

COLLANA DELLE PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

Comitato scientifico:

Prof.ssa Agata Cecilia Amato Mangiameli, Prof. Andrea Buratti, Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Francesco D'Agostino, Prof. Antonio D'Atena, Prof. Alessandro Dani, Prof. Luigi Daniele, Prof.ssa Maria Rosa Di Simone, Prof.ssa Alessandra Gianelli, Prof. Pierfrancesco Grossi, Prof. Giovanni Guzzetta, Prof. Raffaello Lupi, Prof.ssa Stefania Mabellini, Prof. Venerando Marano, Prof. Francesco Saverio Marini, Prof. Gian Piero Giuseppe Milano, Prof.ssa Donatella Morana, Prof.ssa Federica Mucci, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Eugenio Picozza, Prof. Aristide Police, Prof. Roberto Rampioni, Prof. Adolfo Scalfati, Prof.ssa Elda Turco Bulgherini.

Direzione:

Prof. Luigi Daniele

Comitato di redazione:

Marco Maria Cellini (*Coordinatore*), Marta Bernardini, Simona Claudiani, Giorgia Padua, Giovanni Pennetta, Simona Terracciano, Chiara Venturini.

La corrispondenza, inviata alla direzione o alla redazione della Collana, va indirizzata a quaderni.pubblico@gmail.com.

I contributi sono sottoposti alla procedura di referaggio anonimo, conformemente al Regolamento della Collana dei Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, pubblicato sul sito www.dot.dirittopubblico.uniroma2.it.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

-2-

Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel
diritto pubblico

a cura di Aristide Police e Cristiano Cupelli

WOLTERS KLUWER
Milano

Il presente volume è stato pubblicato con i fondi del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

INDICE

| | |
|---|----|
| Notizie sugli autori | 9 |
| ARISTIDE POLICE - CRISTIANO CUPELLI, Introduzione | 11 |
| ARISTIDE POLICE, Commiato | 13 |

SEZIONE PRIMA

LEZIONI

| | |
|--|----|
| MASSIMO LUCIANI, Principio di legalità e Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 195 del 2019 | 17 |
| GIAN LUIGI GATTA, La nuova legittima difesa domiciliare: una riforma preoccupante | 35 |
| CRISTIANO CUPELLI, La gestione dell'emergenza Covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari | 61 |

SEZIONE SECONDA

PRESUPPOSTI E LIMITI DELL'ESERCIZIO DEL POTERE SANZIONATORIO

| | |
|---|----|
| VALERIA APICELLA, Tra aiuto al suicidio e rifiuto dei trattamenti sanitari. La (nuova) area di esclusione della punibilità dell'aiuto al suicidio | 75 |
| BIANCA BALLINI, Note sulla istituzione della procura europea | 95 |

| | |
|---|-----|
| SIMONA CLAUDIANI, Considerazioni sul potere sanzionatorio nei confronti dei magistrati | 109 |
| ILARIA GIUGNI, L'evoluzione della tutela penale dell'integrità fisica e delle libertà delle donne fra reali esigenze politico-criminali e diritto penale simbolico | 125 |
| LUCA PANICO, Il trattamento penale del nemico | 141 |
| COSIMO PEDULLÀ, La proporzionalità della pena nella dimensione interna e sovranazionale. L'equilibrio tra legalità della pena e divieto di automatismi sanzionatori in materia di pene accessorie | 157 |
| LAURA SANSONE, Il potere sanzionatorio penale nel caso di suicidio assistito tra legalità costituzionale e discrezionalità del legislatore | 177 |

SEZIONE TERZA

IL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO

| | |
|---|-----|
| MARCO MARIA CELLINI, Tecnica e potere: brevi riflessioni sulle sanzioni antitrust dopo il d.lgs. n. 3/2017..... | 195 |
| GABRIELE DAMMICCO, La natura sanzionatoria della responsabilità amministrativo-contabile: una riflessione a seguito dei recenti arresti giurisprudenziali | 209 |
| EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO, Luci e ombre del sistema sanzionatorio contabile a un quindicennio dall'inaugurazione | 225 |

| | |
|---|-----|
| FEDERICA PALOMBA, Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili: il potere amministrativo del G.S.E. | 241 |
| GIOVANNI PENNETTA, Authorities' sanctioning powers over the exchange of information among undertakings | 257 |
| MARIA TARANTINO, Commento a prima lettura dell'ordinanza n 117 del 2019: il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo sanzionatorio | 273 |
| CHIARA VENTURINI, Procedura di de-listing e diritti umani; aggiornamenti su un tema ancora attuale | 289 |

SEZIONE QUARTA

PRINCIPI E CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DELLE SANZIONI

| | |
|---|-----|
| MARTA BERNARDINI, L'ergastolo ostativo e i segni del tempo sul condannato | 307 |
| ALESSANDRO BOSCO, La difficile convivenza tra l'Antitrust e le autorità amministrative indipendenti di settore: il riparto di competenze sanzionatorie in materia di pratiche commerciali scorrette | 325 |
| CARLO DE GASPERIS, L'estensione al circuito ostativo dell'art. 4 bis ord. pen. ai reati contro la pubblica amministrazione: l'operatività intertemporale della c.d. legge spazzacorrotti ... | 343 |
| ANNA PAIANO, Le astreintes nel giudizio di ottemperanza: compatibilità e coordinamento con la tutela surrogatoria e risarcitoria | 355 |

MARIACARMEN RANIERI, La pena tra giustizia e umanità. L'ergastolo ostativo e i suoi dilemmi **Errore. Il segnalibro non è definito.**375

ESPER TEDESCHI, Note minime intorno al sindacato del giudice amministrativo sul quantum della sanzione *ex art.* 134 c.p.a. **Errore. Il segnalibro non è definito.**395

SIMONA TERRACCIANO, La sanzione amministrativa pecuniaria strumentale al corretto esercizio del potere pubblico **Errore. Il segnalibro non è definito.**413

STEFANIA TREDICI, L'estensione delle garanzie penali alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive433

Notizie sugli autori

APICELLA Valeria, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXV, *Curriculum*: Diritto penale.

BALLINI Bianca, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIV, *Curriculum*: Diritto penale.

BERNARDINI Marta, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, *Curriculum*: Diritto penale.

BOSCO Alessandro, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", ciclo XXXII, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

CELLINI Marco Maria, Magistrato ordinario e Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata" ciclo XXXII, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

CLAUDIANI Simona, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIV, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

DAMMICCO Gabriele, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXV, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

FRATTO ROSI GRIPPAUDO Emanuele, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", ciclo XXXII, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

GIUGNI Ilaria, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIV, *Curriculum*: Diritto penale.

PAIANO Anna, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXV, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

PALOMBA Federica, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata",

Ciclo XXXV, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

PANICO Luca, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXV, *Curriculum*: Teoria generale dello Stato.

PEDULLÀ Cosimo, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIV, *Curriculum*: Diritto penale.

DE GASPERIS Carlo, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXX, *Curriculum*: Diritto penale.

PENNETTA Giovanni, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

RANIERI Mariacarmen, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXI, *Curriculum*: Teoria generale dello Stato.

SANSONE Laura, Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXX, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

TARANTINO Maria, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXV, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

TEDESCHI Esper, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", ciclo XXXII, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

TERRACCIANO Simona, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, *Curriculum*: Diritto costituzionale e amministrativo.

TREDICI Stefania, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXV, *Curriculum*: Diritto penale.

VENTURINI Chiara, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, *Curriculum*: Diritto internazionale e dell'Unione europea.

INTRODUZIONE

Giunto alla seconda edizione, il Quaderno del dottorato di ricerca di Diritto pubblico – che si inserisce nella nuova Serie della Collana di pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata" – prosegue, nonostante le evidenti e ben note difficoltà pratiche riconducibili all'emergenza pandemica che ha colpito il nostro Paese negli ultimi mesi, il suo percorso, nella duplice finalità di stimolo alla pubblicazione di scritti e contributi di dottorandi e di raccolta del testo di alcune tra le più significative lezioni 'magistrali' tenute da docenti nell'ambito del corso di dottorato.

Seguendo un'impostazione consolidata, la prima sezione presenta i testi rielaborati e aggiornati di due lezioni magistrali, tenute, rispettivamente il 21 maggio 2019 e il 17 febbraio 2020, dal prof. Gian Luigi Gatta, ordinario di Diritto penale presso l'Università degli studi di Milano e dal prof. Massimo Luciani, ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Roma Sapienza, aventi ad oggetto, da un lato, la riforma della legittima difesa domiciliare e, dall'altro, i rapporti tra principio di legalità e Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 195 del 2019. La sezione è completata dal testo di una lezione del prof. Cristiano Cupelli, dedicata alla gestione dell'emergenza Covid-19 sotto il profilo del 'rischio penale' in ambito sanitario, tenuta il 12 maggio 2020.

Anche quest'anno si è ritenuto di individuare in via preventiva un percorso comune di ricerca da sottoporre all'attenzione dei dottorandi, così da stimolarne le riflessioni valorizzando l'approccio che connota il nostro dottorato: la multidisciplinarietà degli studi giuridici, lo scambio di esperienze, la complementarietà dei temi di ricerca, l'apertura verso una dimensione quanto più possibile ampia.

In questa prospettiva, il tema prescelto è stato quello del potere sanzionatorio nel diritto pubblico, declinato non solo nei classici termini di fondamento e legittimazione, ma anche nella prospettiva dei profili di garanzie e dei limiti al potere, oltre che negli imprescindibili riflessi procedimentali. Coerentemente, i 22 contributi redatti da dottori o dottorandi di ricerca sono stati raggruppati in tre sezioni, dedicate ai "*Presupposti e limiti dell'esercizio del potere sanzionatorio*", al "*Procedimento*

sanzionatorio” e ai “Principi e criteri per la determinazione delle sanzioni”.

Nel licenziare il Volume, non possiamo fare a meno di ringraziare sentitamente il Coordinatore del dottorato, prof. Luigi Daniele, per il costante supporto; i membri del Comitato di redazione, a partire dal coordinatore Marco Maria Cellini, proseguendo con tutti i componenti (Marta Bernardini, Simona Claudiani, Giorgia Padua, Giovanni Pennetta, Simona Terracciano e Chiara Venturini), senza la cui attiva, appassionata e costante partecipazione l’opera avrebbe faticato a vedere la luce; il dott. Vincenzo Ludovici Pietropaoli, segretario del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, e le sig.re Clotilde Dionisi e Patrizia Ciociarini del Team corsi *post lauream* del Dipartimento di Giurisprudenza.

Un sentito ringraziamento infine al prof. Roberto Fiori, direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, che ha acconsentito di accogliere i “Quaderni” nella Collana delle pubblicazioni del Dipartimento.

Roma, 31 luglio 2020

Aristide Police - Cristiano Cupelli

COMMiato

Questo volume, che ho avuto l'onore di coordinare con l'Amico e Collega Cristiano Cupelli, assume per me un aggiuntivo (e personale) significato che ho ritenuto giusto condividere con gli Autori del volume e con i suoi "*venticinque lettori*". Dal prossimo anno accademico, non sarò più nei ruoli dell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata" e questa pubblicazione mi offre un'occasione non rinunciabile per un doveroso saluto ed un sincero ringraziamento a tutta la Comunità accademica e, in particolare, a quella del nostro Dipartimento di Giurisprudenza.

La chiamata nella Facoltà Giuridica di Tor Vergata nel settembre 2005 è stata per me un enorme privilegio, per questo continuerò a nutrire profonda gratitudine per i Colleghi di allora, a cominciare dal nostro grande Preside Prof. Filippo Chiomenti e dai Professori Pippo Stancanelli ed Eugenio Picozza. Un debito di gratitudine che, di anno in anno, in questi tre lustri si è ingigantito, così come si è ampliato il numero dei creditori.

In primo luogo, il mio grato pensiero è per le molte centinaia di Studentesse e Studenti che hanno seguito con attenzione e benevolenza le mie lezioni di Diritto Amministrativo (nei Corsi di Laurea in Giurisprudenza e di Scienze delle Amministrazioni e delle Relazioni Internazionali, nella Scuola delle Professioni legali, nei Corsi di Master e nella Scuola Ufficiali dei Carabinieri), in modo particolare per gli oltre duecento che – improvvidi – mi hanno scelto come relatore delle loro dissertazioni finali.

Il mio grazie va, in secondo luogo, ai Dottorandi (e Dottori) di ricerca in Diritto Pubblico che con impegno e con passione si sono dedicati alla ricerca nel campo del Diritto Amministrativo, alcuni di loro sono avviati felicemente su stabili percorsi di ricerca nelle Università italiane, mentre altri hanno avviato percorsi di successo nella Magistratura, nelle Amministrazioni e nelle Professioni.

Un ringraziamento affettuoso, inoltre, va al Personale Tecnico Amministrativo dell'Ateneo e del Dipartimento e, fra i moltissimi, alla Signora Francesca Strippoli e al Dott. Vincenzo Ludovici Pietropaoli.

Ai Colleghi Ricercatori e Professori del Dipartimento di Giurisprudenza, devo profonda gratitudine per molte ragioni, a cominciare dalla pazienza che hanno avuto nel sopportarmi. Ancor di più devo loro per le innumerevoli e preziose occasioni di confronto umano e scientifico e per i comuni progetti di ricerca nazionale ed internazionale avviati e conclusi con successo. Dovrei citare tutti, mi limito a chi abbiamo scelto per tener salda la tradizione e per indirizzarci verso nuovi orizzonti: Donatella Morana, Gianpiero Milano, Enrico Gabrielli, Roberto Fiori, Riccardo Cardilli e Luigi Daniele.

Un abbraccio sincero infine a Claudio Franchini e Nino Paolantonio, con la certezza – grazie a loro – che la mia partenza non lascerà lacune e che il legame non sarà reciso.

Roma, 31 luglio 2020

Aristide Police

SEZIONE PRIMA

LEZIONI

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E CORTE COSTITUZIONALE. A PROPOSITO DELLA SENTENZA N. 195 DEL 2019*

MASSIMO LUCIANI

SOMMARIO: 1. Principio di legalità, primato della legge, riserva di legge. – 2. Fonti del diritto e potere. – 3. Principio di legalità e giurisdizione. – 4. Corte costituzionale e principio di legalità.

1. Principio di legalità, primato della legge, riserva di legge

Il principio di legalità non va confuso con quello del primato (o della primazia o della preferenza) della legge, ma ad esso è comunque intimamente legato.

