *quantum* di indennizzo riconosciuto dallo Stato a chi avesse patito gli esiti di un delitto intenzionale violento era stato fissato nel 2017 in termini così risibili da risultare addirittura offensivo dei beni giuridici tutelati[20]. La patente insufficienza di quella quantificazione diveniva ancora più odiosa nel raffronto con l'entità degli indennizzi accordati nei vari sistemi "speciali" già da tempo operanti nel nostro ordinamento[21] ovvero rispetto al risarcimento riconosciuto alle vittime per tardivo trasposizione della direttiva 2004/80/CE[22].

2107) il Governo fissa gli indennizzi da corrispondere in caso di omicidio volontario e violenza sessuale, prevedendo il mero rimborso per le spese mediche in favore della vittima di altri reati dolosi violenti. Sul complesso delle riforme in materia realizzate nello scorcio conclusivo del 2017 v., volendo, V. BONINI, *Pronto al debutto il sistema nazionale di indennizzo*, cit., cc. 627 ss.

[19] Emblematico è da questo punto di vista l'atteggiamento serbato dal legislatore con riguardo al delitto di violenza sessuale: ampliato il novero delle circostanze aggravanti di cui all'art. 609-*ter* c.p. con il d.l. n. 93/2013 ed elevata la pena edittale dell'art. 609-*bis* c.p. con la l. n. 69/2019, il delitto risulta annoverabile tra quelli non solo più odiosi, ma anche più gravi, essendo sanzionato con la reclusione da 6 a 12 anni, che può essere innalzata di un terzo o della metà (nel caso di reato commesso in danno di minorenne), mentre l'indennizzo elargito dallo Stato alla vittima si arrestava a 4.800 euro. Pur trattandosi di unità disomogenee, appariva difficile conciliare una condotta considerata di estrema gravità sotto il profilo della comminatoria edittale con una valutazione della dimensione del danno arrecato alla vittima, più vicino a logiche di bagatellarità del reato.

[20] Si prevedeva nel decreto interministeriale 31 agosto 2017 (pubblicato sulla G.U., Serie generale, n 237 del 10 ottobre 2017) che l'omicidio volontario venisse indennizzato con la somma complessiva di euro 7.200 (elevati a euro 8.200 nel caso di omicidio commesso dal coniuge o da persona legata alla vittima da relazione affettiva), mentre per la violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p. si riconosceva un ristoro pari a euro 4.800 e per tutti gli altri reati intenzionali violenti un rimborso per le spese mediche e assistenziali fino ad un massimo di euro 3.000. In senso critico, rispetto all'adeguatezza ed equità di simili importi, si esprime I. ANRÒ, *Tardiva trasposizione della direttiva 2004/80 e responsabilità dello Stato: nuove pronunce e nuovi interventi del legislatore*, in *Studi sull'integrazione europea* 2018, 2, p. 467.

[21] L'art 5 della l. 3 agosto 2004, n. 206, oltre a costruire un trattamento pensionistico *ad hoc*, prevede che sia corrisposto alla vittima di reati di mafia (con estensione ad altre specifiche categorie di vittime) un indennizzo sino alla misura massima di 200.000 euro.

[22] Cfr. in proposito Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2019, n. 2964, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 821 ss. (con nota di C. CERLON, *Vittime di reati violenti intenzionali e "causa pilota": un critico rinvio pregiudiziale dalla Cassazione alla Corte UE*) che, in relazione alla vicenda di una vittima di violenza sessuale alla quale era già stato riconosciuto un risarcimento del danno pari a 90.000 euro per la tardiva implementazione della direttiva 2004/80/CE, ha sollevato di fronte alla Corte di Giustizia europea due quesiti pregiudiziali: un primo quesito attinente l'obbligo *ex* art. 12 dir. 2004/80/CE anche con riguardo alle situazioni non transfrontaliere e un secondo quesito relativo alla equità e adeguatezza dell'importo fissato a 4.800 euro nel d.m. 31 agosto 2017. In proposito v. I. ANRÒ, *L'ordinamento italiano e l'indennizzo alle vittime di reato, tra principio di uguaglianza e criteri di equità: la parola torna alla Corte di Giustizia?*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, pp. 119 ss. Per un commento alla pronuncia, resa sulla medesima vicenda, da Trib. Torino, 3 maggio 2010, v. M.M. WINKLER, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, pp. 923 ss.

Insomma, raggiunta la piena operatività del sistema a distanza di tredici anni dalla direttiva, la soluzione offerta dal legislatore italiano svelava una profonda indifferenza verso le esigenze di tutela delle ragioni della vittima, in palese contrasto con il complesso della legislazione punitiva realizzata nel corso dello stesso intervallo temporale.

Di fronte alla risibile quantificazione contenuta nel decreto interministeriale del 2017 non era difficile obiettare come il meccanismo statale di solidarietà alle vittime di reati violenti fosse stato costruito al solo fine di rispondere formalmente agli obblighi di matrice europea, rimanendo ben lontano dall'integrare la soglia minima per fornire un effettivo sostegno economico.

2. Il superamento del precedente tariffario, alla ricerca di indennizzi equi per le vittime di reati intenzionali violenti.

Con la pubblicazione del d.m. 22 novembre 2019 del Ministero dell'Interno nella G.U. Serie Generale del 23 gennaio 2020 si segna, dunque, una tappa importante nella lunga e travagliata vicenda che ha visto l'introduzione e la progressiva implementazione del sistema di indennizzo statale delle vittime di reati intenzionali violenti: la rideterminazione degli importi degli indennizzi rappresenta, invero, condizione di effettività della tutela e concreto volano per il decollo dell'intero congegno normativo.

È, dunque, una fonte secondaria a consegnare all'impianto inaugurato nel 2016 una dimensione tale da poter rispondere a quelle esigenze di solidarietà sociale che stanno alla base dell'idea di apprestare un meccanismo di ristoro per le vittime che, avendo patito danni a seguito della commissione di un reato intenzionale violento, non abbiano ricevuto alcun risarcimento da parte dell'autore dell'illecito. A seguito dei progressivi accantonamenti di risorse economiche[23] destinate a rimpinguare il c.d. Fondo di rotazione per le vittime, si è potuto apportare più di un ritocco al desolante "tariffario" del 2017, sia intervenendo sul *quantum* dei singoli casi di indennizzo già previsti, sia estendendo in parte il novero dei reati ristorabili tramite l'intervento statale.

Pertanto, merita procedere ad una rapida messa a fuoco i casi in cui si può avere accesso all'indennizzo – seppure solo in minima parte interessate dalla regolamentazione di nuovo conio –, per passare poi in rassegna la quantificazione del supporto economico accordato dallo Stato, al fine di verificarne la corrispondenza ai requisiti richiesti dalla direttiva del 2004.

---

[23] Svariate sono le fonti da cui proviene l'approvvigionamento del Fondo di rotazione, essendosi previsto che a questo vengano assegnati i proventi della riscossione delle sanzioni pecuniarie civili sulla base del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. Inoltre la l. 20 novembre 2017, n. 167, nel rivedere le condizioni di accesso all'indennizzo, ha aumento le risorse destinate al Fondo di rotazione da 2.800.000 per il 2017 e 1.400.000 euro per gli anni successivi, portandole ad importi ben più consistenti, pari a 10 milioni per il 2017 e 30 milioni per l'anno 2018, al fine di consentire il ristoro anche delle situazioni pregresse. Ancora le ultime leggi di bilancio dello Stato hanno aumentato progressivamente quanto devoluto al Fondo: la l. 27 dicembre 2017, n. 205 ha previsto l'ulteriore stanziamento di 7.400.000 euro, che sono stati portati a 10 milioni annui con la l. 30 dicembre 2018, n. 145.

2.1. I casi e la quantificazione dell'indennizzo: l'ambito operativo del sostegno statale.

Quanto all'ambito operativo del sistema di indennizzo statale, deve in primo luogo segnalarsi una peculiarità della disciplina interna, che genera un'anomalia non secondaria: mentre la fonte comunitaria si esprime in termini assai ampi, collegando il sostegno statale alla commissione di qualsiasi reato intenzionale violento, ben più circoscritta è l'area di intervento delineata a livello domestico.

L'art. 11 della l. n. 122/2016 prevede che sia riconosciuto il «diritto all'indennizzo a carico dello Stato» alla vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona (tranne che per le lesioni personali, che fanno maturare il diritto al beneficio solo laddove realizzate in forma grave o gravissima ai sensi dell'art. 583 c.p.), ma al secondo comma si affretta a precisare che «[l]'indennizzo è elargito per la rifusione delle spese mediche e assistenziali, salvo che per i fatti di violenza sessuale e di omicidio». Il dettato normativo segna un preciso *discrimen* tra un indennizzo che mira a corrispondere, seppure in parte, un *pretium doloris* e un indennizzo che si risolve in un mero rimborso spese. Alla violenza sessuale e all'omicidio, l'art. 20 della l. 19 luglio 2019, n. 69, aggiungerà poi il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso di cui all'art. 583-*quinquies* c.p., ma la residualità di reati intenzionali violenti genera una platea di vittime che può aspirare, al più, ad un rimborso statale per le spese mediche e assistenziali documentate.

Di queste indicazioni normative tiene conto il d.m. 22 novembre 2019, con il quale si determina l'indennizzo per il delitto di omicidio nell'importo fisso di euro 50.000 (elevati ad euro 60.000, esclusivamente in favore dei figli della vittima[24], nel caso di omicidio commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa); per il delitto di violenza sessuale (fatta

[24] Più articolata, invece, la disciplina volta ad individuare il legittimato attivo all'indennizzo nel caso in cui la vittima sia deceduta a seguito del reato, ma in una vicenda criminosa estranea alle dinamiche familiare. Per tale ipotesi è necessario far riferimento a quanto previsto dall'art. 1, comma 593 della l. 31 dicembre 2018, n. 145 (bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019), che inserisce nell'art. 12 della l. n. 122/2016 un comma 2-*bis* che recita quanto segue: «[i]n caso di morte della vittima in conseguenza del reato, l'indennizzo è corrisposto in favore del coniuge superstite e dei figli; in mancanza del coniuge e dei figli, l'indennizzo spetta ai genitori e, in mancanza dei genitori, ai fratelli e alle sorelle conviventi e a carico al momento della commissione del delitto. Al coniuge è equiparata la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. In mancanza del coniuge, allo stesso è equiparato il convivente di fatto che ha avuto prole dalla vittima o che ha convissuto con questa nei tre anni precedenti alla data di commissione del delitto»; con l'inserzione di un successivo comma 2-*ter* nello stesso articolo, si prevede altresì che in caso di «concorso di aventi diritto, l'indennizzo è ripartivo secondo le quote previste dalle disposizioni del Libro secondo, Titolo II, del codice civile».
Con una previsione che sembra avere rilievo generalizzato e, dunque, riferibile anche ai figli della vittima di omicidio volontario maturato in ambito domestico, lo stesso art. 1, comma, inserisce un comma 1-*bis* nell'art. 12 l. n. 122/2016, ove si stabilisce che le condizioni soggettive previste per la vittima che richieda l'indennizzo «devono sussistere, oltre che per la vittima, anche con riguardo agli aventi diritto indicati all'articolo 11, comma 2-*bis*».

eccezione per i casi di minore gravità di cui all'art. 609-*bis*, comma 3 c.p.p.) nell'importo fisso di euro 25.000; per il delitto di lesioni gravissime di cui all'art. 583, comma 2 c.p. e per il delitto di cui all'art. 583-*quinquies* c.p. nell'importo fisso di euro 25.000.

Il confronto con la regolamentazione risultante dal precedente intervento ministeriale ci consegna due significativi momenti di evoluzione: la platea dei potenziali beneficiari è andata incontro ad un, seppur circoscritto, ampliamento e gli importi degli indennizzi risultano decisamente più consistenti.

Sotto il primo angolo di visuale, si colloca oggi il diritto all'indennizzo in capo anche alla vittima del reato di lesioni personali gravissime, nonché a quella del delitto recentemente inserito nell'art. 583-*quinquies* c.p. Si prevede, inoltre, che possano accedere al beneficio le vittime di violenza sessuale, con la sola eccezione delle ipotesi di lieve gravità di cui all'art. 609-*bis*, comma 2 c.p.: la dizione oggi impiegata nel decreto ministeriale pare più rassicurante, poiché, in luogo del precedente rinvio all'art. 609-*bis* c.p, richiama in termini generici il «delitto di violenza sessuale». Invero, la fonte regolamentare del 2017 fissava in 4.800 euro l'indennizzo statale «per il reato di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p., salvo che ricorra la circostanza attenuante della minore gravità», così rischiando di escludere dall'ausilio pubblico ipotesi di aggressione sessuale violenta non riconducibili alla fattispecie lì evocata, quale la violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-*octies* c.p.: al timore di un'esclusione tanto odiosa quanto ingiustificata pone rimedio la dizione contenuta nel d.m. 22 novembre 2019, dove la corresponsione dell'indennizzo viene appunto riconosciuta in termini più generici «per il delitto di violenza sessuale».

Sotto il profilo della quantificazione, evidente è l'incremento delle somme corrisposte secondo parametri fissi, che sono suscettibili di essere ulteriormente irrobustite, perché agli importi sopra descritti si può aggiungere un ulteriore importo a titolo di rimborso per le spese mediche e assistenziali documentate: il secondo comma dell'art. 1 d.m. 22 novembre 2019 prevede che, per i delitti indennizzabili indicati al primo comma (omicidio, violenza sessuale, lesioni gravissime e deformazione dell'aspetto), possa ottenersi anche un rimborso spese fino ad un massimo di 10.000 euro.

Il rimborso spese che è previsto in via di cumulo all'indennizzo per i più gravi delitti, diventa, invece, la sola forma di ristoro che lo Stato elargisce in favore di tutte le altre vittime di reati intenzionali violenti, seppure elevando il tetto del contributo fino ad un massimo di 15.000 euro.

Da ultimo, merita sottolineatura la disciplina transitoria che, in forza dell'art. 2 d.m. 22 novembre 2019, fa assurgere gli importi attuali a riferimenti da utilizzare anche per le procedure di indennizzo già avviate prima della pubblicazione del decreto, sia che queste siano ancora in corso, sia che abbiano già visto accoglimento con una quantificazione –decisamente mortificante– commisurata alla luce del decreto del 2017[25].

[25] Prevede l'art. 2, comma 3 d.m. 22 novembre 2019 che per gli indennizzi già liquidati, possa ottenersi una nuova quantificazione alla luce dei nuovi parametri, presentando apposita istanza, a pena di decadenza, entro i termini di cui all'art. 1, comma 594 l. 145/2018, ossia entro 60 giorni dalla decisione che ha definito il giudizio per essere ignoto l'autore del reato o dall'ultimo atto dell'azione esecutiva infruttuosamente

3. Lo stato dell'arte: un puzzle di faticosa composizione.

Non v'è dubbio che la netta rivalutazione degli importi fissati per le diverse ipotesi di indennizzo rechi con sé un rinnovato interesse per questa forma di solidarietà statale verso le vittime di reati violenti, così da rendere di una qualche utilità il tentativo di ricostruire i contorni di un meccanismo che risulta oggi regolato da un fitto reticolo normativo frutto di una sincopata stratificazione normativa, con il risultato di una difficile leggibilità.

3.1. Le condizioni soggettive per l'accesso all'indennizzo.

Come anticipato sommariamente, nell'apprestare per la prima volta un sistema generalizzato di indennizzo delle vittime, l'art. 12 della l. n. 122/2016 aveva declinato una serie di requisiti soggettivi e di paletti procedimentali che finivano per restringere significativamente il novero dei potenziali destinatari, confermando la tendenziale ostilità del legislatore italiano all'implementazione di questo congegno di solidarietà sociale.

Si prevedeva, tra l'altro, che potesse accedere all'indennizzo la persona offesa le cui condizioni economiche rientrassero nel tetto per l'ammissione al patrocinio dello Stato. Inoltre, erano state costruite come cause di esclusione dal beneficio l'ipotesi di concorso anche colposo della vittima nella commissione del reato o di reati connessi; la precedente condanna della vittima per uno dei gravi reati di cui all'art. 407, comma 2 lett. a) c.p.p. ovvero per un reato in materia fiscale; l'aver percepito la vittima, per lo stesso fatto, una qualsiasi somma erogata a qualunque titolo da un soggetto pubblico o privato. Da ultimo, si faceva gravare sulla persona offesa l'onere di esperire previamente la procedura esecutiva nei confronti del condannato, terminandola con risultato infruttuoso, tranne che per l'ipotesi in cui il procedimento penale si fosse chiuso per essere rimasto ignoto l'autore del reato.

L'evoluzione normativa cui è andato incontro il sistema statale di indennizzo ci consegna, già con la novella del 2017, la rivisitazione di alcune delle più ingiustificate cause di esclusione dal beneficio.

Particolarmente eccentrica, nonché del tutto sprovvista di qualsiasi addentellato normativo nel tessuto della Direttiva 2004/80/CE, era la scelta di attribuire rilievo alla condizione di non abbienza[26] della vittima, con la conseguenza di privare di qualsiasi ristoro la persona offesa di reati gravissimi la cui situazione patrimoniale non fosse di conclamata indigenza. La previsione limitativa è stata rimossa dalla l. n. 167 del 2017 e,

esperita.

[26] Prevedeva l'art. 12 lett. a) della l. n. 122/2016 che l'indennizzo potesse essere corrisposto alla vittima, purché «titolare di un reddito annuo, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a quello previsto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato».

pertanto, oggi le condizioni reddituali della vittima non hanno più alcun rilievo al fine della corresponsione del ristoro per il reato patito.