Già Otto Mayer, alla fine dell'Ottocento, nel suo *Deutsches Verwaltungsrecht*, criticava la confusione fra riserva di legge e primato della legge (“*Der Vorbehalt des Gesetzes wird häufig mit dem Vorrang des Gesetzes zusammengeworfen, und zwar in der Weise, daß man die wichtige Thatsache des Vorbehalts ganz übersieht und mit dem Vorrang allein auskommen zu können glaubt*” – “la riserva di legge è sovente frammischiata al primato della legge, ma in modo tale che così si travisa l'importanza della fattispecie della riserva e si pensa di potersela cavare soltanto con il principio del primato”)¹, ma lo stesso – per le ragioni che subito diremo – si deve ripetere per il principio di legalità. Se il

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi in Roma il 17 febbraio 2020 e destinato anche alla raccolta di *Scritti* in onore di Franco Gaetano Scoca. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

¹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, I, p. 74, nt. 10.

contenuto prescrittivo di tale principio è, in definitiva, che “*nessun atto della pubblica Amministrazione è valido se non trova il proprio fondamento nella legge*”², è evidente che già il semplice primato di quest’ultima sugli atti amministrativi, ivi compresi quelli della nomopoiesi, basta a determinare l’invalidità degli atti amministrativi *in contrasto* con quelli legislativi, ma non basta a determinare l’invalidità degli atti amministrativi adottati in *carezza* di un atto legislativo legittimante. Mayer si riferiva alla differenza fra primato e riserva, ma – ora l’accennavo – il discorso può estendersi pianamente al principio di legalità, perché, come osservato da Sergio Fois, l’origine storica del principio di legalità “*sembra da individuarsi in una «riserva» (...) a favore della legge del Parlamento in materia di imposizione dei tributi, di determinazione dei reati e delle pene e di approvazione del bilancio [...]*”³.

Il tema è chiaro: alcuni atti di pubblico potere, considerati di particolare importanza, sono riservati alla legge, intesa come atto in qualche modo sovraordinato agli altri e caratterizzato, appunto, da uno specifico “primato”. Un primato che, dunque, è logicamente antecedente alla (ma proprio per questo è distinto dalla) sua conseguenza, cioè la riserva di legge⁴.

La riserva, a sua volta, è logicamente antecedente al principio di legalità, perché questo, a ben vedere, non è altro che riserva alla legge di quella specifica porzione di attività pubblica che è la fondazione legittimante dell’atto di pubblico potere, in particolare dell’atto amministrativo. L’atto amministrativo, insomma, non si autolegittima, non s’eleva al di sopra della palude tirandosi su pel codino come il noto Barone cantato da

² Anche se si accolgono altre definizioni generali, reperibili nella manualistica di maggior successo (v., ad es., quella secondo cui il contenuto del principio di legalità è che “l’organizzazione e l’attività delle amministrazioni devono risultare conformi alle leggi e alle altre fonti normative ammesse”: F.G. SCOCA - M. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, 1, *Le fonti normative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2019, p. 10), le conclusioni del testo non cambiano.

³ S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 662.

⁴ Si consideri, peraltro, che è ben possibile scegliere come riservatarie delle fonti che non sono sovraordinate a quelle escluse dalla materia riservata.

Rudolf Erich Raspe, ma abbisogna di un previo riconoscimento di potere, di una *Ermächtigung*, da parte della legge.

È corretto, dunque, affermare che il principio di legalità è strettamente legato a quello del primato o della preferenza di legge⁵, ma occorre comprendere che lo è per il tramite di quello di riserva. Il percorso, insomma, a me pare diverso da quello comunemente descritto in dottrina (dal primato al principio di legalità alla riserva di legge), articolandosi in passaggi parzialmente invertiti (dal primato alla riserva di legge al principio di legalità).

2. Fonti del diritto e potere

Tutto questo vale sul piano logico-concettuale. Difficile dire come il percorso si sia articolato su quello storico, perché ogni ordinamento ha conosciuto vicende tutte sue e particolari, non sovrapponibili a quelle degli altri. Certo, in prospettiva storica, la riserva, intesa come affidamento esclusivo o parziale (a seconda che si tratti di riserva assoluta o relativa) di una materia alla legge, costituisce un passo istituzionale più ardito di quello compiuto affermando il principio di legalità, sicché pare essere il portato di ordinamenti più maturamente liberali o liberal-democratici. Tuttavia, se l'estensione della riserva (registrabile proprio nel nostro sistema costituzionale) a ogni campo dell'agire pubblico è effettivamente il risultato *storico* di una profonda evoluzione politica, l'idea di riservare un *quid* alla legge non cessa d'essere l'antecedente *logico* del principio di legalità.

Quel che è certo, è che ci troviamo di fronte a vicende che non possono essere intese se si analizzano sul solo piano del rapporto formale tra fonti o atti giuridici e che vanno inquadrare, invece, nel contesto della forma di governo, della forma di Stato e delle relazioni di potere. Ogni decisione sulle fonti è decisione su forme di manifestazione del potere e ogni spostamento di competenza da una fonte all'altra è spostamento di potere da un centro decisionale all'altro: la stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 171 del 2007, ha ricordato che “è *opinione largamente condivisa che l'assetto delle fonti normative sia uno dei*

⁵ Così ancora S. FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., p. 661.

principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale” e, più in generale, va detto che il diritto costituzionale è *scienza del potere*: prima (si badi) della fondazione del potere legittimo e poi (si badi ancora una volta) della sua limitazione. Una realtà, questa dell’essere scienza del potere (come peraltro lo è anche il diritto amministrativo, i cui confini con quello costituzionale, del resto, sono labili)⁶, che la recente tendenza a produrre una letteratura “rosa” (così Gianni Ferrara) o “harmony” (così Alfonso Di Giovine) della mia disciplina rischia di far dimenticare.

La vicenda del dibattito sulla natura della legge di bilancio, che agitò la dottrina tedesca dell’Ottocento, è, in questa prospettiva, illuminante. Ne do rapidamente e sinteticamente conto, per i più giovani partecipanti a questo corso dottorale, riprendendo testualmente cose già scritte in precedenza⁷.

È sullo *Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung*, sul terreno del confronto e dello scontro fra assemblee rappresentative e potere esecutivo, che si giuoca la grande battaglia della concezione formale o materiale della legge⁸. La teorica delle leggi meramente formali (e, in particolare, l’ascrizione della legge di bilancio a tale categoria, in quanto legge di mera approvazione, espressione – è stato detto – di un’attività im-politica di mero calcolo e registrazione di fatti)⁹ non fu elaborata da Laband avendo d’occhio la sola dommatica delle fonti del diritto, ma prendendo esplicitamente le mosse da una specifica crisi costituzionale (quella prussiana del 1862-

⁶ Non a caso, la recente e migliore manualistica del diritto amministrativo prende le mosse dalle norme costituzionali in materia di pubblica amministrazione (così procede l’A. cui queste pagine sono dedicate (F.G. COCA, *Nozioni introduttive*, 1, *La pubblica amministrazione*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 3) e anche largamente rinvia al diritto costituzionale (V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, VII ed., Torino, 2019, p. 7).

⁷ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 3/2013, pp. 1 ss. e in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Milano, 2015, pp. 1673 ss.

⁸ K. H. FRIAUF, *Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung*, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich, 1968.

⁹ Che il bilancio fosse concepito, da Laband e dai suoi numerosi seguaci, come una “unpolitische Tätigkeit” dice ancora K. H. FRIAUF, *Der Staatshaushaltsplan*, cit., p. 216.

1866)¹⁰ e mirando abbastanza scopertamente alla salvaguardia delle prerogative finanziarie del governo (e quindi del monarca) e del suo potere di spesa anche in assenza di “autorizzazione” grazie all’approvazione della legge di bilancio¹¹. Non diversamente, la tesi di Gneist della supremazia delle leggi “sostanziali” sulla legge (formale) di bilancio¹² non disegnava soltanto un criterio (allo stesso tempo gerarchico e competenziale) per la risoluzione di possibili antinomie tra fonti apparentemente di pari grado, ma tracciava anche i confini del potere parlamentare di condizionare l’esecuzione delle leggi e del potere-dovere del governo di procedervi anche in assenza di una specifica “autorizzazione” in sede di legge di bilancio¹³. Jellinek, a sua volta, nel negare la stessa concepibilità di un rifiuto assoluto, da parte del Parlamento, di votare la legge di bilancio, collegava questa conclusione alla realtà delle emergenti forme di governo rappresentative, nelle quali un comportamento del genere sarebbe stato incomprensibile a causa della disponibilità di strumenti meno invasivi (il voto di sfiducia) e dell’imputabilità non più al governo, ma allo stesso parlamento, di tutti i problemi derivanti dal malfunzionamento della macchina pubblica determinato dal rifiuto (che pertanto sarebbe stato autolesionistico)¹⁴. Anche Haenel e Zorn (ma con loro pure i molti altri che parteciparono alla discussione e che non possono essere qui ricordati) si mossero nella medesima prospettiva di teoria della forma di governo. Così, il primo prendeva le mosse dalla premessa che la proposizione normativa (*Rechtssatz*) è il contenuto necessario di qualunque legge¹⁵, ivi compresa quella

¹⁰ P. LABAND, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Berlin-New York, 1971, rist. dell’ed. 1871, trad. it. di C. FORTE, *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007, p. 5.

¹¹ *Ivi*, pp. 128 ss.

¹² R. GNEIST, *Gesetz und Budget. Constitutionelle Streitfragen aus der preussischen Ministerkrise von März 1878*, Berlin, 1879, trad. it. di C. FORTE, *Legge e bilancio*, Milano, 1997, p. 89.

¹³ R. GNEIST, *Legge e bilancio*, cit., p. 104.

¹⁴ G. JELLINEK, *Legge e decreto*, cit., spec. p. 156: “dove risulta riconosciuto il principio della sovranità popolare, il diritto di autorizzare il bilancio non viene (...) concepito come un diritto di rifiuto”.

¹⁵ A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, in *Studien zum Deutschen Staatsrechte*, Leipzig, 1888, II, p. 346.

di bilancio¹⁶, così negandone la natura di legge meramente formale e giungendo alla conclusione che proprio la legge di bilancio, autentico “Gesamtplan der Finanzverwaltung”¹⁷, è il paradigma della responsabilità del Governo e in primo luogo del Cancelliere¹⁸, responsabilità che è controllata e fatta valere dalle Camere¹⁹. Il secondo, a sua volta, collocava legge (*Gesetz*) e decreto (*Verordnung*) nel *genus* delle leggi in senso ampio, osservando che la prima, se intesa in senso stretto, si differenzia dal secondo solo per caratteristiche formali (e cioè perché è il risultato di un procedimento che prevede la manifestazione della volontà della rappresentanza del popolo)²⁰; qualificava la legge di bilancio come legge a tutti gli effetti²¹; affermava che tale legge può modificare quelle precedenti²²; concludeva che con la legge di bilancio il Governo è obbligato a effettuare le spese e ad acquisire le entrate ivi previste²³ e che se non c'è legge di bilancio il Governo non può né spendere né incassare²⁴.

Una volta esauritasi la fase storica nella quale lo scontro teorico e politico si era consumato, quella controversia non si trasformò in un mero relitto del passato ed è ancora oggi viva e presente. La questione è quella del *luogo* della decisione politica fondamentale, cioè della decisione sulla raccolta e sulla distribuzione delle risorse della comunità politica. Escluso che il Parlamento possa spossessarne il Governo, oggi si tratta di capire in che misura sia capace di condizionarne le scelte e gli indirizzi, costringendolo al confronto pubblico nelle assemblee rappresentative. A me pare evidente che nella nostra esperienza

¹⁶ A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, cit., p. 354. Per questo A., è bene precisare, è proposizione specificamente *normativa* quella che fonda diritti e doveri su (o collega a) un certo stato di fatto (*ivi*, p. 122).

¹⁷ A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, cit., p. 332.

¹⁸ A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, cit., p. 332.

¹⁹ A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, cit., p. 333.

²⁰ P. ZORN, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, *Das Verfassungsrecht*, Berlin, 1895, p. 402.

²¹ “*Der Etat ist (...) Gesetz und hat alle Wirkungen des Gesetzes*”: P. ZORN, *Das Staatsrecht*, cit., p. 446.

²² P. ZORN, *Das Staatsrecht*, cit., p. 447.

²³ P. ZORN, *Das Staatsrecht*, cit., pp. 449 ss.

²⁴ P. ZORN, *Das Staatsrecht*, cit., p. 454. Resta ferma, però, l'efficacia legittimante dello stato di necessità, anche in mancanza di legge di bilancio (*ivi*, p. 460).

costituzionale le scelte relative alle regole di determinazione degli equilibri economico-finanziari siano state sin dall'inizio calibrate anche in ragione di una specifica concezione dei rapporti fra esecutivo e legislativo. Come è stato esattamente rilevato da Marcello Degni, infatti, già i Costituenti fecero valere la “*necessità di attribuire al Governo la responsabilità delle sue scelte finanziarie*”, ma sottoponendola “*al controllo esercitato dal Parlamento*”²⁵, e anche in seguito la discussione sulle politiche di bilancio è stata impostata con un occhio alla ripartizione di attribuzioni fra Parlamento e Governo. Di recente, Marsid Laze ha correttamente inquadrato nella medesima prospettiva la parabola dell'ultima giurisprudenza costituzionale, che ha finalmente definito sostanziale (e non meramente formale) la legge di bilancio, proprio entro il contesto del passaggio a una più aperta e democratica concezione della forma di governo e dei processi decisionali che nel suo seno si dispiegano²⁶.

Certo, la pratica concreta del nostro parlamentarismo non sembra affatto esaltare il ruolo del Parlamento sul terreno delle scelte di bilancio: prima dal centro-sinistra e poi dal centro-destra, non a caso, sono pervenuti alla Corte costituzionale due conflitti di attribuzione che hanno lamentato la sostanziale emarginazione del Parlamento nel procedimento di approvazione della legge di bilancio, conflitti (prevedibilmente) dichiarati inammissibili con due note ordinanze – rispettivamente – del 2019 e del 2020²⁷.

²⁵ M. DEGNI, *La decisione di bilancio nel sistema maggioritario. Attori, istituti e procedure nell'esperienza italiana*, Roma, 2004, p. 98.

²⁶ M. LAZE, *La natura giuridica della legge di bilancio: una questione ancora attuale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, pp. 48 ss.

²⁷ Ord. nn. 17 del 2019 e 60 del 2020. Sull'una e sull'altra v. – rispettivamente – R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*, in *Federalismi*, 4/2019, pp. 1 ss.; ID., *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 16 aprile 2020.

3. Principio di legalità e giurisdizione

Il tema della legalità, sin qui, l'ho declinato nei soli termini del rapporto legge/amministrazione. Il suo aspetto più interessante, però, ai giorni nostri, è forse quello del rapporto legge/giurisdizione. Si tratta di un tema del quale mi sono molto occupato e spero di non tediarvi se anche qui recupero cose già dette.

Che il tema della giurisdizione non possa essere troppo radicalmente separato da quello dell'amministrazione è consustanziale alla natura profonda delle due funzioni.