Ancora la l. n. 167 del 2017 ha mitigato l'irragionevolezza della causa di esclusione dal beneficio collegata all'aver percepito somme in relazione allo stesso fatto di cui si chiede l'indennizzo: si trattava di una previsione che il legislatore del 2016 aveva costruito in termini di rigido e iniquo automatismo, finendo per escludere in radice dal ristoro statale la vittima che avesse ricevuto un sostegno anche occasionale, di limitatissima entità e persino a titolo amicale o affettivo. Opportunamente, nel 2017 si è circoscritta questa causa di decadenza dal beneficio all'eventualità in cui la somma percepita *aliunde* fosse di importo superiore ai 5.000 euro, così da ridurre le più vistose iniquità sottese alla previsione[27]. È, però, con una successiva novella, che si colloca in seno alla legge di bilancio 2019[28], che si perviene ad una più razionale ristrutturazione di tale presupposto: in questa occasione si è previsto che non si eroghi l'indennizzo alla vittima che «abbia percepito, in tale qualità e in conseguenza immediata e diretta del fatto di reato, da soggetti pubblici o privati, somme di denaro di importo pari o superiore a quello dovuto»; laddove, invece, «la vittima [abbia] già percepito […] somme di denaro di importo inferiore a quello dovuto […], l'indennizzo di cui alla presente legge è corrisposto esclusivamente per la differenza»[29]. Ricondotto a ragionevolezza, il meccanismo si inscrive ora nel solco della più generale regolamentazione della *compensatio lucri cum damno*[30] e non identifica più un'odiosa esclusione dalla contribuzione statale, limitandosi ad evitare che vi sia una duplicazione di forme di ristoro.

3.2 I profili procedimentali.

Anche con riguardo alla procedura diretta ad ottenere l'indennizzo, l'evoluzione normativa si muove nel solco di una recuperata attenzione per le esigenze della vittima, che progressivamente ha visto cadere una serie di ostacoli procedimentali che rendevano

---

[27] Deve osservarsi, d'altra parte, come nel contesto della disciplina allora vigente la somma percepita che innescava la perdita del diritto all'indennizzo vedeva un tetto massimo superiore a quello del medesimo indennizzo, concedibile per tutti i reati, fatta eccezione per l'omicidio volontario (il cui indennizzo ammontava ad euro 7.200, elevati ad euro 8.200 per l'omicidio in ambito familiare) e, pertanto, la scelta poteva qualificarsi in certo modo "generosa".

[28] L'art. 1 comma 592 l. 30 dicembre 2018 n. 145, oltre ad incrementare la dotazione del Fondo di solidarietà a 10 milioni di euro annui, opera un *restyling* delle condizioni di accesso all'indennizzo, tra le quali assume particolare rilievo la revisione del rilievo attribuito alle precedenti elargizioni fatte in favore della vittima.

[29] La soluzione cui si è approdati nel 2018 si pone, peraltro, in linea con quanto congegnato già nella Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti del 24 novembre 1983.

[30] In tema, v. E. BELISARIO, *Il problema della* compensatio lucri cum damno, Napoli 2018. In proposito merita ricordare come la soluzione offerta dal legislatore del 2018 nella materia che qui rileva sembra collocarsi in sintonia con le recenti posizioni assunte dalle massime giurisdizioni (cfr. Cass., sez.un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Foro it*. 2018, parte I, c. 1901, con nota di R. PARDOLESI, Compensatio, *cumulo e* "second best"; v. anche Cons. St., ad.plen., 23 febbraio 2018, n. 1, in *Corr. giur*. 2018, p. 523, con nota di E. BELISARIO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*).

difficoltoso l'accesso al ristoro statale.

Sotto il profilo dei tempi della domanda, la disciplina introdotta nel 2016 (dopo un ritardo decennale del legislatore italiano) ha richiesto alla vittima una rapida attivazione, essendosi stabilito che l'istanza deve essere presentata entro sessanta giorni, decorrenti dall'ultimo atto esecutivo della procedura di recupero esperita infruttuosamente ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, nei casi in cui non sia necessario avviare l'esecuzione ai fini civili. Il consistente ritardo con cui il legislatore italiano ha dato seguito alla direttiva del 2004 ha imposto di prevedere anche una disciplina transitoria per quelle vicende procedimentali che, pur presentando tutti i requisiti soggettivi e oggettivi legittimanti l'accesso all'indennizzo, avessero trovato da tempo definizione in sede civile e/o penale. Così sono stati via via previsti dei termini fissi finali per le vittime di reati intenzionali violenti commessi successivamente al 30 giugno 2005 e prima dell'entrata in vigore della l. n. 122/2006: attualmente tale scadenza è stata collocata al 31 dicembre 2020[31].

Quanto ai legittimati attivi, selezionando tra quanti rivestono lo *status* di vittima di un reato doloso commesso con violenza, la legge di bilancio 2018 ha introdotto alcune specificazioni per l'eventualità in cui l'offeso sia deceduto in conseguenza del reato: si prevede in proposito che l'indennizzo sia corrisposto «in favore del coniuge superstite e dei figli; in mancanza del coniuge e dei figli, l'indennizzo spett[i] ai genitori e, in mancanza dei genitori, ai fratelli e alle sorelle conviventi a carico al momento della commissione del delitto». Opportunamente si chiarisce, poi, che «[a]l coniuge è equiparata la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. In mancanza del coniuge, allo stesso è equiparato il convivente di fatto che ha avuto prole dalla vittima o che ha convissuto con questa nei tre anni precedenti alla data di commissione del delitto»[32].

Su questa perimetrazione dei legittimati all'indennizzo *iure hereditatis* è necessario introdurre due precisazioni: in primo luogo, nel caso in cui si abbia riguardo ad un omicidio maturato nel contesto familiare (commesso dal coniuge, anche separato o divorziato) o affettivo (commesso da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa), il d.m. 22 novembre 2019 stabilisce che l'indennizzo nell'importo fisso di euro 60.000 spetti esclusivamente ai figli della vittima. Se pare scontata l'esclusione del familiare autore del reato dal novero dei legittimati attivi, resta invece più di un dubbio sul significato dell'analoga opzione per altri familiari (genitori, fratelli e sorelle) che hanno normalmente titolo per chiedere l'indennizzo: la previsione può forse essere ricondotta a ragionevolezza, ritenendo che per questi ultimi soggetti sia comunque possibile richiedere l'indennizzo, ma nell'importo fisso di euro 50.000

[31] Il termine, già collocato al 30 settembre 2019 per opera della l. n. 145/2018 (bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019), è stato prorogato da ultimo con il d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 (c.d. decreto milleproroghe). Lì si prevede, altresì, che, laddove al 31 dicembre 2020 non siano ancora sussistenti tutti i requisiti e le condizioni di legge, le domande potranno essere presentate nel termine generale di 60 giorni dall'ultimo atto esecutivo della procedura civile o dalla definitività della sentenza penale.

[32] Cfr. art. 1, comma 593 l. n. 145/2018, che inserisce un comma 2-*bis* nell'art. 11 l. n. 122/2016, stabilendo altresì come «ai fini dell'accertamento della qualità di convivente di fatto e della durata della convivenza si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 36 e 37 della l. 20 maggio 2016, n. 76.

previsto in via generale per il delitto di omicidio. Il *surplus* di indennizzo riconosciuto ai figli della vittima di criminalità domestica può essere inquadrato nell'ambito di un più ampio e generalizzato rafforzamento della solidarietà sociale nei confronti degli orfani di crimini domestici[33], così da superare possibili obiezioni in punto di diseguaglianza di trattamento.

Ancora con riguardo ai soggetti legittimati a presentare l'istanza di indennizzo in caso di morte della vittima derivante dal reato, deve precisarsi come anch'essi debbano versare nelle condizioni soggettive richieste alla vittima per accedere al sostegno statale: pertanto, saranno esclusi coloro che abbiano già ricevuto una somma pari o superiore all'ammontare dell'indennizzo, coloro che abbiano concorso anche colposamente nella commissione del reato, coloro che siano stati condannati o siano sottoposti a procedimento penale per uno dei gravi delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. ovvero per reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione[34].

Un importante passaggio procedimentale, che può tradursi in un non secondario aggravio delle attività richieste alla vittima, attiene alla verifica dell'impossibilità per quest'ultima di ottenere il risarcimento da parte dell'autore del reato. La tutela accordata dallo Stato si pone, infatti, in posizione alternativa e surrogatoria dell'adempimento che spetterebbe a chi ha cagionato il danno da reato: anche la direttiva del 2004, del resto, si muove nel segno di un'alternatività dell'intervento pubblico, al quale è possibile accedere solo nelle ipotesi in cui le vittime versino nell'impossibilità di ottenere un risarcimento dall'autore del reato «in quanto questi può non possedere le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni, oppure può non essere identifica o perseguito» (Considerando 10).

Con una soluzione che ha collocato l'indennizzo statale in posizione di assoluta residualità, il legislatore del 2016 ha previsto che la vittima debba previamente esperire «infruttuosamente l'azione esecutiva nei confronti dell'autore del reato», determinando un appesantimento degli incombenti chiesti all'offeso, nonchè un allungamento dei tempi di accesso all'indennizzo[35].

Da tale condizione si può prescindere solo quando il procedimento penale si sia

---

[33] In proposito si ricorda la l. 11 gennaio 2018, n. 4, recante "Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici", alla quale hanno fatto seguito gli stanziamenti per le misure di sostegno sia nella l. n. 145/2018, sia nella l. n. 69/2019. Nonostante tali interventi del legislatore, fa tuttora difetto il decreto attuativo, che rappresenta condizione necessaria per l'operatività della tutela; segnala la deficienza l'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza (*link*). Per un rapido affresco, v. M. BERTOLINO – G. VARRASO, *Focus: le vittime vulnerabili*, in *Riv.it.med.legale* 2018, p. 513; nonché L. ROSSI, *Brevi considerazioni sulla nuova legge in favore degli orfani di crimini domestici*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2018.

[34] In questi termini dispone l'art. 1, comma 593, lett. b) della l. n. 145/2018, che aggiunge all'art. 12 l. n. 122/2016 il comma 1-*bis*, dove si prevede che «[i]n caso di morte della vittima in conseguenza del reato, le condizioni di cui al comma 1 devono sussistere, oltre che per la vittima, anche con riguardo agli aventi diritto indicati all'art.11, comma 2-*bis*»

[35] Per un inquadramento della questione, anche alla luce delle possibili soluzioni alternative consentite negli spazi della direttiva del 2004, sia consentito di rinviare a V. BONINI, *Pronto al debutto il sistema nazionale di indennizzo*, cit., p. 634.

chiuso per essere rimasto ignoto l'autore del reato e, in forza di un'interpolazione operata con la l. n. 167/2017, quando nel procedimento penale l'imputato sia stato ammesso al patrocinio a spese dello Stato, che ne attesta l'insolvibilità in ragione della condizione di non abbienza. Un'ulteriore ipotesi in cui la vittima è esonerata dall'attivare (e concludere infruttuosamente) la procedura esecutiva è stata prevista dalla l. 30 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020) con riferimento all'omicidio commesso in ambito familiare o relazionale[36]: diversa la *ratio* di questa deroga all'onere di avviare l'azione esecutiva, che non si fonda sull'impossibilità di ottenere un previo ristoro, bensì su un rafforzamento dell'intervento statale, che viene anticipato, in ragione della necessità di assicurare un sostegno tempestivo alle vittime di crimini domestici.

Nulla si dice rispetto ad ipotesi, quali l'epilogo proscioglitivo per morte del reo[37], per incapacità irreversibile dell'imputato, per intervenuta prescrizione che, evidentemente, lasciano in capo alla vittima il gravoso onere di avviare un'azione civile per il risarcimento del danno ad esito della quale esperire la procedura esecutiva: solo dopo la conclusione dell'intero itinerario processualcivilistico potrà essere avanzata richiesta di indennizzo statale.

Una volta realizzate tali condizioni, ed entro sessanta giorni dalla chiusura ora del procedimento penale ora del procedimento esecutivo civile, potrà essere avanzata al Prefetto della provincia in cui ha sede l'autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza, ovvero della provincia ove ha la residenza il richiedente, la domanda di accesso al Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime al fine di ottenere l'indennizzo.

4. Le criticità del sistema: l'indennizzo equo e adeguato nel disegno eurounitario e nel quadrante nazionale.

Il faticoso tentativo di ricomposizione della disciplina che oggi governa la materia dell'indennizzo statale per le vittime di reati intenzionali violenti consente di apprezzare l'estrema frammentarietà del panorama normativo; esso impone all'interprete una meticolosa opera di ricerca e di lettura delle fonti che, in un rapido volgere di pochi anni, si sono interessate della materia, sovente ritornando con intenti novellatori su approdi raggiunti pochi mesi prima.

Se l'effettività di una garanzia si misura anche in base alla facilità di accesso alla

---

[36] L'art. 1, comma 489 l. n. 160/2019 prevede la deroga all'esperimento della procedura esecutiva quando l'autore abbia commesso il delitto di omicidio nei confronti del coniuge anche legalmente separato o divorziato, dell'altra parte di un'unione civile, anche se l'unione è cessata, o di chi è o è stato legato da relazione affettiva e stabile convivenza.

[37] La previsione, che comporta l'esercizio dell'azione civile nei confronti degli eredi dell'autore, poteva risultare particolarmente odiosa nella misura in cui non prevedeva forme di anticipazione dell'erogazione dell'indennizzo in favore di vittime di omicidi maturati in contesto domestico, il cui autore del reato avesse successivamente perso la vita: a tale vuoto di tutela si è supplito in prospettiva generale con la ricordata l. n. 4/2018 in materia di tutela degli orfani della criminalità domestica e in via specifica con l'esonero dalla procedura esecutiva prevista in seno alla l. n. 160/2019.

medesima, la stratificazione alluvionale e la conseguente difficile leggibilità della normativa rappresenta un ostacolo non di secondo momento per la tutela indennitaria della vittima[38].

Giunti ad una costruzione che sembra andare incontro all'*input* europeo, il legislatore nazionale dovrebbe interrogarsi sull'opportunità di riscrivere all'interno di una cornice organica e coerente l'intera disciplina relativa a presupposti, condizioni di accesso, cause di esclusione, sviluppi procedimentali ed entità dell'indennizzo. La costruzione di una disciplina uniforme, sia sul versante dei presupposti di accesso sia in punto di quantificazione degli indennizzi, consentirebbe di superare le ingiustificate differenze trattamentali che si riscontrano a seconda che si abbia riguardo alla "generica" vittima di reati dolosi commessi con violenza, ovvero alla vittima di determinate fattispecie di reato.

Ma nel muoversi in questa direzione, vi sono alcuni profili sui quali pare doveroso richiamare l'attenzione, al fine di evidenziare criticità che ancora oggi sembrano attingere la dimensione quantitativa dell'indennizzo statale, se rapportata alle indicazioni contenute all'interno della direttiva 2004/80/CE.

Come noto, la fonte europea all'art. 12 colloca in capo agli Stati membri l'obbligo di garantire «un indennizzo equo e adeguato alle vittime»: se tale obbligo risultava patentemente inevaso dalla mortificante quantificazione fissata nel 2017, l'elevazione del *quantum* di indennizzo realizzata nel novembre 2019 offre senza dubbio un più soddisfacente livello di tutela. Resta, però, da verificare se l'impianto edificato sin qui possa lasciar ritenere integrati i requisiti richiesti a livello eurounitario, ossia se possa parlarsi oggi di indennizzi equi ed adeguati.

In primo luogo non pare superfluo interrogarsi sul concetto di indennizzo: invero, se raffrontato con un adempimento di carattere risarcitorio[39], l'indennizzo pare dover essere riferito ad un intervento pubblicistico che si connota per una corresponsione di tipo forfetario e di minore entità. Ciò giustifica, pertanto, una quantificazione che non sia condotta in base a criteri che governano il risarcimento del danno derivante da reato, piuttosto ispirandosi ad un più generale canone di "equità"[40].

---

[38] È la stessa direttiva 2004/80/CE a prevedere, non solo che gli Stati membri si impegnino «a limitare le formalità amministrative necessarie per la domanda di indennizzo» (art. 3), ma anche che provvedano «affinché i potenziali richiedenti l'indennizzo abbiano accesso alle informazioni essenziali relativa alla possibilità di richiedere un indennizzo».

[39] Peraltro, la direttiva 2004/80/CE non pare adottare una chiara opzione per una risposta indennitaria in un'accezione diversa dal risarcimento del danno, impiegando il generico termine di «*compensation*» connotato dai requisiti di «*fair and appropriate*».

[40] Per i tratti fondamentali della distinzione tra reintegrazione, risarcimento, indennizzo, v. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, *Enc.dir*. XXIX, Milano 1979, p. 25; in tempi più prossimi, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, *Rass.dir.civ*. 2004, pp. 1061 ss. Come noto, la giurisprudenza, pur confermando la distinzione tra indennizzo e risarcimento, ritiene che il primo non possa allontanarsi in modo irragionevole e sproporzionato dal secondo, dovendo comunque garantire un serio ristoro: in questo senso v. Corte cost. 21 luglio 1983, n. 223, che ebbe ad affermare come l'indennizzo «pur non dovendo corrispondere all'integrale valore effettivo del bene espropriato, deve comunque garantire un serio ristoro, tale che l'ammontare dell'indennità non scada sotto l'indispensabile livello di congruità»; negli stessi termini Corte cost. 30 luglio 1984, n. 231, nonché Cass. civ., sez. I, 29 settembre 1999, in *Giust.civ.Mass*. 1999, p. 2036;

Da un altro angolo di visuale, però, deve sottolinearsi come tali caratteri sono pur sempre riconducibili al nesso che lega l'indennizzo ad un'azione determinante un danno al privato e, dunque, sono comunque evocativi di un collegamento tra l'indennità e l'offesa arrecata[41].

Se così è, l'indennizzo è un *quid minus* del risarcimento, ma non può esaurirsi in una singola voce contabile di questo, qual è il rimborso spese, altrimenti smarrendosi il connotato equitativo e forfetario: la riduzione dell'esborso statale ad un mero rimborso delle spese mediche finisce per rompere il nesso che lega l'intervento solidale dello Stato rispetto all'offesa perpetrata ad un bene fondamentale della persona (vita o integrità fisica) e al contempo contribuisce ad annacquare il significato più profondo dell'intero impianto, che non è quello di assicurare una qualche graziosa elargizione, ponendosi piuttosto come attestato della vicinanza dello Stato e della intera collettività ai bisogni essenziali della vittima di reati intenzionali violenti.

In questa prospettiva, pare disallineata dalla *ratio* del meccanismo solidale (e dalla direttiva 2004/80/CE) la previsione di un semplice rimborso delle spese mediche e assistenziali per la generalità dei reati intenzionali violenti, mentre l'indennizzo in senso proprio resta circoscritto alle sole vittime (o ai familiari delle vittime) di omicidio, violenza sessuale, lesioni gravissime e deformazione dell'aspetto.

Ma, anche laddove si riconducesse siffatta prestazione economica in favore della vittima allo schema dell'indennizzo, si pone la necessità di verificare se quella corrisponda alle caratteristiche richieste dal legislatore eurounitario; nella direttiva del 2004, invero, pur optandosi per lasciare agli Stati membri il potere di fissare gli importi dell'indennizzo, in una prospettiva volutamente di *soft harmonization*, si richiede che il contributo dello Stato in favore della vittima sia «equo ed adeguato».