Già Locke, fondatore della moderna dottrina della divisione dei poteri, disegnava, nel Cap. XII del secondo *Treatise*, un modello nel quale il giudiziario non era menzionato, ma implicitamente rientrava entro il potere esecutivo, chiamato a vigilare "all'esecuzione delle leggi". E un secolo e mezzo più tardi, Hegel, nei *Lineamenti di filosofia del diritto*²⁸, entro una concezione che negava la divisione dei poteri in quanto divisione (in quanto – cioè – "autonomia assoluta dei poteri, l'uno di fronte all'altro"), capace di distruggere l'unità dell'organizzazione statale (§272: un tema che sarà ripreso, in ancor più corrusca chiave, da Carl Schmitt nel primo trentennio del Novecento), identificava tre poteri dello Stato, concepiti come mere funzioni, diversi da quelli indicati nella fortunata sistemazione montesquieuiana: il legislativo, l'esecutivo e il sovrano, affidando al secondo la "sussunzione delle sfere *particolari* e dei casi singoli sotto l'universale" (§273, ma anche §283), e precisando che "dalla decisione è distinta l'esecuzione" (consistente nella "applicazione delle decisioni del principe") e che "questo compito della sussunzione in generale comprende in sé il *potere governativo*, nel quale sono compresi il potere giudiziario e quello di *polizia*" (§287).

La giurisdizione, come l'amministrazione, è applicazione ("esecuzione" dicevano gli autori meno recenti) della legge, sicché il tema dell'estensione del principio di legalità alla

²⁸ I passi citati nel testo sono tratti dalla traduzione italiana di F. MESSINEO, Roma-Bari, 1974. Si noterà che questa posizione, probabilmente antiliberal, non è necessariamente antidemocratica. Lo è solo a condizione che non sia democratica la politica cui essa subordina la giurisdizione.

giurisdizione si pone appieno. Del resto, l'art. 101 Cost., fissando il principio della soggezione del giudice alla sola legge non rappresenta forse la disposizione che, secondo autorevole dottrina²⁹, più d'ogni altra avrebbe formalizzato il principio di legalità nel nostro ordinamento costituzionale? Eppure, qui s'annida la più rischiosa delle derive dell'attuale dottrina, costituzionalistica e non solo. Mi riferisco al grande tema della natura asseritamente creativa, nomopoietica, della giurisprudenza. Qui ho scritto talmente tanto che non intendo tornare su cose già mille volte trattate. Mi limito, in sintesi, a ricordare quanto segue, riprendendo rapidissimamente e apoditticamente cose più distesamente e (spero) motivatamente scritte in una voce dell'*Enciclopedia del diritto*³⁰ e dette nel Convegno di Modanella dello scorso anno (e pubblicate ora in *Questione giustizia*) a proposito dell'errore di diritto³¹. In sintesi:

a) il *creazionismo giuridico*³² è segnato da gravi aporie;

b) quando si presenta nella forma del *creazionismo integrale*, esso muove dal postulato che creatore della norma non sia il legislatore, ma l'interprete, finendo per qualificare fonti del diritto in senso proprio (cioè strumenti autenticamente produttivi di "norme") le sentenze;

c) quando si presenta nella forma del *creazionismo moderato*, esso si limita a postulare che nell'attività interpretativa sono ravvisabili momenti creativi;

d) in entrambe queste forme di manifestazione, il creazionismo si distingue sia dal ben più moderato (e convincente) indirizzo che constata come il fenomeno giuridico sia alimentato anche dalla giurisprudenza (il che peraltro è ovvio, perché lo stesso potrebbe dirsi per l'amministrazione o per

²⁹ S. FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., pp. 682 ss.

³⁰ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, Vol. IX, Milano, 2016, pp. 391 ss.; Id., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 3/2013, pp. 1 ss. e in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pp. 1673 ss.

³¹ M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 3/2019, pp. 16 ss.

³² La terminologia è simile a quella di L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018. Preferisco parlare, però, di creazionismo "giuridico" (e non "giudiziario") perché la questione riguarda tutti gli interpreti e non il solo giudice (per quanto i creazionisti lo collochino su un piano di assoluto spicco).

l'attività dei privati), sia dalla dottrina del diritto vivente (stando alla quale la norma *vive* nell'interpretazione che la giurisprudenza ne dà)³³, sia dalla posizione di chi, pur sostenendo che “il significato della norma si ricava *soprattutto* [dunque non “solo”] osservando la quotidiana opera del giudice”³⁴, riconosce che la supplenza nomopoietica del giudice è patologica e la giustifica solo in forza della crisi della legislazione³⁵;

e) il creazionismo presuppone la distinzione fra disposizione e norma, dandosi la seconda – si dice – solo a seguito dell'intervento dell'interprete, anzi in particolare del giudice;

f) tale distinzione, per quanto sia patrocinata dall'autorità di Crisafulli, non può più essere sostenuta;

g) il giudice non può creare la norma anche (ma non solo) per la semplice ragione che, se questa è intesa come il significato di un enunciato, quel che il giudice produce altro non è che un altro enunciato, ch'esso pure è interpretando.

Stando così le cose, il ritorno a una più prudente concezione dei rapporti fra legislatore e giudice si impone, almeno se si vuole portare a effetto il principio di legalità, in una con quello (che ne costituisce il risvolto istituzionale) della divisione dei poteri.

4. Corte costituzionale e principio di legalità

Se ora ci poniamo all'esame della giurisprudenza costituzionale sul principio di legalità, registriamo un evidente alternarsi di posizione garantiste e rigorose e d'altre permissive e flessibili. Nello stesso campo del diritto penale, al rigore

³³ In questo senso, da ultimo, G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, p. 20.

Il diritto vivente è ora concepito come “Un diritto che, pur nei limiti più o meno elastici fissati di volta in volta dal legislatore, si fonda su opzioni interpretative che hanno radice appunto nei valori culturali espressi dalla società; valori che il giudice (ed il giurista in genere) deve perciò saper cogliere con attenzione, intelligenza ed equilibrio” da R. RORDORF, *Magistratura. Giustizia. Società*, Bari, p. 71.

³⁴ F. PATRONI GRIFFI, *Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica*, in *Lo Stato*, 12/2019, p. 369 (cors. mio).

³⁵ V. ancora F. PATRONI GRIFFI, *Interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 376: affermando che “nella fisiologia la produzione del diritto spetta al legislatore”, infatti, si dà per scontato che la creazione giudiziaria sia una contingente patologia, sia pure – diciamo così – “a fin di bene”.

dimostrato nel c.d. “caso Taricco”, nel quale il principio di legalità delle pene è stato fatto coraggiosamente valere anche in contrasto con la Corte di giustizia, si contrappongono significativi cedimenti, come talora accade con la giurisprudenza sulle norme penali in bianco o con quella sul difetto di determinatezza del precetto penale. Per rappresentare plasticamente la variabilità degli indirizzi giurisprudenziali della Corte prendo, però, due sentenze in materia non penale. Una è stata scelta dagli organizzatori di questo incontro ed è la sent. n. 195 del 2019. L'altra è la sent. n. 383 del 1998. Entrambe sono sentenze nelle quali sono stato avvocato, ma confido che si vorrà credere alla mia neutralità di giudizio, pur se ora ne proporrò una valutazione. Parto dalla sentenza più risalente.

i) La sent. n. 383 del 1998 ebbe a che fare con il tema del c.d. “numero chiuso” nell'accesso ai corsi universitari. Alcuni TAR avevano dubitato della costituzionalità dell'art. 9, comma 4, della legge 19 novembre 1990, n. 341 (Riforma degli ordinamenti didattici universitari), come modificato dall'art. 17, comma 116, della legge 15 maggio 1997, n. 127, fra l'altro, nella parte in cui confidava (cito dalla stessa pronuncia) *“un libero potere del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, relativamente alla determinazione delle scuole e dei corsi universitari ad accesso limitato”*, per rapporto al rispetto della riserva di legge in materia. La risposta della Corte fu – a mio avviso – davvero singolare.

Le premesse, in realtà, erano pienamente condivisibili. In particolare, nulla da dire su ciò che:

a) *“l'accesso ai corsi universitari è materia di legge”*;

b) *“gli artt. 33 e 34 della Costituzione pongono i principi fondamentali relativi all'istruzione con riferimento, il primo, all'organizzazione scolastica (...) il secondo, ai diritti di accedervi e di usufruire delle prestazioni che essa è chiamata a fornire”*;

c) *“organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione”*;

d) *“per l’anzidetto rapporto di necessaria reciproca implicazione, l’organizzazione [dell’università] deve considerarsi anche sul suo lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi. La necessità di leggi dello Stato, quali limiti dell’autonomia ordinamentale universitaria, vale pertanto sia per l’aspetto organizzativo, sia, a maggior ragione, per l’aspetto funzionale che coinvolge i diritti di accesso alle prestazioni”*;

e) spetta dunque *“alla responsabilità del legislatore statale la predisposizione di limiti legislativi all’autonomia universitaria relativi tanto all’organizzazione in senso stretto, quanto al diritto di accedere all’istruzione universitaria, nell’ambito del principio secondo il quale «la scuola è aperta a tutti» (art. 34, primo comma) e per la garanzia del diritto riconosciuto ai «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi» «di raggiungere i gradi più alti degli studi» (art. 34, terzo comma)”*;

f) *“la conclusione che ne deriva è che i criteri di accesso all’università, e dunque anche la previsione del numerus clausus non possono legittimamente risalire ad altre fonti, diverse da quella legislativa”*.

Tutto bene, dunque? No. Anzi, il povero avvocato che sin qui aveva letto con piacere, visto che sosteneva la tesi dell’illegittimità costituzionale delle norme censurate, avrebbe dovuto rapidamente constatare che alle premesse non sarebbe conseguita quella che allora gli parve e tuttora gli pare, pur quando indossa panni diversi da quelli forensi, la logica conclusione.

La conclusione, appunto, non fu la declaratoria d’incostituzionalità, ma fu quella che la riserva di legge (ma anche lo stesso principio di legalità) era stata, in realtà, osservata. La Corte riconobbe che la materia è coperta da riserva di legge, ancorché “relativa” (tale cioè che l’*“attività normativa secondaria [può] legittimamente essere chiamata dalla legge stessa a integrarne e svolgerne in concreto i contenuti sostanziali, quando – come nella specie – si versi in aspetti della materia che richiedono determinazioni bensì unitarie, e quindi non rientranti nelle autonome responsabilità dei singoli atenei, ma anche tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni*

legislative”). Rilevò anche, però, nella specie, che “*la disposizione di legge sottoposta al controllo di costituzionalità attribuisce al Ministro dell’università e della ricerca scientifica e tecnologica il potere di disciplinare con proprio atto l’accesso alle scuole di specializzazione e ai corsi universitari*”, potere che la legge censurata non delimitava adeguatamente. Tale legge, tuttavia, doveva essere interpretata “*nel senso che il potere ch’essa afferma essere conferito all’amministrazione non sia libero*”. Per non renderlo libero, “*occorre che la disposizione che lo riconosce sia integrata da altre determinazioni che lo circoscrivano*”. Determinazioni che “*possono essere ricavate, e così le esigenze della riserva di legge possono essere soddisfatte, con riferimento all’ordinamento nel suo insieme e non devono necessariamente essere contenute nella disposizione specifica istitutiva del potere dell’amministrazione ch’esse valgono a limitare*”.

Si capiva, a questo punto, dove si sarebbe andati a parare: il limite del potere amministrativo si sarebbe potuto desumere *aliunde* e la carenza della legge che lo conferiva sarebbe stata “sanata” dalle indicazioni provenienti da *altri* atti normativi.

Ora, già questa affermazione lasciava perplessi, perché un’interpretazione rigorosa della riserva di legge e del principio di legalità vuole che sia *il legislatore in sede di conferimento del potere* e non *l’interprete in sede di applicazione della norma* a identificare, di tale potere, i limiti. Quel che più conta, però, è che la Corte, con affermazione che tuttora mi appare mirabolante, desunse i limiti ordinamentali italiani da... norme comunitarie (oltretutto recate da direttive e non da regolamenti)!

“*Vengono in considerazione*”, disse infatti la sentenza “*e hanno valore decisivo varie direttive (78/686/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978; 78/687/CEE del Consiglio, di pari data; 78/1026/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1978; 78/1027/CEE del Consiglio, di pari data; 85/384/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1985; 89/594/CEE del Consiglio, del 30 ottobre 1989 e 93/16/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993)*”, direttive che “*vincolano gli Stati membri cui sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse richiedono dunque attuazione, da parte del legislatore e dell’amministrazione, secondo le regole*

costituzionali che ne configurano i poteri e ne disciplinano i rapporti". Tali direttive "hanno trovato attuazione nei decreti legislativi 27 gennaio 1992, n. 129 e 2 maggio 1994, n. 353", i quali "dettano analitiche discipline relativamente al riconoscimento dei titoli rilasciati dalle università e al diritto di stabilimento dei professionisti e, quanto alla garanzia degli standard di formazione universitaria che condizionano il reciproco riconoscimento dei titoli accademici, richiamano gli obiettivi delle direttive".

Orbene, "tali obiettivi, obbligatori per lo Stato in forza dell'art. 189 del Trattato CEE, valgono per dettato legislativo – indipendentemente dalla loro forza cogente diretta – nei confronti dell'amministrazione, comportando che i poteri di cui essa sia dotata, nella materia oggetto di direttive, sono da esercitare secondo gli obblighi di risultato che la normativa comunitaria impone, non rilevando poi la circostanza che tali poteri siano definiti in occasione della attuazione delle direttive medesime o siano legislativamente previsti – come è nella specie – altrimenti". Insomma: il vincolo per l'amministrazione è semplicemente l'"obbligo di risultato" imposto dalle direttive.

A me pare che l'errore della pronuncia sia duplice. Infatti:

a) un semplice obbligo di risultato non può mai integrare la congrua delimitazione del potere amministrativo, perché tale delimitazione concerne specificamente la discrezionalità, che, essendo appunto perseguimento del risultato, non è effettivamente delimitata dalla semplice indicazione del risultato stesso, ma richiede l'imposizione di pur minimi criteri per suo perseguimento;

b) poiché il principio di legalità e la riserva di legge, come abbiamo visto, sono strumenti che operano sul piano delle fonti, ma determinano effetti su quello della forma di governo e della forma di Stato, il loro rispetto non può mai essere desunto da una fonte esterna al nostro ordinamento, men che meno da una fonte dell'ordinamento comunitario (ora eurounitario) che, come è noto, non conosce l'istituto della "legge" in senso proprio.

ii) Altra musica, è il caso di dirlo, nella sent. n. 195 del 2019. Qui si trattava di numerose impugnazioni regionali avverso il c.d. "decreto sicurezza", cioè il d.l. n. 113 del 2018. La sorte di queste impugnazioni regionali, considerato l'oggetto del nostro incontro, ci interessa solo limitatamente al ricorso proposto dalla

Regione Umbria, ove era stato censurato l'art. 28, comma 1, del decreto legge, che aveva inserito – nell'art. 143 del t.u. enti locali, relativo allo scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso – un nuovo comma (il 7-bis), a tenor del quale *“nell’ipotesi di cui al comma 7, qualora dalla relazione del prefetto emergano, riguardo ad uno o più settori amministrativi, situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali da determinare un’alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l’imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati, il prefetto, sulla base delle risultanze dell’accesso, al fine di far cessare le situazioni riscontrate e di ricondurre alla normalità l’attività amministrativa dell’ente, individua, fatti salvi i profili di rilevanza penale, i prioritari interventi di risanamento indicando gli atti da assumere, con la fissazione di un termine per l’adozione degli stessi, e fornisce ogni utile supporto tecnico-amministrativo a mezzo dei propri uffici. Decorso inutilmente il termine fissato, il prefetto assegna all’ente un ulteriore termine, non superiore a 20 giorni, per la loro adozione, scaduto il quale si sostituisce, mediante commissario ad acta, all’amministrazione inadempiente. Ai relativi oneri gli enti locali provvedono con le risorse disponibili a legislazione vigente sui propri bilanci”*.