L'equità è, notoriamente, un concetto elastico, che dunque lascia al legislatore nazionale un ampio margine di manovra, ma, rievocando in modo ravvicinato profili di eguaglianza e di proporzione, richiede soluzioni che siano in linea con gli istituti attigui a quello dell'indennizzo delle vittime[42]. Pertanto, in un settore come quello che qui si

---

Cass. civ., sez. I, 15 marzo 1999, in *Foro it.* 1999, I, c. 1433. In prospettiva più ravvicinata al tema che qui si tratta v. le considerazioni svolte da Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2019, § 82, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019, che ritiene siano «parametro utile al fine di riempire di contenuto i concetti giuridici di "equità" e "adeguatezza" […] i criteri che devono orientare i giudici del merito nel liquidare il risarcimento, in sede civile, del danno conseguente al reato».

[41] Utili, in proposito, le osservazioni di C. CERLON, *Vittime di reati violenti intenzionali e "causa pilota": un critico rinvio pregiudiziale della Cassazione alla Corte UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 824, che, nel ricostruire i percorsi che contribuiscono a definire i contorni giuridici dell'indennizzo, ricorda come «il legislatore UE abbia chiaramente imposto agli Stati membri l'obbligo di garantire non già un indennizzo qualsiasi – e quindi anche solo meramente simbolico – ma tale da ristorare sostanzialmente e concretamente le vittime, in linea, peraltro, con quanto già ribadito nella causa Commissione europea c. Repubblica italiana (C-601/14)».

[42] In questo senso v. R. SALVATORE, *Equità (principio di) (dir.priv)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano 1966, che osserva come «l'equità è una proporzione, una commisurazione che richiama l'idea dell'uguaglianza» ritenendo che tale concetto non possa fungere da strumento di modifica del diritto positivo, piuttosto acquistando «consistenza la figura dell'equità, nel concreto aspetto evocante l'idea di misura, di proporzione tra gli stessi elementi di quel diritto positivo».

Osserva M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: gli interventi del legislatore cancellano l'inadempimento*

tratta l'equità può essere apprezzata non solo in base ai "valori assoluti" previsti in seno al decreto ministeriale, ma anche in rapporto ad altri fattori omogenei, che, nella specie, debbono essere individuati negli indennizzi statali riconosciuti dalle leggi speciali alle vittime di reato[43]: il riferimento è a quelle specifiche ipotesi di sostegno economico che lo Stato elargisce alle vittime di talune forme di criminalità o di specifiche vicende criminose, che possono costituire un utile *tertium comparationis* per verificare l'equità complessiva del sistema.

L'operazione non sembra condurre ad esiti rassicuranti, poiché conduce a percepire con disarmante immediatezza lo squilibrio tra le prestazioni, che risultano decisamente più favorevoli per le vittime di reati specifici (o di specifici episodi delittuosi) il cui "statuto indennitario" trova la propria disciplina nella l. 3 agosto 2004, n. 206: quest'ultima fonte normativa[44] – oltre a costruire un trattamento pensionistico *ad hoc*, che si aggiunge alla prestazione indennitaria – prevede all'art. 5 che sia corrisposto un indennizzo pari ad euro 2.000 per ogni punto percentuale di invalidità, sino alla misura massima di 200.000 euro, al quale si aggiunge, per le ipotesi di invalidità permanente non inferiore ad un quarto della capacità lavorativa, uno speciale assegno vitalizio pari ad euro 1.033 mensili. Gli stessi importi sono stati estesi, in aggiornamento alla l. 20 ottobre 1990, n. 302, alle vittime della criminalità organizzata[45].

Evidente e non abbisognevole di alcuna sottolineatura è la profondità del solco che distingue e separa l'impegno economico dello Stato a supporto delle vittime di reati intenzionali violenti rispetto a quello già assunto nel tempo a sostegno di specifiche categorie di offesi dal reato; né riesce intravedersi una possibilità di ricondurre a ragionevolezza un panorama normativo tinteggiato da una così fosca iniquità, restando priva di giustificazione la diversità trattamentale[46].

Anche quando si passi a valutare l'altra caratteristica richiesta dalla direttiva 2004/80/CE, ossia l'adeguatezza dell'indennizzo, il quadro domestico non pare rappresentare un soddisfacente punto di arrivo.

---

italiano?, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1413 che «ciascun legislatore nazionale dovrebbe prevedere degli indennizzi coerenti con il sistema interno di tutela risarcitoria/indennitaria delle vittime di reati violenti intenzionali».

[43] In questo senso anche Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2019, cit., § 75, ove si evidenzia come «la verifica sulla sussistenza del necessario carattere "equo ed adeguato" […] muove […] non dal piano comparatistico concernente la disciplina dettata dai vari Stati membri […], bensì dal versante dell'ordinamento interno» per poi affermare come il «criterio dell'equità sembr[i] rivolto ad assicurare che l'indennizzo (e, dunque, la misura del suo importo) consideri anzitutto la gravità intrinseca del reato».

[44] La legge n. 206/2004 reca norme in favore delle vittime del terrorismo nazionale e internazionale e delle stragi di tale matrice, ma trova espressa applicazione, in forza dell'art. 1, comma 1-*bis*, anche per i familiari del disastro di Ustica e per le vittime della c.d. banda della "Uno bianca", nonché, a seguito del rinvio ad essa operato dall'art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 91, anche ai familiari superstiti degli aviatori italiani vittime dell'eccidio avvenuto a Kindu nel 1961.

[45] Un utile *excursus* sulle ipotesi di indennizzo "speciale" è condotto, proprio al fine di saggiare il criterio dell'equità del sistema, da Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2019, cit.

[46] Parla di una «palese disparità di trattamento fra vittime di reati eppure rinviate ed affidate allo stesso fondo di indennizzo», rilevando altresì una «manifesta violazione dell'art. 3 Cost.», M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: gli interventi del legislatore cancellano l'inadempimento italiano?*, cit., p.1410.

Nel richiedere un indennizzo adeguato, il legislatore comunitario del 2004 postula il confezionamento di un meccanismo che consenta una commisurazione in concreto del *quantum* in ragione dell'entità dell'offesa e del danno subito: l'adeguatezza è categoria che solo in parte può trovare traduzione attraverso previsioni generali ed astratte, in quanto necessita di una calibratura sui contorni concreti della situazione che l'intervento statale è chiamato ad affrontare. Pertanto, la previsione di indennizzi aventi un importo fisso, pur differenziato in ragione della tipologia criminosa (omicidio, violenza sessuale, lesioni personali gravi e gravissime), se riflette il tentativo del legislatore di introdurre un distinguo in base alla gravità del reato subìto, non può dirsi soddisfacente il canone dell'adeguatezza. Perché l'indennizzo possa dirsi adeguato dovrà essere commisurato non solo al bene giuridico aggredito, ma anche alla severità dell'offesa e del danno patito dalla singola vittima[47].

Ecco che, una volta evidenziato l'inevitabile nesso che corre tra principio di adeguatezza e valutazione in concreto, la soluzione normativa che privilegia indennizzi fissi e non modulabili sembra porsi in rotta di collisione con le indicazioni provenienti dalla direttiva del 2004[48]. Peraltro, la scelta di optare per un indennizzo fisso, forse coltivata allo scopo di limitare gli spazi di discrezionalità tecnico-giuridica attribuiti all'organo prefettizio che è competente a ricevere la domanda, non risponde neppure a criteri di economicità, poiché non è da escludere che in taluni casi una modulazione in concreto possa condurre ad erogare un indennizzo più ridotto rispetto a quello ora fissato in modo anelastico[49].

In un panorama che ha visto finalmente la messa a punto di un sistema di indennizzo statale delle vittime di reati violenti, i recenti approdi non debbono, dunque, essere considerati dei punti di arrivo, ma al contrario segnano il primo passo – finalmente mosso nella direzione giusta – verso la costruzione di un assetto unitario dei meccanismi di indennizzo statale che sia rivolto a tutte le vittime, rendendo accessibile il beneficio in termini rispettosi del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

L'auspicio è che il legislatore non abbandoni il sentiero pur tardivamente

---

[47] Osserva in proposito Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2019, cit., § 78 come «[i]l "criterio dell'adeguatezza" sembra […] richiedere la previsione di parametri di personalizzazione dell'indennizzo, tali da poter orientare la sua misura definitiva (anche là dove si venga a stabilire un massimale indennitario) in ragione di quelle circostanze, soggettive e oggettive, dell'accadimento criminoso violento, la cui rilevanza può essere tradotta in paradigmi guida della liquidazione». Nello stesso senso v. M. BONA, in *Vittime di reati violenti intenzionali: gli interventi del legislatore cancellano l'inadempimento italiano?*, cit., p.1416.

[48] C. CERLON, *Vittime di reati violenti intenzionali e "causa pilota"*, cit., p. 827, osserva, seppure con riguardo al precedente "tariffario", come la previsione «di importi irrimediabilmente "fissi", impermeabili a qualsiasi circostanza fattuale che sia effettivamente realizzata nel caso di specie così come alle conseguenze pregiudizievoli» non consenta di «realizzare il progetto europeo di equità ed adeguatezza».

[49] Volendo esemplificare, l'entità della lesione può attestarsi su livelli sensibilmente diversi nel delitto *ex* art. 583-*quinquies* c.p. di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, così da giustificare in ipotesi indennizzi contenuti al di sotto della soglia dei 25.000 euro. Quanto ai concetti di «deformazione» e di «sfregio permanente del viso» richiamati nell'art. 583-*quinquies* c.p. e nella varietà di situazioni in cui possono concretizzarsi v. E. LO MONTE, *Il "nuovo" art. 583*-quinquies *c.p. («Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso»): l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22 novembre 2019, p. 10 s.

imboccato, per arrivare ad erigere un sistema generalizzato e superare la frammentazione delle fonti regolatrici: in questa prospettiva risulta essenziale predisporre una disciplina uniforme di accesso all'indennizzo statale, che si basi su una gestione unitaria delle risorse, così da consentire una perequazione del trattamento nel segno dei canoni dell'equità e dell'adeguatezza.

3/2020

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI E REATI TRIBUTARI: UNA RIFORMA AFFÈTTA DA SISTEMATICA IRRAGIONEVOLEZZA

di Roberto Bartoli

La recente riforma del 2019 che ha esteso la responsabilità degli enti anche ai reati tributari presta il fianco a molte considerazioni critiche, risultando il frutto di scelte quanto meno poco meditate, se non addirittura avventate, perché non sorrette da una visione di sistema.

SOMMARIO: 1. Profili di illegittimità costituzionale della riforma che ha esteso la responsabilità degli enti ai reati tributari. – 2. Una riforma "settoriale scardinante il sistema". – 3. Caratteri peculiari delle dinamiche criminose tributarie nel rapporto tra persona fisica ed ente. – 4. La responsabilità compensativo/riscossiva dell'ente prima della riforma. – 5. Le ragioni (tradite) e i problemi (non visti) della riforma. – 6. Ulteriori problematiche della riforma derivanti da più ampie problematiche del sistema 231. – 7. Tre notazioni finali in prospettiva.

1. Profili di illegittimità costituzionale della riforma che ha esteso la responsabilità degli enti ai reati tributari.

Dirò subito gli esiti di queste mie riflessioni.

Primo esito. Ritengo che, a seguito della riforma del 2019 (d.l. n. 124/2019, conv. con mod. in l. n. 157/2019), la disciplina dei reati tributari sia affètta da una sorta di "sistematica" irragionevolezza. Da un lato, rispetto alle persone fisiche, si prevede un diritto penale premiale/riscossivo, un diritto penale, cioè, che minaccia la pena ma tende a recuperare il gettito tributario attraverso la previsione di una causa di non punibilità sopravvenuta consistente nel pagamento degli importi dovuti (art. 13 d.lgs. n. 74/2000) e la previsione della mancata operatività della confisca in presenza anche solo dell'impegno a versare all'erario quanto dovuto (art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/2000)[1]. Dall'altro lato, rispetto agli enti collettivi, si prevede invece un diritto penale che, ed ecco l'irragionevolezza, soltanto in parte è premiale/riscossivo, mentre per altra parte giunge comunque a punire l'ente nonostante le controazioni compensative: se infatti è vero che anche il solo impegno a pagare da parte dell'ente contribuente determina la non

[1] In argomento, v. per tutti A. INGRASSIA, *Ragione fiscale* vs *"illecito penale personale". Il sistema penale tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 173 ss.; F. CINGARI, *L'evoluzione del sistema penale tributario e i principi costituzionali*, in R. Bricchetti – P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, Torino, 2017, p. 12 s.

operatività della confisca, tuttavia, l'integrale pagamento degli importi dovuti non comporta la non punibilità dell'eventuale reato tributario, trovando applicazione l'art. 8, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001, secondo il quale "la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia". Insomma, l'ente sembra destinato ad andare incontro alla sanzione della pena pecuniaria, senz'altro ridotta in virtù delle condotte riparatorie, ma pur sempre irrogata ed eseguita.

Per ovviare a questa irragionevolezza esistono due strade. Da un lato, si può operare su un piano interpretativo, affermando che l'art. 8, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001, non opera rispetto alla causa di non punibilità dei reati tributari. Assumendo come criterio interpretativo la *ratio* riscossiva del sistema penale tributario, i due sistemi "umano" e dell'ente non possono che essere trattati alla stessa stregua. Insomma, posto che la disciplina dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 necessita ormai di una profonda revisione a seguito del consistente profluvio di nuove cause di non punibilità (particolare tenuità del fatto, messa alla prova, condotte riparatorie), si aprirebbe una piccola breccia giustificata dalla particolare *ratio* del sistema penale tributario. Dall'altro lato, si può prospettare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, nella parte in cui non è applicabile agli enti responsabili ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

Secondo esito. Anche nell'ipotesi in cui si ponga rimedio all'irragionevolezza appena prospettata, l'estensione agli enti della responsabilità per i reati tributari può porsi in contrasto con il principio del *ne bis in idem*: com'è stato efficacemente affermato, «è ben possibile che da una medesima condotta delittuosa reato possano derivare due diverse tipologie di sanzione nei confronti del medesimo soggetto ovvero la persona giuridica: infatti, con riferimento agli illeciti richiamati nella previsione di cui all'art. 25-*quinquiesdecies* la società avvantaggiata dall'evasione fiscale posta in essere nel suo interesse dall'amministratore potrà essere sanzionata tanto in sede fiscale che in sede penale secondo quanto dispone il d.lgs. n. 231 del 2001»[2].

Ebbene, anche per ovviare a questo inconveniente esistono due strade. Da un lato, si può operare in via interpretativa – per non dire – meramente giurisprudenziale, dando direttamente applicazione ai principi di diritto stabiliti in tema di *ne bis in idem* dalla copiosa giurisprudenza della Corte EDU, della Corte di giustizia, della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. Dall'altro lato, si può tornare a prospettare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*terdecies*, d.lgs. n. 58/1998, come modificato dall'art. 4, comma 17, d.lgs. n. 107/2018, nella parte in cui non è applicabile alla responsabilità degli enti. Nonostante i numerosi aspetti critici che la caratterizzano[3], si tratta dell'unica norma al momento presente nel nostro ordinamento che, in tema di *market abuse*, disciplina il concorso fra sanzioni amministrative e sanzionali penali aventi come destinatario anche l'ente nel modo seguente: «quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies* ovvero una sanzione penale o una

[2] C. SANTORIELLO, *La nuova responsabilità delle società per i reati tributari*, in *ilpenalista.it*, p. 6.

[3] F. MUCCIARELLI, *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in M. Donini – L. Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 275 ss.

sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».

2. Una riforma "settoriale scardinante il sistema".

Venendo alle riflessioni che stanno alla base delle precedenti conclusioni, vorrei muovere da una considerazione di fondo sulle tipologie di riforma che possono essere adottate. In estrema sintesi, le riforme si possono distinguere in tre tipologie. Vi sono le riforme di sistema, quelle cioè che vanno a incidere sulle strutture portanti di un determinato settore di disciplina. Sempre più rare negli ultimi tempi, le riforme di sistema più significative che si possono ricordare, anche perché di indubbia valenza riformista, risalgono addirittura agli inizi degli anni 2000 (sistema penale del giudice di pace e responsabilità degli enti collettivi), mentre la più recente riforma di sistema del 2011, concernente le misure di prevenzione, costituisce un vero e proprio buco nero problematicissimo sul piano del rispetto dei principi di garanzia.

Vi sono poi le riforme settoriali che tuttavia sono di sistema perché incidono sull'assetto complessivo della disciplina. La riforma settoriale di sistema più importante degli ultimi anni è stata senz'altro quella realizzata nel 2005 in tema di recidiva, che, come si ricorderà, ha esplicato i suoi effetti indiretti addirittura sull'applicazione degli istituti dell'ordinamento penitenziario, producendo un sovraffollamento carcerario che costò al nostro Stato la condanna da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU. Riforma che in seguito è stata progressivamente smantellata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, eliminando i numerosi automatismi nel nome della ragionevolezza e del principio di rieducazione.

Infine, vi sono riforme sempre settoriali, ma che scardinano il sistema, riforme cioè che pur incidendo su aspetti sempre più puntuali e circoscritti della disciplina sono tuttavia in grado di dissestarlo nel suo complesso, introducendo discipline contraddittorie non solo sul piano dei principi e sul piano pratico-applicativo, ma prima ancora sul piano addirittura teleologico.

Ebbene, questa legislatura si sta caratterizzando proprio per la realizzazione di riforme settoriali scardinanti il sistema. Si pensi anzitutto alla riforma della legittima difesa con cui si è rimesso nelle mani del privato una sorta di potere punitivo sproporzionato finalizzato a incutere timore agli eventuali futuri aggressori: si potrebbe parlare di un sovranismo privato del tutto inconferente con la distribuzione classica dei poteri, sia perché il punitivo viene attribuito al privato, sia perché al privato viene attribuito un potere punitivo nella sostanza illimitato, a differenza oltretutto di quanto avviene per il potere punitivo pubblico che invece conosce limiti.

Ma si pensi anche alla riforma in tema di corruzione, con l'estensione dell'art. 4-*bis* Ord. pen. anche ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione: una norma

pensata per contrastare la criminalità organizzata attraverso una pressione che nella sostanza "estorce" dichiarazioni contro terzi e che viene estesa anche al contrasto della criminalità latamente economica, tanto odiosa quanto diversa da quella mafiosa.