La Corte ha ritenuto che le censure fossero fondate, sulla base di un articolato ragionamento che così possiamo sintetizzare:

a) il legislatore ha disegnato *“un potere prefettizio sostitutivo extra ordinem, ampiamente discrezionale, sulla base di presupposti generici e assai poco definiti, e per di più non mirati specificamente al contrasto della criminalità organizzata; ossia complessivamente in termini tali da non essere compatibili con l’autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali”*;

b) l’incompatibilità è dovuta, in parte, all’irragionevolezza intrinseca della previsione normativa. Infatti, *“essa affianca, al presupposto negativo della mancanza di «concreti, univoci e rilevanti» elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso, un presupposto positivo: il riscontro di «situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi*

e reiterate, tali da determinare un'alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati», ma entrambi questi presupposti devono sussistere, senza che *“il dato testuale della disposizione evidenzi, in realtà, alcuna connessione logica o causale tra loro, che non sia la loro mera sequenzialità temporale”*;

c) quel che più conta ai nostri fini, si deve registrare *“l'assoluta genericità della definizione di tale presupposto positivo del potere sostitutivo introdotto dalla disposizione censurata”*;

d) infatti, *“il presupposto positivo del potere sostitutivo prefettizio è disegnato dalla disposizione censurata in termini vaghi, ampiamente discrezionali e certamente assai meno definiti di quelli del potere governativo di scioglimento dei consigli comunali e provinciali, pur essendo il primo agganciato a quest'ultimo come occasionale appendice procedimentale”*;

e) per soprammercato, *“l'insufficiente determinazione del presupposto del potere sostitutivo risulta (...) aggravata dalla latitudine del suo contenuto atipico e indifferenziato, mentre – ha affermato questa Corte (sentenza n. 115 del 2011) – ogni potere amministrativo deve essere «determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»*;

f) invero, *“quanto più il potere sostitutivo, incidente nell'autonomia dell'ente locale territoriale, presenta una connotazione di discrezionalità nei presupposti e nel contenuto, tanto più il livello di assunzione di responsabilità si eleva da quello amministrativo (provvedimento del prefetto) a quello politico (deliberazione del Governo)”* e *“la garanzia costituzionale di autonomia degli enti locali territoriali (Comuni, Province e Città metropolitane) richiede non solo che i presupposti di tali poteri sostitutivi, incidenti nell'attività dell'ente, siano sufficientemente determinati dalla legge, ma anche che l'eventuale sostituzione a organi dell'ente rispetti il canone dell'art. 120, secondo comma, Cost., integrato dalla norma di attuazione di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3),*

sull'assunzione a livello governativo della responsabilità per l'esercizio di tali poteri";

g) conseguentemente, risulta provata l'incompatibilità *"di tale potere sostitutivo extra ordinem, in primo luogo, con il principio di legalità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nonché con l'autonomia costituzionalmente garantita che la Repubblica promuove e riconosce agli enti locali territoriali (art. 5 Cost.)"*.

È evidente che questa pronuncia è segnata da un rigore che la sent. n. 338 del 1998 non conobbe. Segnalo, in particolare, tre punti.

In primo luogo, il fatto che la Corte desuma il principio di legalità dall'art. 97 della Costituzione. Abbiamo visto che autorevole dottrina l'ha tratto, invece, dall'art. 101 Cost., ma è noto che sul punto non vi è unitarietà di pensiero, né in dottrina né in giurisprudenza. A mio avviso, anzi, una posizione più eclettica, che evinca il principio dal combinato disposto degli artt. 1, 23, 97 e 101 Cost., si fa preferire.

Poi la distinzione, che qui pare avanzarsi, fra atti politici e atti propriamente amministrativi. I primi attratti nella sfera del Governo; gli altri in quella dell'amministrazione. Con l'implicita conseguenza, parrebbe, che il sindacato sugli atti politici dovrebbe ispirarsi a paradigmi diversi da quelli cui si conforma l'ordinario sindacato sugli atti amministrativi. Cosa, questa, assai significativa, visto che, come è noto, nella sent. n. 81 del 2012, occupandosi delle c.d. "quote rosa" nelle giunte regionali, la Corte aveva detto che *"l'affermazione della ricorrente, quanto all'esistenza di spazi riservati alla scelta politica, è condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo. Ciò nondimeno, gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate"*.

Infine, ed è la cosa che qui massimamente interessa, il rigore nella configurazione del principio di legalità. Perché esso sia rispettato non basta una *formale* attribuzione di potere, ma occorre la *sostanziale* delimitazione della discrezionalità che ne caratterizza l'esercizio. Il passaggio dalla concezione formale a quella sostanziale del principio di legalità, che peraltro è possibile leggere, in parallelo, anche nell'approdo degli ordinamenti anglosassoni al *substantive due process*, sembra finalmente compiuto.

Possiamo, allora, salutare con favore questa pronuncia, ma senza dimenticare che di passi indietro, purtroppo, potremo ancora conoscerne, così come già ne abbiamo conosciuti. È compito della dottrina incalzare la giurisprudenza per costringerla a non farne, recuperando quel ruolo di guida che un tempo le competeva e che oggi sembra aver smarrito anche per sua colpevole subalternità culturale.

LA NUOVA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE: UNA RIFORMA PREOCCUPANTE*

GIAN LUIGI GATTA

SOMMARIO: 1. Una nuova riforma della legittima difesa domiciliare, tredici anni dopo. Alcune riflessioni, preliminari, sul metodo di una riforma estensiva della scriminante. – 2. Gli obiettivi e i contenuti della riforma. – 3. La difesa è “sempre” legittima (art. 52, co. 2) – 4. La presunzione di legittima difesa (art. 52, co. 4 c.p.) – 5. Il “grave turbamento” come scusante (art. 55, co. 2 c.p.). – 6. Profili di responsabilità civile. – 7. Alleggerimento del peso del processo penale. – 8. Considerazioni critiche. – 9. Prospettive.

1. Una nuova riforma della legittima difesa domiciliare, tredici anni dopo. Alcune riflessioni, preliminari, sul metodo di una riforma estensiva della scriminante.

A tredici anni di distanza dalla riforma della legittima difesa, realizzata nel 2006 con l'introduzione dell'ipotesi della legittima difesa domiciliare (art. 52, co. 2 e 3 c.p.)¹ – ad opera della maggioranza di centro-destra che all'epoca sosteneva il Governo Berlusconi –, la l. 26 aprile 2019, n. 36 ha introdotto una nuova riforma dello stesso istituto. Dopo essere stata annunciata nel “contratto” di governo stipulato dalle forze politiche che diedero vita al Governo Conte I²– Lega e Movimento Cinque Stelle –, la

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi in Roma il 21 maggio 2019. Contributo non sottoposto a referendum in quanto proveniente da autore di chiara fama.

¹ Il riferimento è alla l. 13 febbraio 2006, n. 59.

² Il riferimento è al c.d. Contratto per il Governo del cambiamento, pubblicamente sottoscritto dai leader della Lega e del Movimento Cinque

riforma è giunta in porto quale sintesi di alcuni progetti di legge presentati in Parlamento subito dopo l'inizio dell'attuale legislatura (XVIII). Si trattava di progetti di riforma volti ad *estendere la legittima difesa* – ancora una volta, nel domicilio e nei luoghi di privata dimora – cioè ad *ampliare le ipotesi in cui la vittima di un'aggressione possa lecitamente reagire*.

Il dibattito sulla riforma della legittima difesa, che ha occupato la prima parte della legislatura in corso, e che è culminato con l'approvazione della riforma in commento, non è nuovo: non si è infatti mai sopito dopo l'approvazione della legge del 2006 ed è rimasto al centro tanto delle cronache giudiziarie, quanto dell'agone politico. Basti pensare, a tale ultimo proposito, che dal 2006 ad oggi non è passata una legislatura senza che non sia stato presentato in Parlamento un disegno di legge di riforma dell'istituto. Salvo eccezioni³, non si è trattato di progettate contro-riforme, cioè di iniziative volte a *restringere* i margini della difesa legittima, rispetto all'intervento – ampliativo – realizzato nel 2006 con la l. n. 59 attraverso la previsione di una inedita presunzione di proporzione tra difesa offesa. Si è trattato invece di proposte volte in vario modo ad andare *oltre* la riforma del 2006, nel tentativo di *ampliare ulteriormente i margini della difesa legittima* e di mettere al riparo la vittima di aggressioni nel domicilio – il cittadino “innocente” – da possibili responsabilità per il ferimento o l'uccisione a mano armata dell'aggressore – il “delinquente”.

Questa ansia riformista della legittima difesa, che caratterizza quanto meno l'ultimo decennio, può essere spiegata in vario modo. Ciò che è certo – come mostrano i risultati delle ultime elezioni politiche, che hanno visto vincere forze politiche che sostengono la riforma in senso estensivo dell'istituto – è che chi promette l'impunità all'onesto cittadino che si difende dai “delinquenti” veicola un messaggio semplice, diretto, viscerale, che intercetta un elementare, istintivo favore del cittadino-elettore, nonché una diffusa istanza sociale di maggiore sicurezza, a fronte di una criminalità comune che appare o è

Stelle, Matteo Salvini e Luigi Di Maio, attuali Vice Presidenti del Consiglio dei Ministri. Il documento può essere ad es. letto in https://images2.corriereobjects.it/Media/pdf/contratto_governook.pdf.

³ Cfr. ad es., nella XV Legislatura, il d.d.l. n. 1197 presentato il 29 novembre 2006 dalla Sen. Maria Luisa Boccia (esponente della sinistra).

sempre più violenta. La riforma della legittima difesa, in tempi di crisi economica, è *apparentemente* a costo-zero (diversamente da molte altre riforme che pur interesserebbero l'onesto cittadino: ad es., in materia di contribuzione fiscale, di assistenza sanitaria e previdenza sociale o di infrastrutture e opere pubbliche). È una riforma che non incide sulla finanza pubblica e, al tempo stesso, appaga ansie securitarie diffuse nell'opinione pubblica: chi si presenta agli elettori proponendo di estendere i margini della legittima difesa generalmente trova consenso in buona parte dell'opinione pubblica. In Italia come altrove – emblematica è la situazione negli Stati Uniti – le proposte di riforma in senso estensivo della legittima difesa incarnano un *furore populistico* che, al giorno d'oggi, paga elettoralmente. Ecco spiegato il fiorire di disegni di legge, che gli esponenti dei diversi schieramenti si affrettano a presentare in Parlamento fin dall'inizio delle legislature (come se la riforma della legittima difesa fosse un affare particolarmente urgente, il che per fortuna non sembra trovare riscontro empirico, considerando anche solo che secondo le statistiche del Ministero dell'Interno il numero di omicidi, rapine e furti sarebbe attualmente in calo⁴). Non si tratta, si badi, di proposte presentate solo da esponenti delle forze di centro-destra, storicamente più sensibili alle istanze securitarie. Basti pensare che, dopo la legge di centro-destra del 2006, il tentativo di riforma più prossimo ad andare in porto è stato costituito nella scorsa legislatura dal disegno di legge Ermini (n. 3785) approvato solo in prima lettura dalla Camera il 4 maggio 2017 con i voti favorevoli (e decisivi) della principale forza di centro-sinistra (il Partito Democratico) e addirittura con i voti *contrari* delle principali forze di centro-destra (Forza Italia, Movimento Cinque Stelle, Lega e Fratelli d'Italia). Anche in quel caso si trattava di un'iniziativa volta ad estendere la legittima difesa nel domicilio, andando oltre la riforma del 2006.

Beninteso: che le forze politiche – di destra o di sinistra – cerchino di intercettare il consenso degli elettori e di soddisfare le istanze sociali è ragionevole e perfettamente comprensibile. Quando però si tratta di istanze securitarie in buona parte alimentate ad arte, e che ci si propone di soddisfare mettendo

⁴ Cfr. in *interno.it* i dati sull'andamento della delittuosità riportati nel *Dossier Viminale Ferragosto 2019*.

mano a uno dei più classici istituti del diritto penale, le ragioni di inquietudine però sono molte: come cittadini, prima ancora che come giuristi, dobbiamo seriamente preoccuparci⁵. Il rischio è infatti che sull'altare del populismo⁶ (o, comunque, della ricerca del consenso elettorale) possa essere sacrificato un fondamentale principio di civiltà e di cultura del diritto: il *rispetto della vita come fondamentale diritto dell'uomo, compreso il "delinquente"*. È questo il *reale costo* – quanto meno in termini di rischio – di una riforma in senso estensivo della legittima difesa: un pesante costo sociale e culturale. Ogni riforma in senso estensivo della legittima difesa dovrebbe implicare infatti la risposta, meditata, a domande cruciali: fino a che punto e a quali condizioni siamo disposti a ritenere *giustificato*, cioè *socialmente accettabile*, il sacrificio della vita dell'aggressore. Fino a che punto e a che condizioni siamo disposti ad accettare – se lo siamo – che quell'omicidio possa restare impunito anche se difettano gli ordinari e classici requisiti della legittima difesa: la *necessità* di difendersi dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui e la *proporzione* tra i beni in gioco (quello dell'agredito, messo in pericolo, e quello dell'aggressore, sacrificato). Fino a che punto siamo disposti ad accettare che la legittima difesa possa essere oggetto di presunzioni legali, cioè operare in automatico, a prescindere da un accertamento concreto, caso per caso, rimesso all'apprezzamento di un giudice. E fino a che punto potremmo addirittura essere disposti, come taluni sono arrivati a proporre, a rinunciare a un procedimento penale per l'accertamento di quell'omicidio.

Riformare la legittima difesa significa porsi preliminarmente cruciali domande di ordine etico-morale e significa anche decidere, nella prospettiva del diritto, fino a che punto è conforme ai principi del sistema – o comunque alla

⁵ Per un'analogia considerazione, nella dottrina statunitense, cfr. J. DRESSLER, *Feminist (or "Feminist") Reform of Self-Defense Law: some Critical Reflections*, in *Marquette Law Review*, 2010, p. 1476: "any effort to expand the legal use of deadly force is surely a matter about which we should have considerable concern".

⁶ Per questa prospettiva, anche e proprio con riferimento alla riforma della legittima difesa, v. E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa giallo-verde*, 2019.

civiltà giuridica nella quale si intende vivere – estendere l'*eccezione* (l'omicidio giustificato, considerato dallo Stato *la cosa giusta da fare* o comunque una cosa permessa) a discapito della *regola* (uccidere un uomo è un reato). In un mondo nel quale è sempre più facile procurarsi delle armi, in modo lecito o illecito – addirittura fabbricandole artigianalmente attraverso stampanti 3D⁷ – la possibilità di un uso sempre più *disinvoltato* delle stesse, da parte dell'agredito come anche dell'aggressore, non può non destare serie preoccupazioni. E a chi fosse incline a mettere da parte simili preoccupazioni pensando che il rapinatore o il ladro che cadono vittima del rapinato o del derubato, in fondo, "se la sono cercata" (hanno visto concretizzarsi una sorta di rischio professionale), si può brutalmente replicare che quel rapinatore o quel ladro – ucciso in una situazione di difesa che è considerata necessaria e/o proporzionata solo attraverso una finzione giuridica – potrebbe essere il proprio figlio, freddato nell'atto di compiere una bravata con un'arma giocattolo (come nel noto caso Re Cecconi), oppure uno zingarello o uno sbandato disarmato, entrato dalla finestra di un'abitazione per rubare pochi spiccioli, o una bibita da uno scaffale di un negozio. Davvero si può accettare che la vita umana, anche quella di chi ha violato la legge penale, possa essere sacrificata legittimamente per così poco e che valga quindi così poco? È davvero un simile messaggio culturale che vogliamo veicolare, in un paese che, tra l'altro, fa da tempo i conti con la violenza armata della criminalità organizzata e il relativo disprezzo della vita e della persona umana? La mia personale risposta è certamente no. Sottoscrivo quel che ha detto un illustre penalista americano, a proposito di un analogo *trend* che, negli Stati Uniti, sta portando nell'ultimo decennio a una significativa estensione della legittima difesa, "*I prefer a society that does not treat humans as no better than noxious insects*"⁸.

Certo, si potrebbe obiettare che il valore della vita umana è preso in considerazione dai fautori dell'estensione della legittima difesa nella misura in cui la riforma mira a tutelare *la vita*

⁷ Cfr. F. SARCINA, *Armi stampate in 3D, come funzionano e quanto sono pericolose*, in *ilsole24ore.it*, 1° agosto 2018.

⁸ J. DRESSLER, *Feminist (or "Feminist") Reform of Self-Defense Law*, cit., p. 1491.

dell'agredito. Non a caso i lavori parlamentari che hanno portato alla l. n. 36/2019 iniziarono, nella Commissione Giustizia del Senato⁹ – quasi a voler mettere le mani avanti –, con riferimenti al Catechismo della Chiesa Cattolica e al pensiero (ivi richiamato) di S. Tommaso D'Aquino. Senonché anche secondo il Catechismo della Chiesa Cattolica e S. Tommaso d'Aquino la tutela della vita dell'agredito, mediante il sacrificio di quella dell'aggressore, si giustifica dal punto di vista morale (prima ancora che giuridico) solo se è *necessaria*¹⁰, circostanza che richiede di essere valutata caso per caso e che mal si presta a presunzioni, che la riforma in cantiere vorrebbe invece introdurre.

Insomma, riformare la legittima difesa è operazione complessa ed estremamente delicata, che mal si presta all'alterco politico e a facili slogan. Il rischio di derive rispetto alla civiltà del diritto, come mostra l'esperienza di altri ordinamenti, è serio e concreto. Un legislatore accorto, oggi, ne dovrebbe avere la consapevolezza e dovrebbe valutare con attenzione *se esiste una soluzione tecnico-normativa* che consenta di venire incontro all'istanza sociale sottesa alla riforma senza però sconvolgere il sistema o cozzare contro principi fondamentali, di rango costituzionale, quale è quello del carattere inviolabile del diritto alla vita umana (art. 2 Cost.), sacrificabile solo quando, con le parole della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 2) il ricorso alla forza si sia reso “assolutamente necessario per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale”.

⁹ Cfr. il resoconto della seduta n. 9 del 18 luglio 2018, in *senato.it*.

¹⁰ Cfr. il par. 2264 del Catechismo: “L'amore verso se stessi resta un principio fondamentale della moralità. È quindi legittimo far rispettare il proprio diritto alla vita. Chi difende la propria vita non si rende colpevole di omicidio anche se è costretto a infliggere al suo aggressore un colpo mortale” (corsivo nostro). Segue poi subito dopo, nel citato passo del Catechismo, la seguente citazione di S. Tommaso d'Aquino (*Summa theologiae*, II-II, q. 64, a. 7, c: Ed. Leon. 9, 74): “*se uno nel difendere la propria vita usa maggior violenza del necessario, il suo atto è illecito. Se invece reagisce con moderazione, allora la difesa è lecita [...]. E non è necessario per la salvezza dell'anima che uno rinunci alla legittima difesa per evitare l'uccisione di altri: poiché un uomo è tenuto di più a provvedere alla propria vita che alla vita altrui*” (corsivo nostro).

Ciò senza dimenticare, infine, sotto il profilo criminologico, che una riforma in senso estensivo della legittima difesa porta con sé un altro costo: quello di un certo numero di omicidi o comunque di fatti violenti in più che la vittima “innocente” di aggressioni è di fatto invitata a commettere, senza pensarci due volte. Più i margini della legittima difesa sono ampi, più è probabile che l’agredito, consapevole dell’impunità, si difenda in modo violento, non necessario o proporzionato. Anche in questo caso vi è da chiedersi se si tratti di un costo che vogliamo davvero sopportare e, se sì, a quali condizioni.

2. Gli obiettivi e i contenuti della riforma.

Preliminarmente va precisato che la riforma del 2019 riguarda *esclusivamente* la legittima difesa nel domicilio: abitazioni, e altri luoghi di privata dimora, compresi quelli in cui vengono svolte attività commerciali, professionali o imprenditoriali. Fin qui nulla di nuovo: già la riforma del 2006 – non sostituita da quella odierna e che per prima disciplinò la legittima difesa domiciliare negli artt. 52, co. 2 e co. 3 c.p. (ai tempi del Governo Berlusconi) –, ne aveva individuato l’ambito in relazione ai luoghi medesimi. Fuori dall’ipotesi della legittima difesa nel domicilio, pertanto, i presupposti e i requisiti della scriminante restano quelli scolpiti nel primo comma dell’art. 52 c.p. (pericolo attuale di un’offesa ingiusta per un diritto proprio o altrui; difesa necessaria e proporzionata all’offesa). Non hanno infatti avuto fortuna quei progetti (d.d.l. n. S. 563 Gasparri e n. C. 580 Gelmini), presentati nel corso dei lavori parlamentari, volti a incidere radicalmente sull’assetto complessivo della disciplina della legittima difesa, trasformata retoricamente, sin dalla rubrica dell’art. 52 c.p., in “diritto di difesa”, con generale eliminazione di fondamentali requisiti: la necessità della difesa, l’ingiustizia dell’offesa, la proporzione tra difesa e offesa (mutata in assenza di “manifesta sproporzione”).

Chiarito che la riforma riguarda solo la legittima difesa domiciliare – pur nell’ormai nota accezione estesa di domicilio – va segnalato che l’idea di fondo del legislatore – rendere il più possibile immune da responsabilità e conseguenze sfavorevoli colui che si difende da un’aggressione nel domicilio – viene realizzata attraverso interventi su tre piani diversi:

- a) esclusione della responsabilità penale;
- b) esclusione/limitazione della responsabilità civile;
- c) alleggerimento del peso del procedimento penale, che resta inevitabile.

L'esclusione della responsabilità penale di chi si difende da un'aggressione nel domicilio viene perseguita su due diversi piani, che sono tra di loro in rapporto di progressione logica (il secondo viene cioè in rilievo solo quando la responsabilità penale non possa essere esclusa sulla base del primo). La riforma mette infatti mano sia all'art. 52 c.p. – estendendo l'area della legittima difesa domiciliare come causa di giustificazione del fatto (piano dell'antigiuridicità del fatto) – sia all'art. 55 c.p. – incidendo sulla disciplina dell'eccesso nelle cause di giustificazione (piano della colpevolezza del fatto, antigiuridico in ragione del superamento dei limiti della scriminante) e dando vita in particolare a un'ipotesi in cui l'eccesso colposo nella legittima difesa domiciliare non è colpevole perché scusato in ragione delle particolari circostanze. Attorno all'agredito viene in altri termini costruita, almeno negli intenti del legislatore, una cortina di ferro contro la responsabilità penale: più ampi margini per considerare *lecito* il fatto commesso e più ampi margini per considerare *non colpevole/rimproverabile* il fatto stesso, quando i limiti della legittima difesa sono stati superati e il fatto è illecito. Se e quando non potrà invocare la causa di giustificazione, in altri termini, l'agredito nel domicilio potrà invocare la non colpevolezza per il fatto illecito commesso eccedendone colposamente i limiti.

Consideriamo dapprima le modifiche apportate all'art. 52 c.p., ribadendo preliminarmente che *la disciplina della legittima difesa domiciliare, introdotta nel 2006 nei commi secondo e terzo, non è stata sostituita* da quella in esame, collocata in un nuovo quarto comma, con la quale conviverà.

Per garantire l'impunità a chi si difende nel domicilio, il legislatore ha esteso l'ambito di applicazione della legittima difesa operando in due direzioni: da un lato, ha rafforzato la presunzione di proporzione tra difesa e offesa, di cui al secondo comma; dall'altro lato, nel nuovo quarto comma ha introdotto un'inedita presunzione – *tout court* – di legittima difesa (cioè di tutti i requisiti della scriminante, compresa la necessità della difesa).

3. La difesa è “sempre” legittima (art. 52, co. 2)

La prima modifica è stata realizzata inserendo nell’art. 52, co. 2 c.p. l’avverbio “sempre” dopo la parola “sussiste”. Ne consegue che il rapporto di proporzione tra difesa e offesa “sussiste sempre”, nell’ipotesi considerata: l’aggressore ha violato il domicilio e l’agredito, ivi legittimamente presente, “usa un’arma legittimamente detenuta o un altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o l’altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione”. Il tentativo del legislatore è qui di tradurre in norma giuridica uno slogan politico e un manifesto elettorale (‘la difesa è sempre legittima’), per superare le strettoie all’impunità dell’agredito-aggressore nel domicilio, imposte come è noto da una lettura della riforma del 2006 conforme a Costituzione, consolidata nella giurisprudenza della Cassazione. Senonché è dubbio che l’inserimento di quell’avverbio – a mo’ di un pugno del legislatore picchiato sul banco del giudice – sposti i termini della questione, ampiamente approfondita in dottrina e in giurisprudenza. Non è pensabile che una lettura giurisprudenziale conforme a Costituzione, volta a superare le rigidità di una presunzione legale e a ribadire l’ordine e il rapporto di rango tra i beni costituzionali, rispettivamente facenti capo all’agredito e all’aggressore, possa essere scalfita da un tratto di penna del legislatore ordinario, che ribadisca una lettura contraria a Costituzione (mi riferisco, come è noto, al problema della difesa dei beni patrimoniali, in assenza di un contestuale pericolo attuale di aggressione alla persona, propria o altrui). Se la lettura conforme a Costituzione dell’art. 52, co. 2 c.p. era e resta valida, al giudice si presenta a me pare una duplice alternativa: a) proseguire sulla via, consolidata, dell’interpretazione conforme, estendendone la portata alla rinnovata versione della norma (*tamquam non esset*), oppure b) sollevare questione di legittimità costituzionale, se ritiene invece che l’inserimento dell’avverbio “sempre” manifesti un’inequivoca volontà del legislatore in senso contrario all’interpretazione giurisprudenziale e, soprattutto, *impedisca di dare alla lettera della legge un’interpretazione conforme a Costituzione*.

4. La presunzione di legittima difesa (art. 52, co. 4 c.p.)

La seconda modifica, di cui si è detto, è stata invece realizzata inserendo un nuovo art. 52, co. 4 c.p. dal seguente tenore: “nei casi di cui al secondo e terzo comma” – cioè *negli stessi casi* in cui è invocabile l’anzidetta presunzione di proporzione di cui al secondo comma (che il richiamato terzo comma estende ai luoghi equiparati al domicilio: esercizi commerciali ecc.) – “agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l’intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone”.

Il legislatore sembra avere qui introdotto un’inedita presunzione di *legittima difesa*: non di un solo requisito (la proporzione), fermi restando gli altri (l’attualità del pericolo e la necessità della difesa, in particolare), come in occasione della precedente riforma del 2006, ma di tutti i requisiti (compresa, appunto, la necessità). Il giudice dovrebbe cioè limitarsi ad accertare che il fatto (ad es., un omicidio) è stato commesso a seguito di violazione di ‘domicilio’ per respingere l’intrusione da parte di una o più persone, realizzata “con violenza” (alle persone o anche solo, almeno parrebbe, alle cose) o con “minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica”.

Sofferamoci sull’*incipit* della disposizione, che ne delimita l’ambito di applicazione: “nei casi di cui al secondo e terzo comma”. Con questo rinvio, in modo tutt’altro che cristallino il legislatore ha coordinato la legittima difesa domiciliare introdotta nel 2006 con l’ipotesi di nuovo conio. Per espressa indicazione normativa, essa si riferisce a casi (situazioni di fatto) già riconducibili al secondo/terzo comma dell’art. 52 c.p.; a casi cioè in cui l’aggressore ha violato il domicilio e l’aggredito, ivi legittimamente presente, difende con un’arma legittimamente detenuta o con un altro mezzo idoneo la propria o altrui incolumità, ovvero i beni propri o altrui. L’elemento di specialità presente nell’ipotesi del nuovo quarto comma dell’art. 52 c.p. è rappresentata dal carattere violento della violazione di domicilio, riconducibile all’ipotesi aggravata di cui all’art. 614, co. 4 c.p. (per la quale, come si è detto, è stato disposto un inasprimento di pena). È un’ipotesi non espressamente

richiamata dall'art. 52, co. 2 c.p. che, nel riferirsi alla violazione di domicilio, richiama solo l'ipotesi semplice di cui al primo e al secondo comma dell'art. 614, non anche quella aggravata. Ne consegue, se non vediamo male, che il secondo comma dell'art. 52 c.p. (la presunzione di proporzione introdotta con la 'vecchia' legittima difesa domiciliare) riguarda ipotesi di violazione di domicilio non aggravata, mentre l'art. 52, co. 4 c.p. – la presunzione di legittima difesa (cioè non solo della proporzione tra difesa e offesa, ma anche della necessità della difesa stessa) – interessa i casi di violazione di domicilio aggravata, che poi verosimilmente rappresentano la norma in caso di furto o rapina nel 'domicilio'.