Per non parlare della riforma della prescrizione che, tra i tanti effetti nefasti, ha determinato addirittura una torsione della prospettiva culturale in cui si inserisce questo complesso istituto, trasformandolo da istituto di diritto sostanziale a garanzia del cittadino contro un'eccessiva estensione temporale della pretesa punitiva da parte dello Stato anche nell'ipotesi in cui si sia attivato un procedimento, a istituto di diritto processuale completamente connesso alle istanze punitive attivate con il procedimento, determinandosi un surreale confronto/scontro tra i sostenitori della imprescrittibilità allorquando lo Stato manifesta un unilaterale interesse a punire in presenza di un mero sospetto di reato e chi è contrario al c.d. processo infinito, come se la funzione della prescrizione fosse quella di determinare un termine ai processi.

Ebbene, l'ultimo prodotto di questo modo di legiferare è la recente riforma che ha esteso ai reati tributari la responsabilità degli enti collettivi.

3. Caratteri peculiari delle dinamiche criminose tributarie nel rapporto tra persona fisica ed ente.

Una cosa è certa. Le dinamiche dei reati tributari relativi all'impresa sono contraddistinte da una certa peculiarità. Da un lato, v'è un dualismo – per così dire – strutturale tra autore del reato e contribuente. Dall'altro lato, è altrettanto indubbio che il reato è posto in essere ad esclusivo interesse e vantaggio dell'ente. Quindi mentre il reato è realizzato da una persona fisica senza che ne tragga alcun beneficio, il beneficio è tratto interamente dall'ente. Già questa realtà, sia detto per inciso, avrebbe dovuto consigliare prudenza nella scelta di applicare la confisca allargata prevista dall'art. 240-*bis* c.p. alla persona fisica condannata per determinati reati tributari: tale confisca si applicherà anche al soggetto che ha commesso il reato fiscale producendo profitti a vantaggio esclusivo dell'ente? Detto diversamente, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2018: il reato tributario commesso ad esclusivo profitto dell'ente si può considerare «delitto idoneo a determinare un'illecita accumulazione di ricchezza e suscettibile, secondo l'osservazione "sociologica", di essere perpetrato in forma "professionale" o, comunque sia, continuativa» ovvero legittimare la presunzione di origine illecita dei beni del condannato?

Proprio questa situazione così particolare non può che spingere nel senso di una responsabilizzazione dell'ente rispetto al reato tributario commesso a suo vantaggio esclusivo. In buona sostanza, l'ente non può non rispondere.

Il punto diventa come. Anche perché v'è un'altra particolarità delle dinamiche tributarie relative all'impresa. Il sistema tributario si caratterizza per una fisiologica, indiscutibile, strutturale incertezza in virtù della sua alta valutatività. Come ormai ben sanno tutti coloro che si occupano di imposte come anche di bilanci, le questioni dei numeri non sono matematicamente oggettive, ma altamente normo-valutative e suscettibili d'interpretazione, proprio perché il conteggio dei numeri è disciplinato da

norme interpretabili: «rischi per le imprese possono derivare dalle incertezza che circondano l'interpretazione giurisprudenziale dei reati di dichiarazione fraudolenta e dichiarazione infedele, con particolare riferimento ai temi dell'inesistenza della operazione documentata da fatture, dei costi non inerenti, dell'abuso del diritto, della nozione di operazione simulata ecc.»[4].

Andando ancora più a fondo, si deve osservare come il diritto penale tributario si presenti davvero peculiare nel rapporto tra Stato e cittadino. Da un lato, la specifica responsabilità penale derivante dalla violazione di uno specifico precetto penale è connessa a una sorta di responsabilità generale a carattere omissivo derivante dalla violazione di un generale dovere di adempiere. Dall'altro lato, il potere pubblico è al contempo titolare del potere riscossivo e del potere punitivo, determinandosi una miscela che, se affètta da incertezza, non solo impedisce ai destinatari di orientarsi liberamente, ma, unita al carattere "omissivo/inadempiente" della responsabilità, crea anche condizioni per veri e propri abusi in quanto il contribuente è – per così dire – interamente nelle mani dello Stato.

4. La responsabilità compensativo/riscossiva dell'ente prima della riforma.

Ebbene, prima della riforma del 2019 l'ente già rispondeva per i reati tributari, nel senso che era fatto responsabile, non in termini punitivi, ma sulla base di altre prospettive che potremmo definire nella sostanza compensativo-riscossive[5]. Certo, si trattava di una disciplina molto frammentata, con piani sovrapposti, di complessa intellegibilità, se non addirittura di complicata ricostruzione: gli addetti ai lavori lo sapevano, i cittadini comuni no, o meglio, ne venivano a conoscenza solo se vi erano incappati. Disciplina configurata anche con arresti giurisprudenziali autenticamente creativi destinati a suscitare notevoli perplessità. Ma comunque un sistema di responsabilità degli enti c'era e, come accennato, era orientato alla compensazione/riscossione.

Anzitutto, nel sistema 231 v'erano alcuni reati che, basandosi su reati presupposti o comunque finalistici, potevano dare rilevanza indiretta ai reati fiscali. Senza entrare nel dettaglio, è opportuno ricordare che potevano venire in gioco le fattispecie di truffa ai danni dello Stato, di associazione per delinquere, ma soprattutto venivano in gioco fattispecie come il falso in bilancio, il riciclaggio e l'autoriciclaggio. Di estremo rilievo la circostanza che tutto questo aveva conseguenze nella configurazione dei modelli di organizzazione e gestione, in quanto si veniva a porre un rischio reato tributario connesso al reato per cui l'ente poteva essere punito, che induceva l'ente a predisporre modelli volti ad ostacolare la commissione dello stesso reato tributario al fine di ostacolare la realizzazione del reato per il quale l'ente poteva essere punito.

---

[4] C. SANTORIELLO, *La nuova responsabilità delle società*, cit., p. 8.

[5] C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, p. 1 ss.

In secondo luogo, v'era il sistema dell'adempimento collaborativo introdotto dagli artt. 4-7 d.lgs. n. 128/2015. Si trattava di un sistema – per così dire – di nicchia, volto però a implementare ulteriormente l'adozione di modelli organizzativi, essendo questi modelli in un certo senso il presupposto per la collaborazione. Bene, precisare che si trattava di modelli – per così dire – rigorosamente e interamente *ex ante*, a differenza di quelli imposti dal sistema 231, in quanto questi ultimi, com'è noto, possono essere adottati dopo la commissione del reato, facendo venire meno le sanzioni interdittive. E se i modelli rigorosamente e interamente *ex ante* sono virtuosi, perché danno benefici solo se per tempo effettivamente adottati, quelli *ex post* del sistema 231 tendono a creare un effetto perverso del sistema, per cui gli enti sono indotti a munirsi dei modelli solo dopo l'attivazione del procedimento per il reato commesso. E non è un caso che da alcuni sia stata avanzata la proposta di distinguere a seconda che l'ente abbia interamente omesso di adottare i modelli, ipotesi che dovrebbe comportare comunque un minimo di responsabilità, oppure abbia adottato modelli non idonei, ipotesi che potrebbe essere trattata nell'ottica della piena premialità[6].

In terzo luogo, ma direi soprattutto, v'era la possibilità di applicare la confisca. Sul punto di grande importanza era stata la sentenza Gubert delle Sezioni Unite[7]. Una sentenza decisamente discutibile, anche perché finiva per applicare agli enti la confisca ai sensi dell'art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001, ovvero utilizzando una disciplina che dovrebbe essere impiegata soltanto in presenza di una responsabilità degli enti per i reati tributari. Comunque sia, merito della sentenza quello di aver affermato alcuni principi con una certa chiarezza. In particolare, da un lato si è affermato che «è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del profitto rimasto nella disponibilità di una persona giuridica, derivante dal reato tributario commesso dal suo legale rappresentante, non potendo considerarsi l'ente una persona estranea al detto reato». Dall'altro lato, si è precisato che «la confisca del prezzo e del profitto del reato rappresentato dal denaro è sempre "diretta"». Oltretutto, la giurisprudenza successiva aveva anche precisato ulteriormente i principi di diritto in una prospettiva in qualche modo più restrittiva[8]. Ci sia consentito osservare come tante distinzioni e superfetazioni in tema di confisca da parte della giurisprudenza siano ormai la conseguenza della necessità di muoversi all'interno di principi da essa stessa affermati per risolvere specifiche questioni contingenti.

Infine, v'era la pena pecuniaria che si applicava nell'ipotesi in cui si integrasse l'illecito punitivo amministrativo tributario ai sensi del d.lgs. n. 472/1997. Una pena pecuniaria che poteva raggiungere significativi livelli di afflittività.

---

[6] C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 534 s.

[7] Cass. pen., SS.UU., n. 10561/2014, sulla quale, volendo, R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016.

[8] V. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su novità normativa: La legge 19 dicembre 2019, n. 157*, p. 27 ss.

5. Le ragioni (tradite) e i problemi (non visti) della riforma.

Alla luce di questo quadro ci possiamo interrogare se vi fosse l'esigenza di estendere la responsabilità degli enti ai reati tributari. La risposta tendeva ad essere positiva.

Anzitutto, la riforma si riteneva necessaria per colmare vuoti di responsabilità. D'altra parte, si deve osservare come questa esigenza si potesse considerare ormai soddisfatta proprio alla luce dell'evoluzione appena descritta: se in origine si poteva parlare di un vuoto di tutela, successivamente tale vuoto era stato colmato.

In secondo luogo, e conseguentemente, la riforma si riteneva necessaria nella prospettiva della chiarificazione: occorreva mettere ordine ad una disciplina frastagliata e dominata dalla giurisprudenza in termini addirittura creativi, a cominciare dalla confisca. Affermazione da condividere ma che orientava nel senso di una riforma – per così dire – non innovativa, ma confermativa del passato, volta a dare copertura legale e maggior coordinamento ad una disciplina senz'altro frammentata.

Più di recente, l'istanza riformista è stata sostenuta facendo leva sulla necessità di dare attuazione alla direttiva dell'Unione Europea c.d. PIF (2017/1371), che per l'appunto obbliga gli Stati a prevedere la responsabilità degli enti ma in termini piuttosto circoscritti, riferendosi cioè a quei reati tributari che possono intaccare gli interessi finanziari dell'Europa a cominciare da quelli connessi all'IVA. In particolare, la direttiva prevede un obbligo di incriminazione delle frodi IVA "gravi", che presentino i seguenti requisiti: intenzionalità dell'azione od omissione; transnazionalità del reato; danno complessivo di almeno 10 milioni di euro; utilizzo o presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione (corrispondenti agli artt. 2, 3, 4 d.lgs. n. 74/2000); mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto (corrispondente all'art. 5 d.lgs. n. 74/2000); presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA (corrispondente all'art. 10-*quater* d.lgs. n. 74/2000). Inoltre, la direttiva prevede come sanzioni "obbligatorie" quelle pecuniarie e come "facoltative" quelle a carattere interdittivo.

Ecco allora che una riforma avrebbe avuto senso soprattutto se avesse posto al centro le indicazioni della direttiva PIF e se avesse definito meglio la disciplina della confisca.

Con due problemi di fondo da tenere presenti: da un lato, il problema derivante dal concorso tra illecito punitivo tributario e responsabilità da reato e quindi il rischio di violare il *ne bis in idem*; dall'altro lato, il problema derivante dal fatto che mentre il sistema penale tributario umano è un sistema riscossivo, finalizzato alla riscossione, con condotte riparatorie che nella sostanza impediscono la confisca ed estinguono il reato, l'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 sancisce che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. Con la conseguenza che, stando anche a come viene interpretato dalla giurisprudenza, cause estintive applicabili all'uomo non si applicano all'ente.

Ebbene, è alla luce di questo quadro che si deve valutare la riforma del 2019, la quale si è mossa nel senso di un'estensione pressoché generalizzata della responsabilità degli enti ai reati tributari, ben oltre le indicazioni fornite dalla direttiva PIF, e che ha completamente trascurato i due problemi a cui abbiamo accennato[9]. Meglio: mentre il primo problema del *ne bis in idem* era stato visto ma non è stato minimamente affrontato, il problema della disparità di trattamento tra diritto penale umano e diritto penale dell'ente non è stato nemmeno visto. Senza considerare che non ci si è minimamente posti il problema dell'incertezza che contraddistingue il rapporto tra contribuente ed agenzia delle entrate.

Ed eccoci arrivati alle nostre conclusioni esposte all'inizio. Come accennato, da un lato, i rischi di violazione del *ne bis in idem* possono essere risolti o in via giurisprudenziale oppure sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*terdecies*, d.lgs. n. 107/2018; dall'altro lato, la disparità di trattamento può essere superata o in via interpretativa ritenendo non operante l'art. 8, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001 rispetto alla causa di non punibilità prevista dall'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 oppure sollevando ancora una volta questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non risulta applicabile alla responsabilità degli enti.

In particolare, le due questioni di legittimità costituzionale, se possono apparire inedite e "ardite", si muovono in realtà sulla scia di una giurisprudenza costituzionale già collaudata. Così, ad esempio, si pensi alla sentenza della Corte costituzionale n. 68/2012, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata sia diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve tenuità, venendo nella sostanza estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione la circostanza attenuante prevista dall'art. 311 c.p. e applicabile al delitto di sequestro di persona a scopo terroristico o eversivo di cui all'art. 289-*bis* c.p.[10].

Ebbene, l'estensione dell'art. 187-*terdecies* d.lgs. n. 107/2018 si giustifica sulla base del fatto che il *ne bis in idem* è violato in maniera identica dai due sistemi dell'abuso di mercato e dei reati tributari; l'estensione dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 si giustifica sulla base della *ratio* riscossiva che contraddistingue il sistema dei reati tributari.

---

[9] Tra i primi commenti alla riforma v. G. FLORA, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in *disCrimen*, 12.11.2019, p. 1 ss.; S. FINOCCHIARO, *In vigore la "riforma fiscale": osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti*, in questa *Rivista*, 7 gennaio 2020; A. INGRASSIA, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. (del dattiloscritto); A.M. DELL'OSSO, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale, ivi*, 2020, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. (del dattiloscritto).

[10] Corte cost., sent. n. 68/2012.

6. Ulteriori problematiche della riforma derivanti da più ampie problematiche del sistema 231.

Sotto quest'ultimo profilo, la ragione che si potrebbe avanzare per difendere la disparità di trattamento tra diritto penale umano e diritto penale dell'ente è che lasciando sussistere la responsabilità dell'ente lo si vuole indurre all'adozione dei modelli organizzativi. Se infatti la responsabilità dell'ente si estinguesse con il pagamento del debito fiscale, verrebbe meno anche la minaccia delle sanzioni interdittive che si possono evitare adottando i modelli o rendendoli idonei *ex post*: in buona sostanza, si tiene ferma la responsabilità proprio per indurre l'ente ad organizzarsi nel senso della legalità al fine di evitare le sanzioni interdittive. Tuttavia, un ragionamento del genere non può che essere respinto, in quanto si finirebbe per imporre una sorta di "rieducazione" all'ente nonostante che lo Stato abbia soddisfatto la sua pretesa punitiva che in ambito tributario è soddisfatta attraverso la riscossione.

Insomma, se è vero che, a differenza di quanto accade per l'uomo, la personalità dell'ente consistente nell'organizzazione dell'organizzazione è nella sostanza conoscibile, potendosi attivare meccanismi premiali connessi ad una riorganizzazione nel senso della legalità, tuttavia ciò non può tradursi in un abuso che si avrebbe nel momento in cui lo Stato si ingerisce nella personalità dell'ente nonostante manchino le ragioni per punirlo. Insomma, un conto è ingerirsi nella personalità dell'ente quando vi sono le ragioni per punirlo; altro conto è ingerirsi nonostante che non vi siano le ragioni per punirlo.

Di più. La problematica si inserisce nel tema più generale della non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti[11]. E' indubbio che l'applicazione delle cause di estinzione all'ente dipende soprattutto dalla *ratio* di queste ultime. Così, ad esempio, poiché il giudizio di tenuità di cui all'art. 131-*bis* c.p. coinvolge non solo il fatto, ma anche l'autore, o si riforma tale disposizione eliminando il giudizio sull'autore (riforma più che auspicabile perché in fase procedimentale non dovrebbero essere ammissibili valutazioni di pericolosità), oppure l'art. 131-*bis* c.p. non è applicabile all'ente, a meno che non vi sia un intervento di riforma del legislatore che preveda espressamente che la particolare tenuità esplichi i suoi effetti anche in direzione dell'ente, salvo che quest'ultimo risulti, in relazione a quel tipo di violazione, autore non occasionale[12]. Per quanto riguarda la messa alla prova, invece, essa potrebbe trovare applicazione all'ente soltanto nell'ipotesi in cui il legislatore prevedesse una messa alla prova ad hoc, interamente calibrata sull'ente[13].

Ed eccoci al punto che a noi interessa. Per quanto riguarda le condotte riparatorie, ci pare difficile non estenderne l'applicazione all'ente soprattutto quando risultano essere addirittura «criminologicamente riferibili all'ente, e le correlative azioni riparatorie non possono che vedere l'ente protagonista, dipendendo la loro esecuzione,

---

[11] C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 536 ss.

[12] C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 543.

[13] C. Piergallini, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 548; G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2016, n. 4, p. 1 ss..

specie quando comportano un impegno di spesa, una deliberazione degli organi societari o di una funzione dirigenziale. La persona fisica, autrice dell'infrazione, non vanta il più delle volte, alcun potere in tal senso. In definitiva, l'illecito viene partorito dall'ente e l'ente stesso provvedere alla rimozione delle sue cause. L'impossibilità sancita dalla legge, di coinvolgere l'ente in tali vicende estintive appare, pertanto, ingiustificata»[14].

Ebbene, queste affermazioni concernenti le condotte riparatorie relative ai reati ambientali possono essere compiute anche, e a maggior ragione, per i reati tributari e le corrispondenti condotte riparatorie: come la persona fisica è in un certo qual modo strumento per la realizzazione del reato tributario creando un profitto ad esclusivo vantaggio dell'ente, alla stessa stregua, per converso, finisce per essere strumento pure della riparazione, non soltanto perché è l'ente ad avere la possibilità economica di pagare il *quantum* dovuto, ma anche perché lo stesso profitto si è prodotto in capo all'ente.