La lettura proposta, che valorizza l'*incipit* della disposizione (il riferimento ai casi previsti dal secondo/terzo comma), sembra imposta dalla lettera della legge e limita l'ambito di applicazione della nuova legittima difesa domiciliare. Quella lettura, in particolare, esclude che il legislatore abbia introdotto una *defense of habitation*, sul modello americano: una causa di giustificazione, cioè, che riguarda la difesa *del domicilio*. Il richiamo al secondo comma, infatti, implica che pur sempre il respingimento dell'intruso è funzionale alla difesa della propria o altrui incolumità o dei beni propri o altrui, "quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione". Ciò significa che, a mio avviso, l'interpretazione conforme a Costituzione della presunzione di proporzione inserita nel 2006 nel secondo comma si imporrà anche in rapporto al nuovo quarto comma: sempre che il giudice non ritenga preclusa la via dell'interpretazione conforme, per l'inserimento dell'avverbio "sempre" nel secondo comma, non restando in questo caso altra via se non quella di sollevare questione di legittimità costituzionale. Invocare la nuova disposizione per la difesa dei *sol*i beni patrimoniali, sacrificando la vita dell'aggressore, era e continuerà ad essere precluso: vuoi attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione, del tutto analoga a quella maturata in relazione al secondo comma dell'art. 52 c.p., vuoi attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale, cui la disposizione all'evidenza si espone.

Il vero elemento di novità, introdotto dal legislatore nel tentativo di superare l'interpretazione giurisprudenziale conforme a Costituzione, che ha notoriamente limitato

l'applicazione e la portata dell'art. 52, co. 2 c.p., è però rappresentato dall'introduzione di una più ampia presunzione, che interessa come si è detto la legittima difesa *tout court* e, quindi, anche il requisito della necessità della difesa. Questo requisito appartiene ovunque e da sempre al DNA della legittima difesa, intesa come *facoltà eccezionale di autotutela*, ammessa quando, appunto, è necessaria perché non ci si può difendere in modo lecito (chiamando la polizia o uscendo dalla porta sul retro) o in modo meno lesivo (lottando a mani nude, piuttosto che sparando). A fronte della presunzione di proporzione, introdotta nel 2006 per la legittima difesa domiciliare, dottrina e giurisprudenza sottolinearono il ruolo del requisito della necessità, non investito da presunzioni legali e scolpito nel primo comma dell'art. 52 c.p.: un ruolo chiave in chiave di limitazione della portata della riforma del 2006. Per quanto, in rapporto alle aggressioni nel domicilio, dal 2006 si debba presumere la proporzione tra i beni in gioco (pur con i limiti imposti dalla nota interpretazione conforme a Costituzione), la difesa, si è detto, deve comunque essere necessaria, il che è stato escluso tutte le volte in cui, appunto, esistevano alternative lecite o meno lesive, ovvero il pericolo di offesa non era attuale al momento del fatto (classico il caso del ladro in fuga, attinto alle spalle da un colpo d'arma da fuoco). Si pensi ad esempio a chi, imbattendosi in un intruso che sta per colpirlo con un pugno al volto, spari con un'arma e lo uccida. In una simile ipotesi l'art. 52, co. 2, lett. a) c.p. stabilisce, in deroga al primo comma, una presunzione di proporzione tra beni di rango diverso (la vita dell'intruso, sacrificata, e l'incolumità fisica della vittima della violazione di domicilio); senonché la legittima difesa può essere invocata solo se si dimostra la necessità della difesa: ad esempio, l'inesistenza di un *commodus discessus* o l'impossibilità di difendersi attraverso una colluttazione fisica, senza ricorso all'arma da fuoco, ovvero limitandosi a minacciarne l'uso. Ebbene, se l'intrusione nel domicilio è violenta (sembirebbe sufficiente la violenza sulle cose, cioè ad esempio lo scasso della serratura di una finestra o della porta di casa), la legittima difesa potrà essere invocata, in una simile ipotesi, anche in assenza del requisito della necessità, presunto *ex lege*. La legge cioè considera lecita l'uccisione dell'intruso, fronteggiato nel salotto di casa, anche se si tratta di un'uccisione non necessaria (ad esempio perché si

tratta di un ragazzino, di un anziano o di uno sbandato, magari ubriaco) e chi è legittimamente presente nel domicilio può respingere l'intrusione senza utilizzare la forza letale.

A me pare che l'esempio mostri come la presunzione di necessità della difesa sia irragionevole – cioè contraria all'art. 3 Cost. – perché non rispondente all'*id quod plerumque accidit*. Intrusioni nel domicilio vengono sventate o respinte, normalmente, attraverso modalità che *non* comportano l'uccisione o il ferimento dell'intruso, o aspirante tale: sistemi di allarme, abbaiare di cani, colpi d'arma da fuoco sparati per aria, chiusura di una porta, fuga dalla porta sul retro, ecc. Mentre la presunzione di attualità del pericolo, per i beni personali o patrimoniali, mi pare possa essere considerata ragionevole, a fronte di un'intrusione violenta domicilio, altrettanto non mi sembra possa dirsi per la presunzione di necessità della difesa, essendo il più delle volte possibili alternative lecite, a cominciare dalla fuga, o comunque meno lesive.

Se anche si volesse ritenere ragionevole la presunzione di necessità della difesa, quella presunzione, in rapporto all'uso della forza letale a fini di difesa, sarebbe comunque contraria a Costituzione: all'art. 117, co 1 Cost., in rapporto all'art. 2, co. 2, lett. a) CEDU. Il diritto alla vita (piaccia o meno all'odierno legislatore) appartiene anche all'intruso, la cui uccisione non si considera contraria all'art. 2 Cedu "se è il risultato di un ricorso alla forza resosi *assolutamente necessario* (...) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale". Rispetto alla legittima difesa con esito letale, pertanto, il requisito della necessità è convenzionalmente imposto e non può essere oggetto di alcuna presunzione legale. D'altra parte, anche in rapporto ad esiti dell'azione difensiva che non comportino la morte dell'intruso, a me pare che una presunzione di *legittima* difesa nel domicilio, sganciata dai requisiti della proporzione e della necessità, sia incompatibile con il modello di Stato delineato dalla Costituzione: uno Stato che si fa carico della sicurezza dei cittadini (art. 117, co. 2, lett. h), che riconosce la legittima difesa come facoltà *eccezionale*, che non riconosce il diritto alla difesa armata (diversamente, ad es., da quanto avviene nella Costituzione americana) e che garantisce i diritti fondamentali di tutte le persone, compresa la vita e l'integrità fisica degli autori

di furti o rapine, senza considerare il domicilio un luogo extraterritoriale.

Mi sembra insomma che vi sia più di un argomento per prospettare una questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 52, co. 4 c.p.: la via dell'interpretazione conforme a Costituzione potrà certo essere tentata, non senza però alcune difficoltà e strettoie. In rapporto alla presunzione di proporzione, infatti, si potrà valorizzare la giurisprudenza relativa all'art. 52, co. 2 c.p., che tuttavia è precedente al rafforzamento dell'analogia presunzione, ivi prevista. In relazione poi alla presunzione di necessità, il richiamo all'art. 117, co. 1 Cost., in rapporto all'art. 2 Cedu, potrà essere operato solo nei casi di omicidio (consumato o tentato).

5. Il “grave turbamento” come scusante (art. 55, co. 2 c.p.)

Come si è detto, il legislatore non si è limitato a mettere mano alla legittima difesa, come causa di giustificazione che rende lecito il fatto commesso a danno dell'intruso dalla vittima di aggressioni nel domicilio. Il legislatore si è infatti spinto oltre, modificando la disciplina dell'art. 55 c.p. in materia di eccesso colposo nelle cause di giustificazione. Quando colposamente si eccedono i limiti della legittima difesa, realizzando un fatto previsto come delitto colposo, si risponde di quel delitto (ad es., omicidio colposo o lesioni personali colpose). Il fatto, realizzato in presenza di un effettivo pericolo attuale di offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui, è *illecito* perché l'agente eccede i limiti della legittima difesa, in ragione vuoi di un'erronea valutazione della situazione (vede nelle mani dell'aggressore un coltello che non c'è), vuoi di un errore nella fase esecutiva dell'azione difensiva (intende sparare per aria ma sbaglia mira e colpisce l'aggressore). L'art. 55 disciplina l'eccesso colposo; il che non toglie che l'eccesso possa essere doloso (e in questo caso l'autore risponderà del corrispondente reato doloso) o incolpevole (quando i limiti della legittima difesa sono superati senza dolo e senza colpa).

In questo quadro, viene inserito nell'art. 55 c.p. un secondo comma dal seguente tenore: *“nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha*

commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, numero 5, ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto".

L'interpretazione sistematica della disposizione – la sua collocazione nell'art. 55 c.p. – pare fondamentale per inquadrare e delimitare l'ipotesi disciplinata. Il primo comma dell'art. 55 richiama l'art. 52 c.p. per configurare l'ipotesi dell'eccesso colposo di difesa, prevedendo la responsabilità dell'agente. Il secondo comma, aggiunto ora dal legislatore, mira a escludere quella responsabilità in ipotesi di eccesso colposo di difesa all'interno del domicilio. Resta pertanto ferma la responsabilità dell'agente in caso di eccesso doloso nella difesa domiciliare: ipotesi sagacemente rappresentata all'indomani della riforma da una vignetta di Alatan, pubblicata su *La Repubblica*, che raffigura un signore seduto, con un fucile sulle gambe, mentre fa la guardia all'abitazione, sovrastato dalla scritta "non vedo l'ora che mi venga il turbamento emotivo".

Detto che di eccesso colposo si tratta, non è affatto immediato ravvisarne la configurabilità in rapporto a ipotesi di legittima difesa presunta. Se la legittima difesa è senza limiti, andare oltre quei limiti non è possibile; il fatto è sempre lecito e un problema di colpevolezza dell'autore per quel fatto nemmeno si pone. Senonché, la stessa disciplina dell'art. 55, co. 2 c.p. conferma che la legittima difesa domiciliare non è *no-limits*. In rapporto al secondo comma dell'art. 52 c.p., è pacifico, come si è detto, che valgono tutti i requisiti ordinari della legittima difesa, salva la presunzione di proporzione, da interpretarsi in senso conforme a Costituzione. Un eccesso colposo dalla legittima difesa *ex art. 52, co. 2 c.p.*, pertanto, è senz'altro concepibile. Problematico è invece concepire un eccesso colposo rispetto alla legittima difesa *ex art. 52, co. 4 c.p.* L'art. 55, co. 2 può avere margini di operatività, in rapporto all'art. 52, co. 4 c.p., solo qualora, attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione, si introducano dei limiti alla reazione difensiva, superando la presunzione legislativa.

Segnalo a questo proposito l'insidia che, a mio parere, si cela dietro all'art. 55, co. 2 c.p.: è una disposizione che – attraverso una sostanziale presunzione di minorata difesa e di turbamento a fronte di un'aggressione nel domicilio – potrà un domani

garantire l'impunità dell'autore di gravi reati (omicidi e lesioni personali colposi) che ecceda i limiti della legittima difesa, eventualmente (re)introdotti dal giudice ordinario, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, ovvero dalla Corte costituzionale. Anche per questa ragione, a me pare che si imponga un'interpretazione restrittiva della nuova disposizione, che negando la punizione dell'autore di fatti colposi limita la tutela penale di beni di rango primario (come la vita e l'integrità fisica).

Anzitutto, per espressa indicazione normativa, il fatto deve essere commesso "per la salvaguardia della propria o altrui incolumità"; a fronte, quindi, di un pericolo per beni personali. Chi ecceda i limiti della legittima difesa domiciliare per la salvaguardia dei soli beni patrimoniali non potrà invocare l'art. 55, co. 2 c.p.

L'esenzione da responsabilità penale è legata a due diverse situazioni, tra di loro alternative, in cui si deve trovare l'agente: una minorata difesa *ex art. 61, co. 1, n. 5 c.p.* ovvero un grave turbamento psichico derivante dalla situazione di pericolo in atto.

a) Minorata difesa. La formulazione della disposizione non è impeccabile sul piano della tecnica legislativa: viene infatti riferita all'agredito una situazione che, nella disposizione richiamata, interessa invece l'autore del fatto, cioè l'aggressore. Ad agire nelle condizioni di cui all'art. 61, co. 1, n. 5 c.p. – ad avere "profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa" – è infatti la persona dalla quale ci si difende. In modo sciatto, il legislatore ha evidentemente inteso riferirsi a un soggetto che si difende da un aggressore che approfitta della sua minorata difesa e nei confronti del quale, quanto meno rispetto alla violazione di domicilio commessa, è configurabile l'aggravante comune. Un'interpretazione restrittiva – imposta se non altro, nei casi relativi a omicidi e lesioni personali, dal rango costituzionale dei beni che non ricevono tutela penale in ragione dell'esenzione da responsabilità *ex art. 55, co. 2 c.p.* – deve escludere che una situazione di minorata difesa sia presente in ogni caso di aggressione nel domicilio. Il giudice dovrà valutare, caso per caso: *i*) se ci sia stato un approfittamento di condizioni, oggettive o soggettive, che hanno effettivamente ostacolato l'azione difensiva difesa (se ricorra cioè una situazione rispetto

alla quale il giudice riterrebbe configurabile l'aggravante di cui all'art. 61, n. 5 c.p. rispetto al fatto commesso da chi si è introdotto nell'altrui domicilio; *ii*) se esista un *nesso eziologico* tra la situazione di minorata difesa e l'eccesso di difesa, che possa ragionevolmente essere apprezzato, secondo la valutazione legislativa, per escludere la colpevolezza per il fatto illecito commesso.

b) Grave turbamento psichico. Per ragioni del tutto analoghe si impone a mio avviso un'interpretazione restrittiva del concetto di grave turbamento psichico, che ne escluda il carattere presunto e verifichi altresì un duplice rapporto causale: il turbamento deve essere *i*) *effetto* derivante dalla situazione di pericolo in atto (per espressa indicazione normativa) e deve essere altresì *ii*) *causa* rispetto all'eccesso di difesa, valutato incolpevole dal legislatore. Deve inoltre trattarsi di un turbamento "grave". Contro l'indeterminatezza dell'estremo parla la giurisprudenza rispetto a quello, analogo, del "grave stato di ansia o di paura", che rappresenta uno degli eventi alternativi nella fattispecie dello *stalking* (art. 612-*bis* c.p.). Con la sentenza n. 172 del 2014, la Corte costituzionale, nel dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 612-*bis* c.p., per l'asserito contrasto con il principio di determinatezza di espressioni quali "perdurante e grave stato di ansia e di paura" e "fondato timore per l'incolumità", ha fornito indicazioni che a mio avviso tornano oggi utili in relazione all'art. 55, co. 2 c.p.: "trattandosi di eventi che riguardano la sfera emotiva e psicologica, essi debbono essere accertati attraverso un'accurata osservazione di segni e indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell'agente, che denotino una apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima". La giurisprudenza di legittimità, sulla stessa linea, ritiene che la prova del grave e perdurante stato d'ansia e di paura, nel delitto di *stalking*, debba essere "ancorata ad elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato [nel nostro caso, l'agredito nel domicilio], dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente [nel nostro caso, l'intruso nel domicilio] ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle

effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata”¹¹. Per quanto grave, d’altra parte, *non* deve trattarsi di un turbamento psichico che dia luogo, seppur transitoriamente, a un vero e proprio squilibrio mentale, rendendo l’agente incapace di intendere e di volere. In questo caso, infatti, andando oltre la normale irrilevanza degli stati emotivi e passionali *ex art.* 90 c.p. è ravvisabile un vizio di mente e l’esito di impunità dell’agente discenderebbe dalla mancanza di imputabilità¹².