Non solo. A causa della scissione tra persona fisica autore del reato tributario e contribuente-ente, quando il reato tributario è commesso ad esclusivo vantaggio dell'ente, il pagamento del dovuto da parte della persona fisica costituisce anche una denuncia per l'ente. Ebbene, se così stanno le cose, «il risultato appare pressoché ineluttabile: la persona fisica potrebbe avere interesse a pagare per lucrare la non punibilità, ma non avere le risorse per provvedervi; l'ente al contrario, potrebbe avere la possibilità economica di pagare il quantum dovuto, ma mancare dell'interesse a procedere all'autodenuncia esponendosi altrimenti al rischio di una sanzione pecuniaria elevata e ad una misura interdittiva»[15].

Con un ulteriore esito irrazionale-disfuzionale: da un lato, proprio la riforma del 2019 ha esteso nei confronti della persona fisica il perimetro della causa di non punibilità prevista dall'art. 13 anche alle condotte fraudolente, ma, dall'altro lato, è ben possibile che la causa di non punibilità finisca per essere inoperante anche per la stessa persona fisica, visto che la persona fisica non ha i mezzi per pagare e l'ente non ha interesse a pagare per autodenunciarsi andando poi incontro alla responsabilità.

Infine, nell'ipotesi in cui l'ente saldi il debito con conseguente estinzione del reato per la persona fisica, esso continua a rispondere, venendosi così a determinare, guardando le cose dalla prospettiva riscossiva, una sorta di *bis in idem*, visto che lo Stato riscuote dall'ente nella sostanza due volte, sia attraverso la confisca sia con la pena pecuniaria. Potendosi affermare che la disciplina sia caratterizzata nel complesso da una sproporzione intrinseca simile a quella che ha portato la Corte costituzionale, con la sentenza n. 112/2019, a dichiarare illegittima la confisca punitiva prevista dall'art. 187-*sexies* d.lgs. n. 58/1998.

---

[14] C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 546.

[15] A. INGRASSIA, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata)*, cit., p. 10 (del dattiloscritto).

7. Tre notazioni finali in prospettiva.

Per quanto riguarda i reati tributari, ribadito che lo scopo riscossivo deve contraddistinguere anche la responsabilità degli enti, il modo per far penetrare la legalità nell'ente non sembra essere quello delineato dal sistema 231 ma quello basato sull'adempimento collaborativo *ex ante* previsto dal d.lgs. n. 128/2015, il quale svolge anche una funzione fondamentale in termini di certezza.

Per quanto riguarda le condotte riparatorie, occorre potenziare soprattutto le condotte riparatorie che definirei pubblicistiche, quelle condotte riparatorie cioè che vanno a riparare danni aventi carattere pubblicistico, come avviene per i reati ambientali e i reati tributari.

Per quanto riguarda il sistema 231, sembrano maturi i tempi per un suo ripensamento. Anzitutto, con riferimento alla finalità, risultando poco chiaro se essa si muova in una prospettiva reattiva, volta a punire l'ente per quello che ha fatto oppure in una prospettiva premiale, dove il reato è l'"occasione" per indurre l'ente a conformare la propria organizzazione alla legalità. Fino a che non si scioglierà questo dilemma, permarranno enormi problemi, sia di tipo dogmatico (come si configura il reato dell'ente), ma soprattutto di tipo pratico, in ordine alla funzione dei modelli organizzativi e alla valutazione della loro idoneità.

In secondo luogo, è indispensabile intervenire al più presto sull'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 per creare un raccordo tra la non punibilità della persona fisica e la non punibilità/punibilità dell'ente. Anche perché se è vero che v'è la tendenza a potenziare la non punibilità per il diritto penale umano[16] (così, ad esempio, il recente disegno di legge in tema di riforma del processo prevede una delega per disciplinare un'ulteriore causa di estinzione del reato generalizzata nell'ipotesi di adempimento ad obblighi prescrittivi), è altrettanto vero che risulta disfunzionale una generale non operatività rispetto all'ente delle cause di estinzione della responsabilità della persona fisica.

[16] F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in questa *Rivista*, 19 novembre 2019.

3/2020

LA VIOLAZIONE DELLE ORDINANZE REGIONALI E SINDACALI IN MATERIA DI CORONAVIRUS: PROFILI PENALI

di Carlo Ruga Riva

La quotidiana e ormai stratificata normativa di contrasto al coronavirus, incentrata su misure di contenimento via via più incisive delle libertà (di circolazione e di impresa), assume rilievo penale in forza dell'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020, il quale incrimina la violazione delle misure adottate da tutte le autorità competenti, comprese quelle contenute nei DPCM e nelle ordinanze regionali e sindacali. L'articolo analizza i problemi connessi alla nuova fattispecie, che richiama l'art. 650 c.p. quoad poenam*, a partire dal rapporto con la riserva di legge e con il monopolio punitivo statuale. Infine, messa in dubbio la applicabilità di fattispecie penali "alternative" (art. 438 c.p. e art. 260 del testo unico sulle leggi sanitarie) prova a ipotizzare una nuova fattispecie delittuosa* ad hoc*, ritagliata su ben circoscritte condotte pericolose per la salute pubblica.*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo. – 1.1. Le basi legali delle ordinanze regionali e comunali. – 2. I profili penali. – 2.1. Un caso paradigmatico: l'ordinanza regionale campana n. 15/2020. – 3. Conclusioni.

1. Il quadro normativo.

L'emergenza coronavirus ha spinto i rappresentati del potere esecutivo, ai vari livelli (statale, regionale, comunale) ad adottare misure variamente limitative delle libertà (in particolare di circolazione e di impresa).

L'estrema velocità di contagio e l'aumento repentino dei decessi hanno inevitabilmente messo all'angolo il ruolo del Parlamento e della legge, i cui tempi di deliberazione sono ritenuti inidonei a contrastare l'aggravarsi quotidiano della situazione sanitaria e a farsi carico tempestivamente delle correlate esigenze di misure sempre più severe di contenimento del rischio epidemiologico.

Così, allo stato di emergenza sanitaria proclamato con delibera del Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020[1], confermemente al d.lgs. n. 1/2018[2], sono seguiti numerosi

[1] Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, recante dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

[2] Stato di emergenza dichiarato conformemente al D.lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile), artt. 7, comma 1, lettera c) e articolo 24.

DPCM[3] e ordinanze del Ministero della Salute[4], i quali stanno restringendo progressivamente la libertà di movimento dei cittadini, e ulteriori misure restrittive sono allo studio.

I Presidenti di Regione adottano ordinanze con le quali specificano o, come vedremo, talora ulteriormente restringono le libertà dei cittadini (si pensi a titolo esemplificativo al "divieto di passeggiata" senza giustificato motivo previsto dall'ordinanza della Regione Campania n. 15/2020, accompagnato da un obbligo di autoquarantena, sui quali *infra*, 2.1.).

A livello comunale i sindaci, con il duttile strumento della ordinanza, chiudono parchi, piste ciclabili, restringono l'orario di apertura dei pochi esercizi commerciali ancora in attività, vietano, ad es., l'uso di panchine e l'accesso in tabaccheria per giocare al "gratta e vinci"[5].

Il Parlamento, per i profili che ci riguardano, è intervenuto solo a convertire in legge il decreto n. 6/2020 il quale però, come si è prontamente osservato[6], costituisce una base legale di dubbia tenuta rispetto ai provvedimenti successivi, in particolare perché sarebbe riferito a situazioni locali, e non all'intero territorio nazionale[7].

Tutte le violazioni delle misure di contenimento del rischio di contagio adottate dalle autorità competenti sono punite in forza dell'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020, a tenore del quale "Salvo che il fatto non costituisca piu' grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito sensi dell'articolo 650 del codice penale".

È bene ricordare che il decreto legge in questione costituisce la base legale, insieme ad altre fonti, di tutti i DPCM e di tutte le ordinanze regionali (e sindacali) che lo hanno seguito; più in particolare l'art. 2 prevede che le autorità competenti, tra le quali i Presidenti di Regione e i Sindaci, possano adottare misure ulteriori rispetto a quelle elencate in via esempificativa nel decreto legge, all'art. 1.

Pare dunque che il riferimento al "mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al *presente decreto*" vada inteso come rinvio "mobile" a tutte le misure anche

---

[3] L'elenco è ormai nutrito: si pensi, per limitarci ai più rilevanti per il nostro discorso, ai DPCM dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, consultabili su *www.governo.it*. Come si dirà subito nel testo i DPCM sono stati adottati sulla base del d.l. n. 6/2020.

[4] Da ultimo l'ordinanza del 20 marzo 2020, consultabile in *www.salute.gov.it*.

[5] Si veda, tra le moltissime, l'ordinanza del Sindaco di Omegna n. 80 del 20 marzo 2020, la quale vieta, sotto minaccia di denuncia ai sensi dell'art. 650 c.p., l'utilizzo di panchine, di poste ciclabili e le puntata al gioco del lotto, nonché l'acquisto di biglietti di lotteria c.d. "gratta e vinci".

[6] G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in questa *Rivista*, 16 marzo 2020, p. 3 ss.

[7] L'estensione esplicita è avvenuta con il diverso strumento del DPCM dell'8 marzo 2020. Peraltro l'art. 2, co. 1 del d.l. n. 6/2020 attribuisce alla autorità competenti il potere di adottare ulteriori misure di contenimento del rischio, anche al di fuori dei casi di cui all'art 1, co.1, ovvero anche, parrebbe, di aree "locali" già interessate dai contagi. Sul distinto piano fattuale il riferimento ai comuni o alle aree "…nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un' area già interessata dal contagio del menzionato virus", a ben vedere, copre purtroppo tutto il territorio nazionale, essendosi nel frattempo il contagio allargato dalle originarie zone rosse a tutto il territorio.

successive adottate dalle autorità competenti in presenza dei requisiti indicati nell'art. 3, co. 1 e co. 2.

L'art. 650 c.p., per costante giurisprudenza, è applicabile alle sole ordinanze contingibili e urgenti di natura provvedimentale destinate a soggetti previamente individuati o individuabili, e non ad una indeterminatezza di persone[8].

Viceversa, nei casi in esame si tratta invariabilmente di provvedimenti (DPCM, ordinanze regionali e ordinanze del Ministero della Salute[9]) a contenuto normativo, costituiti da disposizioni generali e astratte (non allontanarsi dal territorio comunale, non uscire dall'abitazione se non per ragioni di necessità lavorativa o medica, ecc.), indirizzati a tutti i cittadini (o a quelli di determinate regioni o comuni)[10].

Il richiamo all'art 650 c.p. contenuto nel d.l. n. 6/2020 e talvolta richiamato nei DPCM e nelle ordinanze regionali non è dunque meramente evocativo o ricognitivo, ma rende applicabile una sanzione penale altrimenti inapplicabile agli autori delle trasgressioni ivi menzionate: si tratta di un rinvio *quoad poenam*[11].

---

[8] Cfr. per tutti F. BASILE, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., tomo III, Milanofiori Assago, 2015, sub art. 650, p. 1380, anche per i riferimenti giurisprudenziali.

[9] Si vedano ad es. l'ordinanza contingibile e urgente n. 5 del 13 marzo 2020 del Presidente della Regione Sicilia recante "*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019*", che oltre a replicare talune prescrizioni contenute nei DPCM, aggiunge altri obblighi e divieti per poi, all'art. 9, precisare che "la mancata osservanza degli obblighi di cui alla presente Ordinanza comporta le conseguenze sanzionatorie previste dall'art.650 del Codice penale, se il fatto non costituisce reato più grave". L'ordinanza n. 1 del Ministero della Salute e del Presidente della Regione Piemonte del 23 febbraio 2020, avente oggetto misure di contenimento dal rischio di contagio da coronavirus, minaccia in caso di inosservanza l'applicazione delle norme del codice penale, intendendo verosimilmente l'art. 650 c.p. L'ordinanza del Presidente della Regione Veneto del 20 marzo 2020, contenente ulteriori misure di contenimento, dà atto che l'inottemperanza "comporta l'applicazione, salva la sussistenza di più grave fattispecie penale, dell'art. 650 c.p.".
L'ultima ordinanza del 20 marzo del Ministro della Salute, contenente ulteriori disposizioni di contenimento, non minaccia espressamente l'applicazione di alcun reato in caso di sua violazione, ma rinviando anche al d.l. n. 6/2020 rende applicabile l'art. 650 c.p.

[10] Ricomprende nel perimetro dell'art. 650 c.p. anche "i regolamenti, gli statuti e le ordinanze di carattere generale, le ordinanze contingibili e urgenti emanate dal sindaco in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere locale, ovvero dai rappresentanti dello Stato o delle regioni…", B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in *www.ilpenalista.it*, 16 marzo 2020. Per una lettura più restrittiva, che alla luce di una interpretazione costituzionalmente conforme all'art. 25 Cost. e del suo significato politico di garanzia esclude le ordinanze contingibili e urgenti, ovvero le ordinanze "che si presentino come 'eccezioni' rispetto al principio di 'tipicità' o 'normatività', caratterizzante in genere i provvedimenti amministrativi, A. VALLINI, *Clonazione e fecondazione assistita: ordinanze ministeriali contingibili e urgenti e nozione di "provvedimento" nell'art. 650 c.p."*, in *Leg. pen., 1997*, p. 880 s. In giurisprudenza alcune sentenze negano la riconducibilità delle ordinanze a conteuto generale e astratto del Presidente di Regione al campo di applicazione dell'art 650 c.p. (ad es. Cass. pen. sez. I, 1 dicembre 1995 n. 2195, in *Iusexplorer*). In generale sono frequenti le sentenze che escludono la riconducibilità delle ordinanze contingibili e urgenti all'art, 650 c.p. laddove, pur rivolte a singoli, siano state emanate per dare attuazione a leggi o regolamenti, o siano comunque autonomamente sanzionate, anche in via amministrativa (da ultimo v. Cassazione penale, sez. III, 21 febbraio 2018, n. 20417, in *Iusexplorer*.

[11] In questo senso G.L. GATTA, *Coronavirus*, cit., p. 6 ss. e G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *La legislazione penale*, 20 marzo 2020, p. 7.

La natura del rinvio pone una questione apparentemente delicata, dato che a rigore essendo il rinvio riferito alla pena e non ai requisiti dell'art. 650 c.p., il giudice penale non dovrebbe tener conto del fatto che si tratti di un provvedimento "legalmente dato dall'Autorità" o meno, con la conseguenza che la violazione di eventuali provvedimenti illegittimi a contenuto normativo rischierebbe, ad una interpretazione formalistica, di portare comunque alla condanna del trasgressore ai sensi dell'art. 650 c.p. (o meglio dell'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020, che a quest'ultimo rinvia).

In realtà il giudice penale, nell'ambito del suo *generale* potere di disapplicazione degli atti amministrativi, ha sempre il potere di disapplicare DPCM e ordinanze regionali, anche qualora, come nel caso in esame, la fattispecie penale (l'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020, integrato dall'art. 650 solo *quoad poenam*) non preveda il requisito dell'essere il provvedimento "legalmente dato".

D'altra parte i DPCM e le ordinanza regionali non sono soggetti a sindacato della Corte costituzionale (art. 134 Cost.), non trattandosi di leggi o di atti aventi forza di legge[12].

Il giudice, in alternativa alla disapplicazione degli atti amministrativi che reputi illegittimi, potrebbe probabilmente eccepire in radice la legittimità dell'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020, letto unitariamente ai DPCM e alle ordinanze regionali che vi danno "attuazione": del resto nella misura in cui tali provvedimenti, come sostenuto, hanno carattere normativo, integrano pienamente il precetto penale (a differenza, secondo la lettura prevalente, dei provvedimenti amministrativi propriamente intesi, che si limitano a dare concretizzazione ad un precetto già autosufficiente[13]).

Proprio tale meccanismo di integrazione (generale e astratta) del precetto, ovvero del perimetro del divieto penale, pone problemi rispetto alla riserva di legge, come già osservato nei primi commenti, cui si rinvia[14], specie con riferimento alle *misure ulteriori* (non altrimenti specificate) di cui all'art. 3 del d.l. n. 6/2020, che si aggiungono a quelle tipizzate elencate in via esemplificativa all'art. 1, co. 2.

---

[12] Lo sottolinea da ultimo, con riferimento ai DPCM, M. PAPPONE, *I rischi di una confusione semantica ai tempi dell'emergenza Coronavirus tra Decreti legge, DPCM e Circolari*, in *www.iusitinere.it*.

[13] Per l'annoso dibattito sulla natura di norma penale in bianco dell'art. 650 c.p., oggi prevalentemente negata, si rinvia per tutti a F. BASILE, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., p.1373 ss. Sul fenomeno della eterointegrazione del precetto penale da parte di fonti subordinate e sulle cause del suo dilagare v. V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv.it. dir. e proc. pen*, 2010, 84 ss.

[14] G.L. GATTA, *Coronavirus,* cit., specie p. 4; per una critica feroce all'impiego dei DPCM nel contrasto all'emergenza coronavirus v. F. RATTO TRABUCCHI, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in *www.lexitalia.it,* secondo cui, tra l'altro, il d.l. n. 6/2020 (il quale minaccia l'applicazione dell'art. 650 c.p. all'art. 3, co. 4) non sarebbe valevole per tutto il territorio; l'estensione nazionale sarebbe opera del DPCM 8 marzo 2020, ma, secondo l'Autore citato, "a nulla certo vale il richiamo espresso all'art. 3, c. 4, d.l. 6/2020, laddove si prevedeva che il mancato rispetto delle misure di contenimento previste nello stesso decreto era punito *ex* art. 650, codice penale. Esso ben era applicabile nelle sole aree degli undici Comuni di primo contagio che costituiscono ora solo una limitatissima porzione dell'areale di blocco della mobilità quasi totale. Tale pudico richiamo nella sua fattuale incoerenza appare anzi rendere ancor più gravemente dissimulatoria la volontà di dare credito (*rectius*, rango) legislativo ad una norma pacificamente e meramente amministrativa".

In questo contributo intendiamo concentrarci sulle questioni sollevate dal rapporto tra ordinanze regionali e sindacali e applicabilità dell'art. 650 c.p.[15], in un momento delicatissimo nel quale diverse Regioni e Sindaci hanno emanato – o dicono di voler emanare – provvedimenti ancora più restrittivi delle libertà personali rispetto a quelli fin qui previsti dall'esecutivo nazionale.

Nulla di nuovo del resto: l'esperienza della legislazione in materia di sicurezza urbana – emergenza che oggi ci sembra giustamente sopravvalutata di fronte alla tragedia immane e maledettamente reale del coronavirus – ci insegna che, in un sistema multilivello, tutti i poteri rivendicano, a tutela di interessi collettivi, strumenti sempre più incisivi, rincorrendo misure via via più restrittive, spesso dando vita a fenomeni imitativi (si pensi alle ordinanze sindacali anti-bivacco fatte con il sistema del "copia e incolla") e a pressioni biunivoche (i poteri più periferici reclamano strumenti più duri, il potere centrale glieli attribuisce e ne promuove l'esercizio, che a sua volta fomenta nuove domande di maggior tutela, in una spirale repressiva continua).

Dapprima verrà esaminato il tema delle fonti che legittimano il potere di ordinanza regionale, allo scopo di verificarne la legittimità di esercizio, anche alla luce dell'art. 117 Cost., sia rispetto alla materia "tutela della salute" sia rispetto alla materia (o meglio al modo di disciplina) "ordinamento penale" (art. 117 lett. l Cost.), ovvero rispetto al monopolio punitivo statuale.

In seguito ci si interrogherà sull'impatto dell'applicazione dell'art. 650 c.p. sul principio di uguaglianza, posto che uguali condotte verranno penalmente sanzionate o meno a seconda delle regioni in cui si trovino i cittadini, in ragione della diversità dei divieti emanati su distinta base territoriale.

1.1. La basi legali delle ordinanze regionali e sindacali.

Le ordinanze regionali e sindacali per fronteggiare l'emergenza sanitaria da coronavirus trovano legittimazione in una pluralità di fonti.

Da un lato fonti per così dire generali[16], che legittimano l'intervento regionale e comunale in presenza di emergenze sanitarie od eventi calamitosi meritevoli di

---

[15] Più in generale sul ruolo assai residuale dell'art. 650 c.p. nel sanzionare l'inosservanza delle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana v. C. RUGA RIVA, *Inosservanza di provvedimenti dell'autorità e ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana: nuove questioni, vecchi problemi*, in AA.VV (a cura di), *Studi in onore M. Romano*, III, Napoli, 2011, 1685 ss.

[16] Il riferimento è in primo luogo alla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978), il cui art. 32 attribuisce al presidente della giunta regionale e al sindaco il potere di emanare, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale…".
In secondo luogo il d.lgs. n. 112/1998, all'art. 117, prevede che in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

intervento da parte della protezione civile nelle sue varie articolazioni, anche regionali e comunali; dall'altro la fonte che specificatamente discipina l'intervento regionale nella emergenza coronavirus, ovvero l'art. 3, co. 2 del d.l. n. 6/2020, ai sensi del quale "*Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri* di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure [di contenimento] … possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267)", ovvero anche con ordinanze regionali e sindacali.

L'ultima norma citata sembra subordinare l'esercizio dei poteri di ordinanza regionale sopra ricordati all'inerzia dell'esecutivo nazionale, ovvero fin tanto che non siano stati emanati appositi DPCM; una funzione residuale e "ponte", nelle more appunto dell'adozione dei DPCM.

Nei tempi attuali molti Presidenti di Regione hanno emanato ordinanze pur in vigenza di DPCM, in violazione del citato art. art. 3 del d.l. n. 6/2020.

Anzi, ormai si assiste alla contestuale emanazione di DPCM (o di ordinanze del Ministro della Salute) e di svariate ordinanze sindacali e regionali, con la tendenza di queste ultime a porsi spesso in funzione più restrittiva o anticipatoria dei provvedimenti statali (ad es. limitando ulteriormente orari di apertura degli esercizi commerciali o la libertà "di passeggiata", con o senza cane).

È pur vero, però, che i poteri di ordinanza regionale in materia sanitaria, come sopra visto, derivano anche da altre fonti più generali, nelle quali il potere di intervento regionale non è subordinato all'inerzia di quello statale.

Occorre dunque verificare se il mancato rispetto di quanto prescritto dall'art. 3, co. 2 del d.l. n. 6/2020 renda illegittime le ordinanze regionali e sindacali, oppure se il potere regionale e sindacale di ordinanza possa comunque considerarsi fondato sulle altre fonti citate di portata più generale.

Da un lato la disposizione dell'art. 3, co. 2 d.l. n. 6/2020 potrebbe considerarsi speciale (oltre che cronologicamente successiva) rispetto alle altre disposizioni citate, che appunto fondano poteri generali, *ratione loci*, per qualsiasi emergenza sanitaria e di protezione civile.

In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1.
In terzo luogo il d.lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile) prevede ampi poteri in capo ai Presidenti delle Regioni (e delle Province autonome) e ai Sindaci per fronteggiare emergenze anche sanitarie (artt. 1 e 7) su base rispettivamente regionale e comunale, oltre che obblighi di attuazione e di coordinamento il servizio nazionale della protezione civile. In particolare, secondo l'art. 25 "Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio della propria potestà legislativa, definiscono provvedimenti con finalità analoghe a quanto previsto dal presente articolo [ovvero le ordinanze di protezione civile] in relazione alle emergenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b) [quelle di rilievo regionale], da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti, nei limiti e con le modalità indicati nei provvedimenti di cui all'articolo 24, comma 7".

D'altro lato appare problematico immaginare una compressione dei poteri "locali" proprio in un caso di emergenza così drammatica, come forse mai è accaduto nella storia repubblicana, in cui si richiedono interventi *ad horas* anche molto localizzati.

In linea generale una deroga così notevole ai poteri regionali rispetto ad una pluralità di vere e proprie leggi "organiche" (legge istitutiva del servizio sanitario nazionale; Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali; codice della protezione civile), abbisognerebbe di una formula più chiara, che ad es. escludesse espressamente l'operatività delle predette fonti "generali".

Sul diverso piano fattuale va segnalato che il Governo non ha finora impugnato le ordinanze regionali, (se non in un unica eccezione[17], a quanto ci risulta), ed anzi tende a rincorrere quelle più restrittive di talune Regioni.

In definitiva sul punto ci sembra che le Regioni possano legittimamente adottare ordinanze contingibili e urgenti anche ove il medesimo potere sia già stato azionato dall'esecutivo nazionale tramite DPCM, ove naturalmente ne ricorrano i presupposti e con le modalità previste nelle tre fonti citate, che continuano a costituire la base legale degli odierni interventi regionali.

La questione può essere addirittura ribaltata: l'art. 3, co. 2 d.l. n. 6/2020 sembra porre in capo alle autorità competenti (dunque anche a Presidenti di Regione e Sindaci) un obbligo di adottare misure di contenimento del rischio sanitario, la cui violazione (per inerzia) rischia di fondarne responsabilità penali in forza dell'art. 40 cpv. c.p.: dunque non soltanto Presidenti di Regione e Sindaci possono emanare ordinanze, ma addirittura a certe condizioni devono, a rischio di conseguenze penali, naturalmente ove altre autorità ai livelli superiori non abbiano già adottato misure adeguate valide anche nel contesto locale.

2. I profili penali.

La ricognizione svolta nei paragrafi precedenti ha mostrato come le ordinanze regionali e sindacali emanate per contrastare il rischio sanitario abbiano contenuto normativo, e dunque integrino pienamente l'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020 anche nella parte più problematica per la riserva di legge, ovvero rispetto al rinvio alle "ulteriori misure" di cui all'art. 2.

In disparte gli evidenti problemi rispetto ad etero integrazioni provenienti da DPCM (ovvero da norme di fonte statale secondaria), ci concentreremo sulla legittimità di contributi "locali" (regionali e comunali) alla conformazione di precetti penali (l'art.

[17] Il Governo ha impugnato l'ordinanza n. 1 del 25 febbraio 2020 della Regione Marche la quale, in un momento storico nel quale in quella Regione non vi erano ancora contagiati, pretendeva di adottare determinate misure di contenimento del rischio sanitario al di fuori dei requisiti previsti dal d.l. n. 6/2020 (che appunto presupponeva la presenza di aree con soggetti contagiati). Il Tar Marche, con decreto del 27 febbraio 2020, ha accolto l'istanza cautelare proposta e ha sospeso gli effetti del provvedimento impugnato, ritenendo tra l'altro che le misure di cui all'art. 2 del d.l. non possano derogare in senso restrittivo rispetto ai criteri enunciati all'art. 1.

3, co. 4 d.l. n. 6/2020) rispetto al monopolio punitivo statuale, cristallizzato nell'art. 117, co. 2 lett. l), ma già pacifico, nel silenzio della Costituzione prima delle riforma del titolo V, per la dottrina prevalente[18] e per consolidata giurisprudenza costituzionale[19], nonché rispetto alla riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost).

Se le ordinanze regionali e sindacali riempiono il contenuto a dir poco esangue delle "misure ulteriori" il precetto penale, rivolto ad una platea indeterminata di soggetti, è evidentemente plasmato pressoché *in toto*[20] dalla fonte locale, con un'ovvia conseguenza: la condotta x (poniamo sedersi su un panchina sulla via comunale[21]) costituisce reato in alcune Regioni e non in altre, o addirittura in alcuni Comuni e non in altri di una stessa Regione.

Certo si tratta di una interferenza indiretta, nel senso che il precetto penale non è scritto direttamente dal Presidente della Regione o dal Sindaco, ma è contenuto nell'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020, norma in bianco che più bianco non si può, come recitava una vecchia *réclame*.

La Corte costituzionale, come noto, ha tradizionalmente vietato alle Regioni di creare, modificare od estinguere precetti penali, ammettendo però interferenze indirette[22], come nel caso in cui la legge regionale integri elementi normativi del tipo, nell'esercizio delle proprie competenze per materia: così, pacificamente, le leggi regionali possono dettare norme che integrano i concetti penalmente rilevanti di colpa, di pubblico ufficiale, di bene paesaggistico ecc., di indubbio rilievo penale.

Un'altra ipotesi di legittima interferenza della legge regionale si produce quando è la stessa legge statale ad attribuire ad altre fonti il potere di riempire di contenuto determinati elementi normativi di fattispecie penali.

In tale ipotesi, ci pare, è salva quella visione d'insieme che la Corte costituzionale[23], ben prima della riforma del titolo V, ha individuato come *ratio* principale del monopolio punitivo statuale, a garanzia della libertà personale.

In questo caso il legislatore statale con d.l. n.6/2020 (e ancor prima e in generale con le tre normative sopra menzionate), a torto o a ragione, ha ritenuto che le misure di contenimento possano essere adottate anche su base locale, evidentemente dando la

---

[18] Per la dottrina anteriore alla riforma del titolo V della Costituzione v. per tutti S. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversia questione*, Milano, 1974; per quella successiva v. C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni e territorio*, Milano, 2012.

[19] La sentenza più significativa sul punto è Corte cost. n. 487/1989, che desumeva il monopolio punitivo statuale, in assenza di indicazioni in Costituzione, derivandoli dagli artt. 25, 5, 13, 24, 27, 112 e 120.

[20] Una possibile interpretazione restrittiva della formula "misure ulteriori" potrebbe circoscrivere dette misure a quelle che non restringano le libertà dei cittadini più di quanto non facciano quelle indicate in via esemplificativa all'art. 1. Tuttavia la natura esemplificativa di tale elenco sembra inidonea ad escludere misure diverse e in ipotesi più restrittive.

[21] L'esempio, che solo qualche settimana fa sarebbe apparso provocatorio dal punto di vista della meritevolezza e del bisogno di pena, è da qualche giorno diventato realtà, a seguito di numerose ordinanze sindacali; anche l'ordinanza del Ministero della Salute del 20 marzo 2020, chiudendo i parchi, ha inteso andare nella stessa direzione.

[22] P. BONETTI, *La potestà legislativa in materia penale*, in C. Ruga Riva (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, specie p. 275 s.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni*, cit., 39 ss.

[23] Corte cost. n. 487/1989, cit.

preferenza a strumenti che si possono fare carico celermente e "dal basso" di esigenze differenziate su base territoriale.

Di più l'art. 3, co. 4 ha consapevolmente (si spera) ed esplicitamente previsto che alle violazioni di tutte le misure, comprese quelle adottate dalle autorità competenti, anche locali, sia applicabile l'art. 650 c.p., come visto *quoad poenam*.

Breve: il contributo regionale e comunale al precetto penale è voluto e preso in carico dal legislatore statale, il cui monopolio non è vulnerato da interventi corsari di fonti nemiche, ma è delegato a quelle fonti in un'ottica di collaborazione, e in armonia con l'art. 5 della Costituzione.

Dominus del potere di incriminazione rimane il legislatore statale, che semplicemente attribuisce ad altre fonti non statali compiti più o meno ampi (qui molto ampi) per attuare il proprio disegno politico criminale che nasce geneticamente aperto a soluzioni differenziate *ratione loci*, quand'anche più restrittive rispetto a quelle previste dal d.l. n. 6/2020 o dai successivi DPCM.

Si tratta di un esempio, non raro, di modello collaborativo[24] di costruzione delle fattispecie penali, nel quale lo Stato demanda alle Regioni la conformazione di taluni elementi di fattispecie

D'altro canto i poteri regionali in esame sono coerenti con le competenze legislative previste dall'art. 117 Cost. (ad es. per le materie concorrenti "tutela della salute" e "protezione civile"), e con le ampie funzioni amministrative attribuite in base al principio di sussidiarietà a Regioni e Comuni (art. 118 Cost.).

Insomma, ad essere problematica non è la natura *non statale* della integrazione del precetto penale rispetto all'art. 117 co. 2 lett. l), quanto se mai la sua natura di *fonte secondaria*, al pari dei DPCM o delle ordinanze del Ministero della Salute, in assenza di modi e limiti di integrazione previsti dalla fonte primaria (qui il d.l. n. 6/2020, che si limita ad ammettere "ulteriori misure" rispetto ad un elenco peraltro solo esemplificativo di misure "tipizzate" e ad un pallido criterio finalistico ("…le autorità competenti… sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica)[25].

Il punto debole dell'art. 3, co. 4 d.l. n. 6/2020 non risiede nel rinvio alla fonte regionale o comunale, pur secondaria (le ordinanze), ma alla assenza di parametri cui vincolare l'intervento integrativo.

Su questo punto la giurisprudenza costituzionale sull'integrazione da parte di fonti secondarie coincide con quella sulla integrazione regionale: l'eterointegrazione deve avvenire *secundum legem*.[26]

Nel caso in esame l'integrazione delle fonti secondarie (non importa se statali, regionali o comunali) è vincolata solo nel fine (di contenimento del rischio sanitario), ed

---

[24] Cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni*, cit., 133 ss.

[25] Sottolinea la vaghezza di molte delle prescrizioni contenute nei DPCM, tale da rischiare di minare il ricorso all'art. 650 c.p. per sanzionarne le violazioni, B. ROMANO, *Il reato di inosservanza*, cit.

[26] Per la prima v. Corte cost. n. 168/1971; per una rassegna delle sentenze costituzionali (n. 210/1972, n.142/1969, n. 487/1989) che ammettono l'integrazione regionale *secundum legem* (statale) v. P. BONETTI, *La potestà legislativa in materia penale*, cit., p. 275.

è rimessa a ordinanze (spesso) contingibili e urgenti, le quali, come si è osservato, dal punto di vista del penalista attento alla riserva di legge hanno la sinistra caratteristica della "assoluta mancanza di una predeterminazione da parte della legge del *contenuto* degli obblighi e dei divieti che tramite queste ordinanze possono essere imposti[27]".

Ovviamente (anche) l'intervento regionale e comunale dovrà essere, oltre che necessitato e limitato nel tempo, "adeguato e proporzionato all'evolversi della situazione epidemiologica", come prescritto dall'art. 1 del d.l. n. 6/2020, sicché ordinanze regionali o sindacali sproprozionate o destituite di ragionevolezza scientifica rispetto al rischio sanitario da fronteggiare potranno essere censurate dal giudice amministrativo; nell'ambito di un procedimento penale, secondo quanto si è sostenuto, potranno essere oggetto didisapplicazione o di questione di legittimità costituzionale unitamente all'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020 che tali ordinanze riempiono di contenuto.

Le ordinanze regionali non possono certamente prevedere autonome sanzioni di natura (sostanzialmente) penale: la giurisprudenza costituzionale è pacifica nel precludere alle regioni qualunque potestà sanzionatoria penale: esse possono solamente richiamare *per relationem* sanzioni penali già previste dal legislatore statale.[28]

L'ipotesi non è fantasiosa: ne tratteremo subito con riferimento alla ormai celebre ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020.

2.1. Un caso paradigmatico: l'ordinanza regionale campana n. 15/2020.

L'ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020 ha imposto misure di contenimento del rischio sanitario più severe rispetto a quelle vigenti, all'epoca della sua emanazione, in altre Regioni, ed in ogni caso più restrittive per il diritto di circolazione rispetto a quelle previste a livello nazionale dai DPCM.

Come sopra sostenuto (par. 2) tale potere di ordinanza è a nostro avviso legittimo[29] e la sua violazione comporta l'applicazione dell'art. 650 del c.p., e non viola l'art. 117 co. 2 lett. l) della Costituzione, ferma restando le perplessità sul rispetto della riserva di legge rispetto ad integrazioni del precetto penale da parte di fonte secondaria (regionale o meno), in assenza di norme primarie che fissino seri limiti a tale intervento.

La questione è più complessa rispetto alla parte sanzionatoria, che non si limita a richiamare l'art. 650 c.p. (con correlata sanzione alternativa dell'ammenda o dell'arresto), ma vi aggiunge una ulteriore sanzione, consistente nell' "obbligo

---

[27] A. VALLINI, *Clonazione e fecondazione assistita*, cit., p. 875.

[28] Ribadisce tale interpretazione perfino in relazione all'art. 23 dello Statuto del Trentino Alto Adige/Südtirol, che pure attribuisce a detta Regione e alle Province autonome la potestà di utilizzare a presidio delle proprie norme le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie, Corte cost. n. 387/2008, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 388 ss., con nota critica di C. RUGA RIVA, *La competenza penale del Trentino Alto Adige/Südtirol, (art. 23 Stat.) al vaglio della corte costituzionale: un'occasione perduta?*, p. 390 ss.