Segnalo che una disciplina analoga a quella introdotta nell’art. 55, co. 2 c.p. – ma riferita in genere alla legittima difesa, e non solo a quella domiciliare – è presente nel codice penale tedesco, al quale si è talora fatto riferimento anche durante i lavori preparatori. Ai sensi del § 33 del codice penale tedesco (Eccesso di legittima difesa – *Überschreitung der Notwehr*), “non è punito l’autore che eccede i limiti della legittima difesa a causa di turbamento, paura o panico”. Studiare l’elaborazione dottrinale e la prassi giurisprudenziale relative alla citata disposizione potrà rivelarsi assai utile per l’interprete italiano, che potrà trovare validi argomenti a sostegno di un’interpretazione restrittiva analoga a quella qui abbozzata. Tra l’altro, e in particolare, la dottrina e la giurisprudenza tedesche sottolineano, in rapporto al § 33 StGB, che non ogni sensazione di turbamento o di paura può escludere la responsabilità penale di chi eccede i limiti della legittima difesa¹³. Essere turbati o avere paura, se non panico, allorché si subisce un’aggressione alla persona o ai beni, è del tutto normale, ma non può essere oggetto di presunzioni: per escludere la responsabilità penale dell’agente occorre infatti dimostrare, anche in Germania, che allorché ha agito, era lungi dall’essere freddo e lucido (come l’uomo della vignetta di Altan) ed era bensì incapace, in notevole grado (non però tale da escludere l’imputabilità), di percepire ed elaborare correttamente l’evento e la propria reazione difensiva. Non solo: è ancora una volta un’interpretazione restrittiva della disposizione, incentrata sulla condizione di *debolezza* di chi reagisce a un’aggressione nel domicilio (in ciò accostabile e non

¹¹ Così Cass., sez. V, 2 marzo 2017, n. 17795, S., CED 269621.

¹² Cfr. ad es. Cass., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 9843, Picini, CED 255226.

¹³ Cfr. PERRON/EISELE, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30^a ed., 2019, par. 33, Rn. 3.

a caso accostata dal legislatore italiano alla minorata difesa) – a imporre, come nell’esperienza tedesca, che si possa attribuire rilievo al turbamento che produce un *effetto di indebolimento* (c.d. effetto astenico) e non già, al contrario, un *effetto di maggior vigore* determinato da collera, ira o addirittura furia combattiva (c.d. effetto stenico)¹⁴.

Il riferimento all’esperienza tedesca è altresì utile ai fini dell’inquadramento dogmatico dell’ipotesi di cui all’art. 55, co. 2 c.p. Confortato dall’opinione maggioritaria in Germania, maturata a proposito dell’analogo istituto di cui al § 33 StGB, a me pare che l’eccesso colposo incolpevole (“non punibile”, secondo la lettera della legge) sia riconducibile alla categoria delle scusanti, per tali intendendosi circostanze anormali che, nella valutazione legislativa, hanno esercitato una pressione irresistibile sulle capacità psico-fisiche dell’agente, rendendo inesigibile una condotta diversa¹⁵: nel caso di specie, la condotta, rispettosa di regole cautelari proprie dell’agire difensivo nel domicilio, che avrebbe tenuto un agente modello nella stessa situazione di fatto, senza oltrepassare colposamente, appunto, i limiti della scriminante. La situazione di particolare vulnerabilità – *sub specie* di minorata difesa e di grave turbamento psichico – nella quale può trovarsi la vittima di aggressioni nel domicilio – il luogo degli affetti più cari, quando si tratta dell’abitazione – è stata valutata dal legislatore come circostanza *scusante*. Il fatto è illecito (i limiti della legittima difesa sono stati oltrepassati e non è valutato come la cosa giusta da fare, o una cosa che è consentito fare); è commesso con colpa (l’eccesso è infatti colposo) ma non è colpevole (cioè rimproverabile personalmente) perché è *scusato*. Questo inquadramento dogmatico, a me pare, è compatibile con il principio costituzionale di colpevolezza ed è in grado di giustificare la mancata punizione di fatti antiggiuridici e colposi di omicidio e di lesioni personali, commessi da chi oltrepassa i limiti della legittima difesa nel domicilio (mancata punizione che sarebbe invece assai più problematico giustificare, sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali, riconducendo l’ipotesi nel quadro concettuale della *colpevolezza*

¹⁴ Cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 4^a ed., 2006, p. 992.

¹⁵ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2020, pp. 437 ss.

attenuata o delle *cause di esclusione della punibilità*¹⁶). Sembra senz'altro da escludere, d'altra parte, l'idea che l'impunità si fondi sull'assenza di colpa: non solo perché si tratta di un'ipotesi di eccesso, appunto, colposo, ma anche perché, come subito si dirà, il legislatore ha fatto salve in rapporto all'art. 55, co. 2 c.p., sul terreno civile, conseguenze risarcitorie che, secondo le regole generali (art. 2043 c.c.), presuppongono la colpa.

6. Profili di responsabilità civile

Come si è detto, il legislatore ha cercato di garantire quanto più possibile a chi si difende da aggressioni nel domicilio l'esenzione dalla responsabilità penale come anche dalla responsabilità civile. Ricordo anzitutto che, a riguardo, vale il principio generale dell'efficacia universale delle cause di giustificazione, che rendono il fatto lecito non solo agli effetti del diritto penale, ma in tutto l'ordinamento giuridico. È un principio generale, valevole per tutte le cause di giustificazione, che nell'art. 2044 c.c. è esplicitato proprio con riferimento alla legittima difesa: "non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri". L'odierno legislatore, con una disposizione pleonastica, ha esplicitato che quel che vale per la legittima difesa vale anche per la legittima difesa domiciliare. Viene infatti inserito un nuovo secondo comma nell'art. 2044 c.c., ai sensi del quale "nei casi di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa".

Degna di nota è invece la novità introdotta nel nuovo terzo comma dell'art. 2044 c.c. per regolare i profili risarcitori dell'eccesso colposo di difesa nel domicilio, di cui all'art. 55, co. 2 c.p. La relativa fattispecie, come si è detto, non comporta

¹⁶ Per un'autorevole voce che, nella dottrina tedesca, individua la *ratio* dell'impunità dell'eccesso nella legittima difesa dovuto a turbamento psichico facendo leva sull'*inopportunità della pena*, che non si giustificerebbe sul piano della prevenzione tanto generale quanto speciale, cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., p. 992. Senonché, a me pare che la mancanza della necessità della pena è il riflesso della mancanza della colpevolezza, *prius* logico della punibilità, considerata quale quarto elemento della struttura analitica del reato (Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 205 ss.).

conseguenze penali ma obbliga a corrispondere al danneggiato “una indennità la cui misura è rimessa all’equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posata in essere dal danneggiato”. Viene così introdotta una disciplina analoga a quella prevista dall’art. 2045 c.c. per lo stato di necessità (un’altra scusante¹⁷), che pure prevede il pagamento di un indennizzo (disciplina ritenuta anche di recente applicabile, per analogia, in caso di legittima difesa putativa colpevole: cfr. Cass. Sez. IV, 20 giugno 2018, n. 29515, Birolo, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*). Ad oggi la giurisprudenza prevalente applica per analogia l’art. 1227, co. 1 c.c. e prevede, in caso di eccesso colposo nelle cause di giustificazione, la condanna al risarcimento del danno in misura diminuita in ragione del concorso del fatto doloso del danneggiato (cfr. Cass. Sez. I, 5 ottobre 1989, n. 17571, Mauriello, CED 182867). La prassi dirà in che misura la novità legislativa inciderà sull’entità dei risarcimenti (*rectius*, indennizzi) da parte di chi, essendosi difeso nel domicilio, può invocare l’eccesso colposo incolpevole *ex art. 55, co. 2 c.p.*

7. Alleggerimento del peso del processo penale

Il quadro delle novità normative introdotte dalla legge in commento si completa con due diversi interventi, ragionevoli, volti ad alleggerire, in qualche modo, il peso di un procedimento penale inevitabile, a fronte della commissione di fatti costituenti reato.

Una prima modifica riguarda l’inserimento dei processi “processi relativi ai delitti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi in presenza delle circostanze di cui agli articoli 52, secondo, terzo e quarto comma, e 55, secondo comma, del codice penale” tra quelli ai quali la legge assicura la priorità nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione. Il processo penale a carico di chi si è difeso da un’aggressione nel domicilio dovrebbe insomma viaggiare in futuro su una tratta ad alta velocità (art. 132-*bis*, co. 1, lett a-*ter*) disp. att. c.p.p.).

¹⁷ Sullo stato di necessità come scusante v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 316 ss.

Una seconda novità riguarda infine le spese di giustizia: in caso di archiviazione, sentenza di non luogo a procedere o proscioglimento per *legittima difesa domiciliare*, o per *eccesso colposo* ex art. 55, co. 2 c.p., sono poste a carico dello Stato l'onorario e le spese spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato e al consulente tecnico di parte.

8. Considerazioni critiche

Qualche considerazione conclusiva sugli effetti della riforma.

8.1. Sul piano degli effetti politici, la riforma della legittima difesa rappresenta, in tempi di politiche penali populistiche, un sicuro investimento: costerà alle casse dello Stato solo 590.000 euro l'anno (questi gli oneri previsti per il pagamento delle spese di giustizia) e veicola un messaggio semplice, diretto, viscerale, che intercetta un elementare, istintivo favore del cittadino-elettore per chi si fa carico delle istanze di sicurezza e si mette 'dalla parte degli onesti'. È una riforma 'di destra', che però non mi sembra poi così diversa – quanto a introduzione di presunzioni di legittima difesa – dalla riforma 'di sinistra' approvata da un solo ramo del Parlamento il 4 maggio 2017 (d.d.l. Ermini – AS 2816). Quel disegno di legge, come si è già ricordato, fu approvato con i voti della principale forza di centro-sinistra e con i voti...contrari delle principali forse di centro-destra, comprese quelle che oggi hanno approvato la legge in esame. Ci sono certo differenze tra le due proposte, ma la sostanza, a me pare, è che abbiamo assistito in questi anni a una corsa delle principali forze politiche, di ogni colore, a intestarsi una riforma che piace al popolo perché – al di là delle complessità tecniche che ho passato in rassegna – veicola un messaggio di fondo così semplice, da poter essere stampato su una maglietta o diffuso in post sui social network.

8.2. Gli effetti sulla prassi saranno misurabili nei prossimi anni. Quel che però è certo – e che conferma la contenuta previsione di bilancio per gli oneri annuali legati al pagamento delle spese legali – è *che i procedimenti penali nei quali viene in rilievo la legittima difesa domiciliare hanno una dimensione*

empirica inversamente proporzionale all'enfatizzazione politica e al clamore mediatico che ha accompagnato l'approvazione della riforma: la seconda, sullo stesso tema, in tredici anni. Le massime relative all'art. 52, co. 2 c.p., reperibili sul CED, sono una decina; le sentenze pronunciate dalla Cassazione, comprese quelle non massimate, sono una cinquantina (meno di 4 all'anno, in media). Dati ufficiali, relativi però alla legittima difesa tout court (non solo cioè a quella domiciliare), sono stati messi a disposizione dal Ministero della Giustizia durante i lavori parlamentari. Cito i dati più recenti, relativi al 2017¹⁸. In quell'anno risultavano iscritti nei tribunali italiani solo 14 procedimenti "contenenti l'articolo 52 c.p." (9 davanti al gip/gup e 5 in dibattimento); quelli definiti sono stati altrettanti (8 davanti al gip/gup; 6 in dibattimento). Sempre in quell'anno, risultavano iscritti nei tribunali italiani solo 12 procedimenti "contenenti l'articolo 55 c.p. (eccesso colposo) limitatamente all'art. 52 c.p. (legittima difesa)" (8 davanti al gip/gup; 4 in dibattimento); i procedimenti definiti sono stati altrettanti (8 davanti al gip/gup; 4 in dibattimento).

8.3. Effetti sulla sicurezza pubblica. Estendere i margini della legittima difesa nel domicilio, da parte di chi sia legittimamente armato, porta con sé in via di principio il rischio di un aumento del numero di fatti violenti: perché chi intende difendersi è incentivato a procurarsi un'arma, da usare all'occorrenza, e perché chi viola l'altrui domicilio sa di potersi imbattere con maggiori probabilità in un residente armato e, pertanto, a sua volta si arma. Non a caso, il dibattito sulla riforma della legittima difesa nel domicilio si intreccia con quello sulle politiche in materia di diffusione e porto legittimo delle armi (un tema che meriterebbe di essere meglio indagato). Ho qui sintetizzato i termini di un articolato dibattito, supportato da contrastanti indagini statistiche, che da anni è presente negli Stati Uniti d'America, dove negli ultimi quindici anni – in un sistema che eleva il diritto di difesa armata a principio costituzionale – le politiche di estensione della legittima difesa realizzate con le c.d. Stand-Your-Ground-Laws nella maggior parte degli Stati – a

¹⁸ Si tratta di dati non completi, che tengono conto di un numero variabile, a seconda, tra il 70 e il 90% dei procedimenti.

suon di presunzioni di necessità della difesa, pur in presenza di un *modus discensus* – sono state sorrette dalla potente lobby degli armieri (la NRA – National Rifle Association). Fortunatamente, da noi non è stata modificata la scelta, compiuta nel 2006 per evitare la corsa alle armi, di limitare la legittima difesa armata all’ipotesi in cui l’arma sia “legittimamente detenuta”. Ad evitare facili allarmismi – ferme restando però serie preoccupazioni – va considerato che il dato relativo alla diffusione di armi, in Italia, è enormemente inferiore rispetto a quello americano (secondo una statistica, ogni cento abitanti, 12 in Italia contro 88 negli Stati Uniti), per quanto sembrerebbe in aumento il numero delle licenze concesse, anche ad uso sportivo (temi, ribadisco, dei quali criminologi e penalisti italiani dovrebbero interessarsi oggi più che mai).