[29] Il Tar Campania con decreto del 18 marzo 2020 ha respinto in ricorso con il quale si lamentava l'illegittimità della ordinanza campana del 15 marzo 2020 e del successivo relativo "chiarimento" n. 56 del 14 marzo, ritenuto che entrambi poggino sulle pertinenti basi legali in esse indicati.

immediato per il trasgressore di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario, mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni, con divieto di contatti sociali e di rimanere raggiungibile per ogni eventuale attività di sorveglianza".

In un ulteriore crescendo punitivo al trasgressore all'isolamento fiduciario (ma non troppo, evidentemente) viene minacciata l'applicazione dell'art. 650 c.p., nella sua versione classica di provvedimento amministrativo a destinatario "puntuale".

Per la verità l'obbligo di permanenza domiciliare nella forma dell'autoisolamento fiduciario (o di quarantena[30]) è già stata prevista dai DPCM[31] e da altre ordinanze, ad es. della Regione Lazio[32], sulla base di quanto previsto in via più generale dal d.l. n. 6/2020[33].

La questione è assai delicata, perché tale misura ha finalità sanitaria, ma incide certamente sulla libertà personale ed ha un contenuto palesemente afflittivo.

Basti pensare che la "permanenza domiciliare" è prevista come sanzione penale nella giurisdizione del giudice di pace (art. 53 d.lgs. n. 274/2000), ed è equiparabile come contenuto alla misura cautelare degli arresti domiciliari o alla misura alternativa delle detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ord. penit.).

In linea generale sembra che la misura della permanenza domiciliare, ove adottata nell'ambito di emergenze sanitarie e finalizzata al contenimento del rischio epidemiologico possa ricondursi all'art. 32 Cost., ovvero a una misura di quarantena inquadrabile nel trattamento sanitario obbligatorio a tutela della collettività.

In tal caso Regioni e Comuni possono adottare la misura dell'obbligo di quarantena, nella misura in cui una *legge* (nel nostro caso le tre citate fonti "generali" nonché il d.l. n. 6/2020 quale fonte "speciale") le facoltizzi in tal senso, in presenza dei requisiti ivi previsti.

Sembra in definitiva che la misura dell'isolamento coatto non abbia in generale finalità intenzionalmente afflittiva, ma finalità di prevenzione del contagio: non mira a punire il destinatario, ma a tutelare la salute di terzi.

Venendo al caso particolare della ordinanza campana n. 15/2020, l'obbligo immediato di mantenere lo stato di isolamento per 14 giorni nel proprio domicilio coercibile ai senso dell'art. 3, co. 5 del d.l. n. 6/2020 non pare inquadrabile agevolmente

---

[30] Sull'obbligo di quarantena previsto in varie fonti (d.l. n. 6/2020 e DPCM) e sui soggetti che lo dispongono (il medico) v. G. PIGHI, *La trasgressione delle misure*, cit., p. 9.

[31] Ad es. il DPCM 8 marzo 2020, all'art. 1, co. 1 lett. c), prevedeva il "divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus".

[32] Si vedano ad es. le Ordinanze del Presidente della Regione Lazio n. Z00002 del 26 febbraio 2020 e n. Z00004 dell'8 marzo 2020.

[33] L'art. 1, co. 2 del d.l. n. 6/2020 prevede, rispettivamente alle lettere h) e i), l'applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; la previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva.

nell'ipotesi sopra riportata di misura finalizzata a contenere il rischio epidemiologico per soggetti potenzialmente pericolosi per la salute pubblica.

Ciò perché il trasgressore al "divieto di passeggiata" potrebbe non rientrare nelle categorie del malato o del contagiato asintomatico, e magari potrebbe essere stato fermato "in solitaria", con la mascherina, in contesti che non costituisco pericolo per la salute pubblica.

L'obbligo di autoisolamento "campano", in altre parole, non è fondato sulle tipologie ragionevolmente pericolose di soggetti contagiati o entrati in contatto con persone contagiate contemplate in altri provvedimenti e nella norma "madre" del d.l. n. 6/2020.

L'ordinanza in commento pare quindi discutibile, limitatamente all'obbligo di quarantena, rispetto al principio di ragionevolezza e all'adeguatezza e proporzione della misura di contenimento: l'idea che il trasgressore sia per definizione pericoloso, tanto da dover rimanere in isolamento, non pare nel caso specifico scientificamente fondata, perché, come detto, potrebbe non essere contagiato né portatore asintomatico del virus.

Forse si vuole punire il disubbidiente, il riottoso, che a prescindere dalla sua pericolosità sul piano sanitario si è dimostrato insensibile alle misure di contenimento e costituisce un cattivo esempio per la collettività.

Se così fosse si tratterebbe di sanzione intenzionalmente punitiva e non tanto preventiva per ragioni sanitarie pubbliche, e dunque andrebbe inquadrata nel *genus* delle sanzioni (sostanzialmente) penali, il cui impiego è precluso alle Regioni.

Nei fatti sulla base dell'ordinanza in commento e del relativo provvedimento di chiarimento è stato denunciato un trasgressore (avvocato penalista), destinatario di un provvedimento di contestazione emesso dalla Legione dei Carabinieri di Casal di Principe il giorno 17.3.2020 nonché del provvedimento di "atto di diffida e messa in quarantena" disposta a decorrere dal 18.3.2020 per giorni 14 e quindi sino al giorno 1.4.2020 compreso.

Il trasgressore ha impugnato l'ordinanza e i citati provvedimenti al Tar Campania, il quale con decreto del 20.3.2020, in sede cautelare, ha parzialmente accolto il ricorso, sospendendo gli effetti del solo "atto di diffida e messa in quarantena"[34].

Chiunque trasgredisca l'ordinanza n. 15 del Presidente della Regione Campania rischia di vedersi contestata, in caso di violazione dell'obbligo di quarantena, la

[34] Il Tar Campania con decreto del 20 marzo 2020 ha riscontrata, allo stato degli atti "la verosimiglianza di quanto dedotto in esito alla essenzialità del percorso seguito dalla propria abitazione per l'approvvigionamento presso il punto di distribuzione automatico di tabacchi…", nonché "…la sussistenza di adeguata prova con riferimento agli impegni professionali relativi ai giudizi pendenti presso il Tribunale di Cassino (comparizione dell'imputato per il 25 marzo 2020) ed il Tribunale di Napoli Nord - Sezione G.I.P. (udienza in camera di consiglio per il 2 aprile 2020), e "…ritenuto che l'estrema gravità e d'urgenza vada apprezzata anche nella adeguata considerazione del fine giustificante le misure adottate con le ordinanze nn. 13 e 15/2020 e relativi chiarimenti, ha accolto in via cautelare il ricorso "con esclusivo riferimento all' "atto di diffida e messa in quarantena" in relazione ai detti impegni professionali, nei limiti di quanto ad essi necessariamente connesso e nel rispetto di tutte le altre misure, condizioni e precauzioni comunque note al ricorrente.

fattispecie prevista dall'art. 650 c.p., questa volta con riferimento ad un provedimento amministrativo "puntuale", dato per ragioni di giustizia e di sanità pubblica.

Nel caso concreto ricordato, e in attesa del giudizio di merito del Tar Campania, si potrebbe dubitare che il provvedimento di diffida (non previsto dalla ordinanza e nemmeno espressamente dall'art. 3 del d.l. n. 6/2020, ma, parrebbe, discendente dall'art. 3, co. 5 del d.l. n. 6/2020[35]) sia stato *legalmente* dato, posto che il Giudice in sede cautelare sembra avere apprezzato come plausibile la giustificazione del ricorrente, che a quanto è dato di capire asseriva di essere stato colto nel percorso verso il distributore automatico di tabacchi, per soddisfare – ci si immagina – una sua "necessità" di nicotina; in ogni caso la finalità intenzionalmente punitiva sopra richiamata e la sproporzione della misura, nei limiti sopra sostenuti, renderebbe illegittimo il provvedimento di diffida.

3. Conclusioni.

Può sembrare futile – e forse lo è –, disquisire di competenze rispetto all'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti e dei loro risvolti penali, in giorni nei quali muoiono migliaia di persone e tutti sono potenziali contagiati o potenziali portatori del virus, e di fronte a misure che comunque promettono di essere utili alla causa sacrosanta della tutela della salute e della vita – *whatever works* –, che passa inevitabilmente da rinunce individuali alle libertà (di circolazione, di impresa ecc.), od occuparsi del destino penale dei trasgressori ad obblighi di circolazione variamente declinati quando vaste categorie di persone (ad es. i detenuti)[36] rischiano di subire effetti ben più pesanti.

Tuttavia ci è parso opportuno precisare, sulla base della cornice normativa attuale, quali soggetti hanno il potere di ordinanza contingibile e urgente, ed entro quali limiti tale potere possa legittimamente concorrere a delineare i precetti penali posti a presidio delle misure di contenimento del rischio sanitario.

Gli strumenti come visto ci sono, sono plurimi e possono convivere nel sistema multilivello, come previsto nel codice della protezione civile, nella legge istitutiva del servizi sanitario nazionale e nel decreto legislativo n. 112/1998.

Sul piano più strettamente penale il d.l. n. 6/2020, come visto, nella misura in cui attribuisce a varie autorità competenti (tra le quali Presidenti di Regione e Sindaci, tramite ordinanze contingibili e urgenti) il potere di adottare "misure ulteriori" di contenimento del rischio sanitario, la cui violazione integra il reato previsto dall'art. 3, co. 4, appare in contrasto con l'art. 25 Cost., non in ragione della natura non statale dell'integrazione regionale o comunale, ma in considerazione dell'assenza di limiti a tale intervento "locale".

---

[35] Art. 3, co. 5 d.l. n. 6/2020: "Il Prefetto, informando preventivamente il Ministro dell'interno, assicura l'esecuzione delle misure avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate, sentiti i competenti comandi territoriali".

[36] E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto "cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, in questa *Rivista*, 20 marzo 2020.

È infatti evidente che il d.l. citato si limita ad indicare un criterio finalistico (di contenimento del rischio epidemiologico) e a esigere i vaghissimi parametri della adeguatezza e proporzione delle misure di contenimento, ovvero nulla di contenutisticamente orientante.

D'altra parte le fonti più generali attributive di poteri di ordinanza contingibile e urgente in materia sanitaria in capo a Presidenti di regione e Sindaci, come visto, lasciano a tali soggetti la più ampia discrezionalità di intervento, del resto connaturata allo strumento loro assegnato.

La risposta penale minacciata contro le violazioni delle misure di contenimento è davvero poca cosa rispetto ai rischi che taluni comportamenti rappresentano per la salute e per l'incolumità pubblica (certo non tutti quelli vietati).

Da un lato non può escludersi che il richiamo alla sanzione penale dell'art. 650 c.p., nel grande pubblico, possa avere un qualche effetto deterrente, posto che la sua sostanziale ineffettività è nota solo agli addetti ai lavori.

D'altro canto, non essendo la fattispecie di epidemia agevolmente applicabile al fenomeno in esame[37], sono possibili e auspicabili soluzioni diverse.

La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano ha già fatto sapere di valutare l'applicabilità dell'art. 260 del testo unico sulle leggi sanitarie, il quale incrimina "chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000"

Le pochissime sentenze intervenute su tale reato hanno affermato la sua applicabilità anche in casi di possibile diffusione di malattia contagiosa, non ancora in essere (un caso di potenziale colera da inosservanza di cautele nel lavaggio e vendita di molluschi), purché comunque vi sia un pericolo concreto e attuale di contagio[38] ed hanno fornito una nozione lata di "ordine", comprensiva delle prescrizioni contenute in un decreto ministeriale.[39]

---

[37] Si pensi alle difficoltà di provare, sul piano causale, che l'epidemia sia stata causata proprio da un determinato soggetto e non dai moltissimi altri già contagiati; è poi dubbio che per "diffusione di germi patogeni" si possa intendere la trasmissione "indiretta", qualora cioè A contagi B (o poche persone determinate) che a sua volta contagi o contagino un numero indeterminato di persone; su questo e altri problemi v. per tutti S. BRUCELLARIA, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato,* IV ed., tomo II, Milanofiori Assago, 2015, sub art. 438, specie p. 1933.

[38] Cassazione penale sez. I 10 luglio 2000 n. 8578, in *Iusexplorer*: "La mancata osservanza dell'ordinanza con la quale il sindaco abbia intimato a taluno di sottoporre i figli minori alle vaccinazioni previste dalla legge, oltre a non integrare – in mancanza di un concreto ed attuale pericolo di diffusione, di malattie infettive – la contravvenzione prevista dall'art. 260 del t.u.l.s., non integra neppure la contravvenzione prevista dall'art. 650 c.p., atteso che tale reato è configurabile, quando trattisi di provvedimenti emanati dal sindaco, solo a condizione che essi rientrino tra quelli contingibili e urgenti adottati "extra ordinem" ai sensi dell'art. 38 comma 1 l. 8 giugno 1990 n. 142, mentre l'ordinanza in questione è classificabile fra quelle che l'autorità comunale può adottare "in conformità alle leggi ed ai regolamenti", la cui violazione è sanzionata solo in via amministrativa".

[39] Cass. sez. VI, 22 gennaio 1982, in *Iusexplorer*:"ai fini della applicabilità dell'art. 260 r.d. 27 luglio 1934 n. 1252, per stabilire se un determinato provvedimento possa essere qualificato come ordine occorre riferirsi al suo contenuto intrinseco e al suo aspetto formale, tenendo presente che costituiscono ordini i provvedimenti con i quali la p.a. impone obblighi di dare, di fare o di non fare. (In applicazione di detto

Va però osservato che, anche sulla scorta dell'interpretazione ormai consolidata sull'art. 650 c.p. in relazione all'analogo requisito del "provvedimento", e sulla nozione di "ordine" generalmente impiegata nel diritto amministrativo[40], esso dovrebbe essere inteso come atto della pubblica amministrazione rivolto a persone determinate, non avente carattere normativo generale e astratto.

Per affrontare il fenomeno sarebbe allora opportuno immaginare soluzioni nuove, ritagliate sulle caratteristiche del tutto nuove e inaspettate del COVID-19 e del relativo rischio epidemiologico.

Per taluni fatti di minore spesso offensivo si può pensare di ricorrere all'illecito amministrativo, anche regionale, come già ha fatto la Regione Lombardia nell'ordinanza n. 514 del 21 marzo 20120, il cui art. 1, lett. a) n. 2 prevede la sanzione amministrativa di 5.000,00 Euro per i contravventori al divieto di assembramento (gruppi di più di due persone)[41].

Altro illecito amministrativo è stato previsto, con d.l. del 9 marzo 2020 n. 14, per "la violazione degli obblighi imposti dalle misure di cui al co. 1 a carico dei gestori di pubblici esercizi o di attività commerciali", sanzionata con la chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni[42].

Per i casi più gravi, parametrati a comportamenti offensivi della salute pubblica nella forma di pericoli scientificamente fondati di diffusione statisticamente probabile (ad es. la violazione dell'obbligo di quarantena per chi abbia contratto il virus e nondimeno frequenti altre persone senza cautele), una diversa risposta (penale), potrebbe essere tipizzata in una autonoma fattispecie delittuosa[43], di condotta e di pericolo, assistita da una pena adeguata al disvalore del fatto.

Fattispecie che dovrebbe essere contenuta, date le eclatanti ragioni di necessità e urgenza, in apposito decreto legge.

---

principio la Cassazione ha ritenuto che le disposizioni di cui al d.m. 14 novembre 1973 sulla vendita dei molluschi e concernenti i comportamenti da osservare per impedire il sorgere o il propagarsi del colera vadano inquadrati nella categoria degli ordini)".

[40] Si veda a titolo meramente esemplificativo, e nell'impossibilità di accedere a biblioteche cartacee, la voce "Ordinanza" nella Enciclopedia Treccani on line, ove si distingue appunto l'ordinanza come atto a contenuto generale dall'ordine come atto a singolo destinatario predeterminato.

[41] "Sono vietati gli assembramenti di più di 2 persone nei luoghi pubblici. Deve comunque essere garantita la distanza di sicurezza dalle altre persone. La polizia e altri organi di esecuzione autorizzati provvedono a far rispettare tale disposizione nello spazio pubblico. Ai contravventori sarà comminata una sanzione amministrativa di euro 5.000,00".

[42] Su tale illecito v. G. PIGHI, *La trasgressione delle misure*, cit., p. 4 ss.

[43] Auspica l'intervento del legislatore con apposita fattispecie da inserire in decreto legge G.L. GATTA, *Coronavirus*, cit., p. 7.

SISTEMA PENALE

3/2020

SUI RAPPORTI TRA TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI E TURBATA LIBERTÀ DEL PROCEDIMENTO DI SCELTA DEL CONTRAENTE (E SULLA UTILIZZABILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI IN PROCEDIMENTI DIVERSI): LA SENTENZA DELLA CORTE D'APPELLO DI MILANO SUL CASO MARONI

Corte app. Milano, Sez. II, sent. 8 novembre 2019 (dep. 7 gennaio 2020), n. 7547, Pres. est. Gamacchio, imp. Maroni e al.

di Beatrice Fragasso

1. La sentenza che si annota è relativa alla nota vicenda processuale che coinvolge l'*ex* Presidente della Regione Lombardia, Roberto Maroni (sulla quale si rinvia alla scheda di M.C. Ubiali, in *Dir. pen. cont.*): la Corte d'Appello di Milano, nel confermare l'insussistenza del contestato reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 314-*quater* c.p.), procede alla riqualificazione dei fatti attinenti alla procedura competitiva indetta da Eupolis, ritenendo che integrino la fattispecie di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), piuttosto che quella di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis*), come era stato invece affermato in primo grado. I giudici rigettano inoltre le eccezioni presentate dalla difesa circa l'inutilizzabilità delle intercettazioni acquisite in dibattimento.

2. I fatti riguardano le indebite pressioni che – tra 2013 e 2014 – sarebbero state esercitate da Roberto Maroni, all'epoca Presidente della Regione Lombardia, su due enti partecipati dalla Regione (Expo 2015 S.p.a. e Eupolis), al fine di favorire due sue ex collaboratrici, Mariagrazia Paturzo e Mara Carluccio.

Nello specifico, in un caso, veniva contestato il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 314-*quater* c.p.), in quanto Maroni – in concorso con Giacomo Ciriello, che agiva su suo mandato – avrebbe indotto Christian Malangone (Direttore Generale di Expo 2015 S.p.a.) a promettere, indebitamente, che la suddetta società si sarebbe accollata il costo delle spese necessarie per sostenere il viaggio ed il soggiorno di Mariagrazia Paturzo a Tokyo, in occasione di un evento organizzato dal Ministero degli Affari Esteri per la promozione di Expo.

Nell'altro caso, secondo l'originaria ipotesi accusatoria, Maroni avrebbe illegittimamente condizionato, servendosi degli intermediari Giacomo Ciriello (Capo della segreteria di presidenza) e Andrea Gibelli (Segretario generale di Regione Lombardia), il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto della "procedura comparativa per l'affidamento di un incarico di consulenza" indetto da Eupolis, al fine di far prevalere la candidata Mara Carluccio (risultata poi, effettivamente, aggiudicataria della gara).

La sentenza di primo grado (che può leggersi su *Dir. pen. cont.*, con nota di M.C. Ubiali) aveva condannato Maroni, Gibelli, Ciriello e Carluccio per il delitto previsto dall'art. 353-*bis* c.p., ritenendo invece non sussistenti gli elementi costitutivi della fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità contestata a Maroni e Ciriello.

Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Corte d'Appello di Milano ribadisce le valutazioni già espresse circa la non configurabilità del delitto di cui all'art. 319-*quater*, mentre – condividendo le richieste avanzate dal Procuratore Generale in sede di discussione – procede alla riqualificazione del fatto di cui al secondo capo, sussumendolo nella fattispecie prevista dall'art. 353 c.p.

3. Per ciò che concerne il gravame relativo all'art. 319-*quater* c.p., la Corte d'Appello non si discosta da quanto stabilito dal giudice di prima istanza.

Preliminarmente, la Corte osserva che il concorrente necessario, Christian Malangone, nei cui confronti si era proceduto separatamente con giudizio abbreviato, era stato assolto con sentenza passata in giudicato per insussistenza del fatto (la sentenza può essere letta in *Dir. pen. cont.*, con nota di G.L. Gatta). Il precedente non è privo di rilevanza, quantomeno ai fini della ricostruzione del fatto: l'art. 319-*quater* è infatti un reato a concorso necessario e, per questo motivo, «*i fatti attinenti alla condotta dell'indotto, costituiscono precondizioni del giudizio in corso, riguardante le condotte dell'induttore*» e, ai sensi dell'art. 238 c.p.p., «*il fatto storico, complessivamente inteso e quindi anche nella parte delle condotte contestate agli odierni imputati, non può essere ricostruito in maniera diversa rispetto a quanto ha fatto la decisione che si è pronunciata sulla responsabilità di Malangone, mentre diverse possono essere le valutazioni giuridiche*».

Posto che la ricostruzione del fatto resta quella delineata con riferimento al caso Malangone, la Corte d'Appello non ritiene di dover procedere ad una valutazione giuridica dei fatti diversa da quella formulata dal Tribunale. In osservanza dei principi espressi dal più recente orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (vd. Cass. SS.UU. 1228/2014, Maldera, che può leggersi su *Dir. pen. cont.*, con nota di G.L. Gatta) la Corte afferma che il reato di cui all'art. 319-*quater* c.p. non sussiste nel caso di specie, difettando sia l'elemento costitutivo della condotta induttiva, che quello dell'indebito vantaggio personale (si rimanda alla nota di M.C. Ubiali, in *Dir. pen. cont.* per le argomentazioni utilizzate dal Tribunale, integralmente richiamate nella sentenza in commento).

4. Quanto alla vicenda relativa all'assunzione di Mara Carluccio da parte di Eupolis, Maroni, Gibelli, Ciriello e Carluccio erano stati originariamente condannati per il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.), che punisce «*chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione*».

La sentenza in commento ha provveduto, su istanza dello stesso Procuratore Generale, a riqualificare il fatto ai sensi dell'art. 353 c.p., che punisce «[c]*hiunque, con*

violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontanagli offerenti».

Per comprendere le motivazioni addotte dalla Corte di gravame per giustificare la riqualificazione, è utile ricostruire le regole che disciplinavano le procedure competitive all'interno di Eupolis, le cui peculiarità sono all'origine delle controversie circa l'applicazione dell'art. 353 c.p. o dell'art. 353-*bis* c.p.

Il regolamento interno di Eupolis prevede che – al fine di partecipare ai bandi per personale esterno, di volta in volta emessi dall'ente – sia necessario essere previamente accreditati presso l'istituto: i candidati non si propongono per la singola procedura competitiva, ma è l'ente a selezionare – tra i profili presenti nel *database* ed in relazione alle competenze richieste – quelli idonei, che vanno a formare la rosa di concorrenti che viene successivamente valutata da una Commissione appositamente nominata.

Nel caso di specie, Alberto Brugnoli (Direttore Generale di Europolis, per il quale si è proceduto separatamente), dopo aver verificato – attraverso richiesta ai responsabili delle diverse direzioni di Eupolis – che non vi fossero dipendenti aventi specifica esperienza "in materia di sicurezza, gestione relazioni ed eventi internazionali" (verifica che era richiesta dal regolamento), dava avvio alla procedura comparativa per l'affidamento dell'incarico, nominando all'uopo una Commissione. All'esito della comparazione tra i *curricula* dei quattro candidati selezionati, veniva preferito il profilo di Mara Carluccio, accreditatasi ad Europolis neanche un mese prima.

Benché la procedura amministrativa fosse stata formalmente rispettata, dai messaggi e dalle chiamate intercettate emerge che Carluccio si era accreditata proprio allo scopo di ottenere quell'incarico, che le era stato promesso prima ancora che la procedura di gara fosse iniziata, tanto che era stata l'imputata stessa ad indicare il compenso che avrebbe voluto vedersi corrisposto (e che effettivamente compare nel contratto).

La scelta originaria di contestare il 353-*bis* c.p. piuttosto che il 353 c.p. rispondeva a due ordini di motivazioni:

a) effettivamente le condotte degli imputati non intervenivano su una procedura competitiva *già esistente*, ma erano esse stesse a determinare l'esistenza della procedura: il decreto che indiceva la gara non sarebbe mai stato emesso se non vi fosse stata l'esigenza di creare un incarico di consulenza *ad hoc* per Mara Carluccio;

b) a differenza dell'art. 353 c.p., l'art. 353-*bis* c.p., attraverso il riferimento all'"altro atto equipollente", esplicita la possibilità di estendere la disciplina ivi prevista anche a procedure *diverse* da quelle che prevedono l'*iter* classico di pubblicazione del bando e presentazione delle offerte.

Entrambe le argomentazioni sono, tuttavia, superabili se si analizzano i rapporti tra art. 353 c.p. e 353-bis c.p.

4.1. La sentenza in commento, citando l'orientamento ampiamente maggioritario in seno alla giurisprudenza di legittimità, individua il discrimine tra le due fattispecie nell'indizione del bando di gara: l'art. 353 c.p. punisce le condotte – *successive* all'indizione del bando – che abbiano effettivamente turbato la gara o abbiano tentato di

ottenere tale risultato, mentre l'art. 353-*bis* si applica alle condotte di turbativa che si verificano *prima* dell'adozione del bando di gara, allo scopo di condizionarne il contenuto (in giurisprudenza si parla, a tal proposito, di "bandi fotografia", ossia di bandi che, al fine di favorire determinati candidati, sono predisposti ricalcando le specifiche competenze dei favoriti)[1].

Nel ricostruire le esigenze che, nel 2010, portarono all'introduzione dell'art. 353-*bis* c.p., la Corte d'Appello di Milano cita un caso giunto all'attenzione della Corte Suprema (sent. 26 febbraio 2009, Sez. VI, pres. De Roberto), nel quale si giudicava la riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 353 c.p. di «*condotte dirette ad influenzare linee e scelte meramente programmatiche di un ente pubblico, prodromiche alla stipula di un contratto di global service*». In quel caso, riconoscendo nella gara un presupposto necessario, un antecedente logico giuridico, della condotta sanzionabile *ex* art. 353 c.p., la Corte di Cassazione affermava il principio in base al quale il delitto di turbata libertà degli incanti non è configurabile, nemmeno nella forma del tentativo, *prima* che la procedura di gara abbia inizio, difettando in tale situazione un requisito oggettivo.

La lacuna legislativa è stata colmata proprio con l'introduzione dell'art. 353-*bis* c.p.[2], che – sanzionando le condotte finalizzate a turbare le fasi preliminari di una gara – realizza una tutela anticipata dell'interesse alla concorrenza, nella convinzione che tale bene giuridico può essere leso non solo da condotte successive al bando, il cui contenuto sia stato determinato nel pieno rispetto della legalità, ma anche da comportamenti precedenti, in grado di influenzare il contenuto del bando.

Nel caso di specie, se è vero che gli imputati hanno *turbato il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando* (condotta sanzionata dall'art. 353-*bis*), è altrettanto vero che essi, attraverso pressioni e favoritismi, sono riusciti a *turbare la gara* (353 c.p.), tanto che Mara Carluccio è risultata la candidata vincitrice, così come le era stato assicurato. La fattispecie di cui all'art. 353-*bis* c.p. è un reato di pericolo che «*si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine di condizionare le modalità di scelta del contraente, e per il cui perfezionamento, quindi, occorre che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara o di atto equipollente, ma non anche che il contenuto del provvedimento venga effettivamente modificato in modo tale da interferire sull'individuazione dell'aggiudicatario*»[3]. Nel caso in cui, come nella vicenda che ci interessa, ai comportamenti abusivi preliminari segua un effettivo "turbamento" della gara, si applica l'art. 353 c.p. (che peraltro prevede la medesima pena); le condotte

---

[1] Vd. Cass., Sez. VI, 14 aprile 2015, pres. Milo, est. Citterio; Cass., Sez. VI, 27 gennaio 2016, pres. Paoloni, est. Tronci. In dottrina vd. nello stesso senso S. Seminara, sub *art. 353*-bis, in G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, 6a ed., Padova, 2017, 1152 ss.: «[Il 353-bis è] *chiamato ad operare nella fase procedimentale a monte della scelta del contraente, sanzionando ogni turbamento destinato a riflettersi sul contenuto del bando: gli artt. 353 e 353 bis andrebbero dunque a coprire spazi cronologicamente contigui, rispettivamente successivi e precedenti l'avvio della gara.* [...] *In sostanza, l'art. 353 bis assolve alla funzione di rendere punibili come reati consumati fatti che, in sua assenza, avrebbero potuto ritenersi come preparatori in caso di assenza di una successiva gara o, al più, come tentativi ex art. 353*».

[2] Inserito da art. 10, l. 13 agosto 2010, n. 136.

[3] Cass, Sez. VI, sentenza n. 27719 del 24 giugno 2013; nello stesso senso vd. Cass., Sez. VI, 25 giugno 2015 (ud. 14 aprile 2015), n. 26840.

prodromiche – volte a confezionare il "bando fotografia" – sono da considerarsi alla stregua di *antefatti non punibili*[4].

4.2. Chiariti i contorni della condotta rilevante ai sensi dell'art. 353 c.p., resta da verificare se la procedura di selezione prevista dal Regolamento di Eupolis sia sussumibile nel novero degli atti previsti dalla fattispecie legale come oggetto materiale (*gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni*).

Come evidenzia la sentenza in commento, la giurisprudenza su questo aspetto è unanime: al fine dell'individuazione della gara, rileva qualsiasi procedura pubblica finalizzata alla scelta del contraente, indipendentemente dalla qualificazione utilizzata e anche in assenza di formalità[5]. Il requisito indispensabile è che siano previste precise forme procedimentali, che delineino un meccanismo selettivo delle offerte nell'ambito di una competizione basata su precisi parametri di individuazione del vincitore[6].

Nel caso di specie, il regolamento interno di Eupolis prevede che le procedure competitive si svolgano nel rispetto di precise fasi (preliminare selezione automatica, attraverso parole chiave, dei candidati accreditati; nomina di una Commissione di tre persone; selezione) e che la scelta del concorrente sia ispirata a predeterminati criteri (esperienze professionali e titoli di studio). Il decreto emesso da Brugnoli il 16 dicembre 2013, con il quale si dava avvio alla "*procedura comparativa per l'affidamento di un incarico di consulenza avente ad oggetto il supporto tecnico-scientifico per l'individuazione delle condizioni di sicurezza adeguate inerenti EXPO 2015* [...]", rientra nel campo semantico che la giurisprudenza attribuisce al termine "gara" ai sensi dell'art. 353 c.p., poiché, almeno formalmente, ha l'obiettivo di garantire una libera competizione a coloro che si erano accreditati.

---

[4] Così si era espressa in dottrina, commentando la sentenza di primo grado, M.C. Ubiali, *La sentenza del Tribunale di Milano sul caso Maroni (in tema di induzione indebita e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018.

[5] Così Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2008, pres. Serpico, est. Carcano: «*le locuzioni gare nei pubblici incanti o licitazione privata non hanno un significato normativo mutuato dalla procedura per l'aggiudicazione degli appalti per le pubbliche forniture, con l'osservanza dei termini e delle disposizioni legislative sula contabilità dello Stato, bensì sono riferite ad ogni procedura di gara, anche informale o atipica, mediante la quale la pubblica amministrazione decida di individuare il contraente e concludere un contratto e che assicuri una libera competizione tra più concorrenti*»; nello stesso senso vd. anche Cass., Sez. VI, 22 settembre 2004; Cass., Sez. VI, 11 giugno 1993; Cass., Sez. VI, 12 aprile 1994; Cass., Sez. VI, 11 novembre 1997; Cass., Sez. VI, 30 settembre 1998, pres. Trojano, est. Milo; rientrano dunque nel campo semantico del termine "gara" anche le procedure c.d. informali o di consultazione, vd. Cass., Sez. VI, 13 marzo 2014, pres. Agrò, est. De Amicis; Cass., Sez. VI, 13 aprile 2017, pres. Fidelbo, est. Giordano; critico nei confronti di una tale ermeneutica è N. Madia, *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p.: tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"* – Nota a Cassazione penale, Sez. VI, sentenza 21/07/2014, *n.* 32237, in *Cass. pen.*, 4/2015, p. 1362, che intravede nella asserita estensione semantica una vera e propria analogia *in malam partem*, in violazione del principio di riserva di legge.

[6] In questo senso vd. Cass., Sez. VI, Sez. VI, 30 settembre 1998, pres. Trojano, est. Milo; Cass., Sez. VI, 24 maggio 2011, pres. De Roberto, est. Fidelbo.

5. Merita infine un breve cenno il tema dell'utilizzabilità delle intercettazioni. Tra i motivi d'appello, la difesa deduceva l'inutilizzabilità *ex* art. 191 c.p.p. delle intercettazioni acquisite nel dibattimento di primo grado, sotto due distinti profili:

a) violazione del divieto di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, ai sensi dell'art. 270, co. 1, c.p.p. (le operazioni tecniche erano state infatti disposte ed autorizzate nell'ambito del procedimento Finmeccanica);

b) violazione dell'obbligo di motivazione del provvedimento autorizzativo del giudice e delle relative proroghe, ai sensi dell'art. 267 c.p.p.

Se per quest'ultimo profilo la Corte d'Appello si limita ad evidenziare la completezza dei provvedimenti del G.I.P., è sul secondo aspetto che i giudici – nel rigettare l'eccezione – si diffondono in maniera più approfondita. Nello specifico, la Corte ritiene che il procedimento *de quo* non possa considerarsi *diverso* ai sensi dell'art. 270, co. 1, c.p.p., né utilizzando il criterio formalistico (maggioritario in giurisprudenza[7]) né utilizzando quello sostanzialistico.

In base al primo, il concetto di *diversità* si riferisce all'esistenza di più procedimenti distinti *ab origine*: i risultati delle intercettazioni telefoniche legittimamente acquisiti nell'ambito di un procedimento penale inizialmente unitario sono dunque sempre utilizzabili – anche se lo stesso è stato successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati – purché, naturalmente, sussistano le condizioni di ammissibilità previste dall'art. 266 c.p.p. La *ratio* dell'art. 270, comma 1, c.p.p. è infatti quella di «*evitare l'utilizzazione circolare dei risultati delle operazioni di captazione, in violazione dei presupposti di ammissibilità cui agli artt. 266 e 266-bis c.p.p.*»; una volta che, tuttavia, sia verificata la sussistenza di tali presupposti anche per il diverso procedimento, non vi è motivo di limitare l'utilizzo delle intercettazioni. Applicando tale criterio, è evidente che i risultati delle operazioni tecniche – legittimamente effettuate nel procedimento Finmeccanica – siano utilizzabili anche nel procedimento *de quo*.

Ma la Corte d'Appello si spinge ben oltre, affermando che, nel caso di specie, i risultati delle intercettazioni sono da ritenersi utilizzabili anche qualora dovesse ritenersi applicabile il diverso criterio sostanzialistico, in base al quale la "migrazione" delle intercettazioni è possibile soltanto qualora sussista una connessione o un legame investigativo tra il procedimento di destinazione e l'originaria notizia di reato per la quale erano state disposte le operazioni tecniche. L'indagine originaria aveva infatti ad oggetto «*un'ipotesi di corruzione internazionale, in relazione all'aggiudicazione di una gara relativa all'acquisto di elicotteri, ossia un reato contro la pubblica amministrazione che coinvolgeva anche Maroni nella sua veste di Presidente della Regione Lombardia, e dunque si trattava di un contesto investigativo di certo non eccentrico rispetto a quello odierno, in quanto in entrambi i casi si doveva verificare la sussistenza di accordi collusivi che andavano ad alterare il buon andamento della pubblica amministrazione*».

[7] Cass., Sez. II, 11 dicembre 2012, pres. Esposito, est. Iannelli; Cass., Sez. VI, 15 luglio 2015, pres. Rutundo, est. Di Salvo; Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2014.

Va segnalato che la pronuncia in commento è stata depositata pochi giorni dopo il deposito della sentenza delle Sezioni Unite 50/2020 (Cass., SS. UU., 28 novembre 2019, dep. 2 gennaio 2020, n. 50, disponibile in questa *Rivista*, con annotazione di G. Illuminati), che ha affermato il principio di diritto in base al quale «*il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge*».

Sebbene la sentenza in esame non citi espressamente il principio affermato dalle Sezioni Unite, è evidente che l'argomentazione in chiave sostanzialistica avanzata dalla Corte d'Appello di Milano miri a dimostrare l'esistenza di una connessione tra procedimenti, rilevante ai sensi dell'art. 12 c.p.p.

Editore

ASSOCIAZIONE
"PROGETTO GIUSTIZIA PENALE"