8.4. Effetto culturale. L’effetto probabilmente più pericoloso della riforma in commento è però a mio avviso di tipo culturale. Data in pasto alla comunicazione social-mediatica – al furore populistico che l’accompagna – la riforma della legittima difesa veicola un messaggio che svilisce il valore di beni fondamentali, a partire dalla vita. In un modo diviso tra ‘noi’ – i cittadini onesti – e ‘loro’ – i delinquenti che si introducono nelle nostre abitazioni e nei nostri esercizi commerciali –, la vita di questi ultimi non ha valore. Un dibattito pacato avrebbe imposto di riflettere, prima di mettere mano alla legittima difesa, fino a che punto e a che condizioni, come società, siamo disposti a ritenere lecito o non rimproverabile uccidere l’aggressore nel domicilio, e fino a che punto siamo disposti a vincolare la discrezionalità del giudice nell’apprezzamento di quelle condizioni. Più ci si allontana dagli assi portanti dell’istituto (proporzione e necessità della difesa), più si concede al cittadino una licenza di difendersi, fino ad uccidere, per farsi giustizia da sé. Si veicola cioè il messaggio secondo cui, a fronte di un’aggressione nel domicilio, è cosa giusta, o comunque socialmente tollerata, arrivare ad uccidere anche in presenza di un pericolo di offesa non proporzionato alla reazione difensiva e anche in assenza di una vera e propria necessità di uccidere. È insomma bene farsi giustizia da sé, perché la giustizia dello Stato, amministrata da giudici non eletti e privi di legittimazione popolare, non tutela sufficientemente le vittime di aggressioni

domiciliari – gli onesti cittadini – costringendoli a sopportare il peso di processi lunghi, costosi e che si concludono raramente con assoluzioni. Non perché le leggi non ci siano...ma perché i giudici le interpretano... Ho riassunto una visione delle cose triviale, che corrisponde però a quella veicolata nel dibattito pubblico, tra la gente comune, non attrezzata giuridicamente.

Mentre il ‘ceto dei giuristi’ mette al centro delle riflessioni dottrinali e dell’elaborazione giurisprudenziale i diritti umani, con un’intensità sempre maggiore, il Parlamento, a maggioranza, veicola per fini elettorali alla ‘gente comune’ un messaggio pericoloso: quello del valore scarso, o nullo, della persona di chi delinque; quella stessa persona che, una volta arrestata e condannata, se ancora in vita, dovrebbe ‘marcire in galera’; ovvero che, se è autore di reati sessuali, dovrebbe essere castrata, secondo alcune proposte legislative. In ciò vedo il messaggio più pericoloso della riforma.

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA COVID-19 E IL *RISCHIO PENALE* PER GLI OPERATORI SANITARI*

CRISTIANO CUPELLI

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. Il contesto emergenziale. – 3. Il nuovo rischio per gli operatori sanitari. – 4. L'inadeguatezza dell'art. 590-*sexies* c.p. e la resistenza giurisprudenziale alla misura soggettiva della colpa. – 5. La *proposta*: una norma *ad hoc*. – 6. Le strutture sanitarie.

1. La questione

Tra gli effetti indiretti che, sul piano giuridico, il Covid-19 rischia di lasciare in eredità vi è il pericolo di potenziare le incertezze che da sempre accompagnano un settore assai problematico della responsabilità colposa, quello legato all'attività sanitaria. Le notizie di indagini avviate in molte zone d'Italia alla ricerca di eventuali responsabilità penali per eventi avversi legati alla pandemia confermano quest'impressione, mettendo in luce una nuova (e consequenziale) *emergenza nell'emergenza*: evitare che medici e operatori sanitari, che per mesi hanno combattuto in prima linea e in condizioni talvolta estreme contro il virus, siano travolti da un'ondata di denunce e di inchieste giudiziarie miranti a trovare colpevoli, diversi dal virus, per i decessi avvenuti durante gli ultimi mesi¹.

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio* tenutasi in Roma il 12 maggio 2020. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

¹ Nell'ambito dell'ampia bibliografia sui diversi profili di rilevanza giuridica legati all'emergenza Covid-19, si segnalano, nella specifica prospettiva affrontata nel testo, in particolare i contributi di R. BARTOLI, *Il*

2. Il contesto emergenziale

Procedendo con ordine e in termini il più possibile schematici, per comprendere meglio questo timore è sufficiente ricordare alcuni dati che hanno connotato il contesto emergenziale.

Anzitutto, nella fase iniziale della pandemia la diffusione a ritmo esponenziale dell'infezione e l'elevato numero di malati che necessitavano di cure e ricovero soprattutto nei reparti di terapia intensiva (con uso di ventilazione assistita) o di pneumologia hanno drammaticamente riproposto all'attenzione dell'opinione pubblica il limite delle risorse disponibili in termini

diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020; ID., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. pen.*, n. 7/2020, pp. 85 ss.; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 441 ss.; C. BRUSCO, *Covid-19: la responsabilità degli operatori sanitari e l'applicazione del principio di esigibilità della condotta*, in *Giudice donna*, 1/2020; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 5/2020, 12 ss.; M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid-19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano, 2020, pp. 109 ss.; A. CASTALDO - F. COPPOLA, *Lo scudo (dei medici), la spada (delle Procure). La riforma mancata della colpa medica da coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 15 aprile 2020; C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 887 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid-19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza penale web*, 4/2020; F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020; A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *La legislazione penale*, 19 maggio 2020; L. SCARAMELLINI, *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *giurisprudenzapenale.com*, 16 aprile 2020.

tanto strutturali e organizzativi (numero di posti letto, disponibilità di farmaci e tecnologie) quanto soggettivi (presenza di personale medico ed infermieristico in numero sufficiente e con requisiti di specifica competenza e conseguente effettuazione di turni di lavoro massacranti)².

Ancora, al cospetto di evidenti *deficit* di organico, nel tentativo di assicurare il più esteso livello di cura ci si è trovati costretti a fare ricorso, su base volontaria, ad altri operatori sanitari disponibili nella struttura, pure se privi del necessario livello di specializzazione in relazione al tipo di attività medica prestata, i quali hanno assunto volontariamente un rischio che – sulla base dei tradizionali canoni di imputazione della responsabilità – potremmo ritenere punibile a titolo di colpa perché riconducibile alla violazione di una regola cautelare prudenziale, che dovrebbe condurre all'astenersi dall'attività.

Oltre a ciò, va considerato come, nonostante gli sforzi organizzativi e finanziari a livello statale e regionale diretti ad aumentare i posti letto disponibili in terapia intensiva (trasformando e allestendo nuovi reparti, acquistando le tecnologie necessarie, incrementando il personale, ecc.), la potenza diffusiva della pandemia è stata più veloce e ha adombrato l'allarmante scenario che sugli stessi medici potesse ricadere, in certi casi, la tragica decisione, fra pazienti con diverse speranze e possibilità di sopravvivenza, su chi includere o escludere dal ricovero, dall'accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione: in sostanza, la scelta di chi *curare prima* o addirittura *non curare*.

Emblematica, sul punto, l'incertezza determinata dalla contrapposizione tra la SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Anelgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva) e il CNB (Comitato Nazionale per la Bioetica); la prima, infatti, ha pubblicato, lo scorso 6 marzo, le “*Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*”, nelle quali non si escludeva la possibilità di fare ricorso a “*criteri di accesso alle cure intensive (e di*

² Sullo squilibrio tra necessità e risorse disponibili, cfr., tra i vari contributi, G. FACCI, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, pp. 708 ss.

dimissione) non soltanto strettamente di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma ispirati anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate”, condizioni che potrebbero anche rendere necessario “porre un limite di età all’ingresso in terapia intensiva”, in una logica che privilegi la “maggiore speranza di vita”. Di contro, l’8 aprile, il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel parere “Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del ‘triage in emergenza pandemica”, ha invece scelto una strada diversa, fissando il “criterio clinico” come il “più adeguato” per scegliere come allocare le risorse a disposizione in una situazione di emergenza come quella legata al virus, ritenendo ogni altro criterio “eticamente inaccettabile” e indicando altresì tre condizioni che devono soprassedere al triage in emergenza: “la preparedness (predisposizione di strategie di azione nell’ambito della sanità pubblica, in vista di condizioni eccezionali, con una filiera trasparente nelle responsabilità), l’appropriatezza clinica (valutazione medica dell’efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla urgenza e gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione, considerando la proporzionalità del trattamento) e l’attualità, che inserisce la valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso nella prospettiva più ampia della comunità dei pazienti, con una revisione periodica delle liste di attesa”³.

3. Il nuovo rischio per gli operatori sanitari

In questa situazione, allora, è agevole immaginare un fronte di rischio *ulteriore* per gli operatori sanitari, legato agli eventi avversi verificatisi nell’ambito dell’emergenza epidemiologica: quante denunce e richieste di risarcimento è ragionevole attendersi nei loro confronti (e nei riguardi delle strutture

³ Sul dibattito scaturito dal contenuto delle raccomandazioni SIAARTI richiamate nel testo, si vedano, con varietà di posizioni, G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l’emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in *Rivista AIC*, 3/2020, pp.107 ss.; S. ROSSI, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, *ivi*, pp. 246 ss.

sanitarie), all'esito del numero, inevitabilmente elevatissimo, di morti *per o da* coronavirus? Non si può in proposito sottacere anche il ruolo di discutibili iniziative di associazioni o studi legali che temerariamente spingono – invero anche ben prima e al di là dell'odierna contingenza – a intraprendere azioni giudiziarie per presunte inadempienze nei confronti della classe medica (come stigmatizzato anche dal Consiglio Nazionale Forense oltre che da molti Consigli degli Ordini degli avvocati su base territoriale).

La ricaduta immediata che si paventa è che, profilandosi negli operatori sanitari la preoccupazione per la propria incolumità giudiziaria, possa – nell'immediato e in prospettiva – prevalere in loro sullo spirito solidaristico dimostrato sinora la tentazione di atteggiamenti *autocautelativi*, improntati a una sorta di *medicina difensiva dell'emergenza*⁴.

4. L'inadeguatezza dell'art. 590-sexies c.p. e la resistenza giurisprudenziale alla misura soggettiva della colpa

Soffermandoci sul fronte penalistico, occorre preliminarmente interrogarsi sull'adeguatezza a fronteggiare la complessità della situazione dell'attuale disciplina e in particolare dell'art. 590-sexies c.p., introdotto nel codice penale con la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) e "rivisitato", in senso ulteriormente restrittivo, dalle Sezioni unite

⁴ Nella situazione attuale, come fa notare F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., "poiché la paura indotta dalle epidemie è storicamente e antropologicamente una di quelle che più sconfinano nel panico, è del tutto comprensibile che riaffiorino tendenze dirette a placare l'ansia con la ricerca di responsabili"; senonché, sottolinea G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Diritto penale e uomo*, 6/2020, pp. 35, "lo sfoderare troppo precocemente e disinvoltamente il diritto accusatorio verso qualcuno, individuo, categoria o gruppo sociale, ha poi come effetto di attivare atteggiamenti difensivi, in quanto tali più protesi a negare le responsabilità che a contribuire alla identificazione dei termini del problema di cui non di rado il presunto 'colpevole' è il miglior interprete e conoscitore. Si tratta di una dinamica ben illustrata dall'odierna scienza dell'organizzazione, che anche il mondo della giustizia farebbe bene a tener presente. Del resto, l'annosa e gravissima piaga della c.d. medicina difensiva – ma il difensivismo rischia di diventare, se non è già diventato, «categoria dello spirito» e motore universale dell'agire individuale e sociale – basterebbe a documentare i costi morali e materiali di un approccio bellicoso e vendicativo alle situazioni critiche".

penali della Cassazione nella sentenza Mariotti del febbraio 2018.

Come è noto, l'esonero di responsabilità per colpa dell'operatore sanitario è allo stato: a) circoscritto alle fattispecie di omicidio e lesioni colposi; b) limitato alle sole ipotesi di imperizia non grave, riferibile all'atto esecutivo; c) ancorato al rispetto di linee-guida accreditate o buone pratiche clinico-assistenziali consolidate; d) subordinato in ogni caso a un preventivo vaglio di adeguatezza delle raccomandazioni contenute in siffatte linee-guida certificate alle specificità del caso concreto.

È sin troppo evidente come questa ristretta area di non punibilità colposa sia assolutamente inidonea rispetto alle contingenze emergenziali nelle quali il personale sanitario è chiamato a operare nel contrasto al Covid-19. Ciò in quanto: *i*) non vi sono linee guida accreditate o pratiche consolidate a cui legare il giudizio di rimproverabilità o non rimproverabilità (vista la novità della patologia e la sostanziale mancanza, allo stato, di evidenze terapeutiche); *ii*) le ipotesi di colpa (non punibili) da considerare nell'emergenza non possono essere limitate ai soli casi di imperizia non grave realizzati nella fase esecutiva, ma devono essere estese anche agli episodi di negligenza o di imprudenza non gravi (si pensi al difetto di attenzione derivante dal dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti o con insufficiente personale medico-infermieristico specializzato); *iii*) vi è la necessità di esonerare da responsabilità penale gli operatori sanitari non solo per omicidio e lesioni colposi ma anche per epidemia colposa causata dalla mancanza di mezzi di protezione individuale o da un non adeguato isolamento dei pazienti derivante dalla incessante affluenza di malati al pronto soccorso.

A ciò, va aggiunto come, in queste ipotesi, non si possa fare affidamento sulla sola potenzialità "salvifica" della c.d. misura soggettiva della colpa. Si tratta di una categoria certamente capace – in linea teorica – di fornire un adeguato strumento di valutazione delle emergenze "contestuali" e personali, legate alle difficoltà contingenti in cui l'operatore sanitario è chiamato a svolgere la propria attività di cura e assistenza. Questo tipo di accertamento fa leva sull'applicazione, anche in sede penale, della clausola generale contenuta all'art. 2236 c.c., che, in

presenza di “*problemi tecnici di speciale difficoltà*” della prestazione professionale, limita la responsabilità del prestatore d’opera ai soli casi di dolo e colpa grave. Tuttavia, la giurisprudenza penale in ben poche occasioni vi ha effettivamente fatto ricorso in ambito sanitario, finendo per degradare la disposizione civilistica da canone valutativo a mera clausola di stile, sotto la rassicurante – ma poco appagante sul piano della declinazione pratica (concreta) – formulazione di “*regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l’addebito di imperizia quando il caso specifico sottoposto all’esame del sanitario imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà*”. Si può osservare come, oltretutto, questa impostazione, quand’anche fosse accolta, scontrerebbe in ogni caso il limite del riferimento alla sola imperizia, mentre – come si è visto – in questi casi non possono non assumere rilievo ipotesi di imprudenza e imperizia⁵.

5. La proposta: una norma ad hoc

Preso atto che ci si trova al cospetto di una situazione emergenziale nuova, in cui – per le ragioni sin qui evidenziate, che rendono difficile e complesso anche quel che di regola e in condizioni ordinarie è facile e che abbattano le normali capacità di risposta anche per patologie diverse dal Covid-19, a fronte dello scompaginamento delle tradizionali modalità e priorità di intervento – non si può pretendere dal medico il rispetto delle cautele ordinariamente esigibili, nello sforzo di personalizzazione, in chiave limitativa, della responsabilità, la via obbligata da intraprendere sembra quella dell’introduzione di un’apposita disciplina volta ad ampliare l’area di esonero da responsabilità colposa, plasmata sulle peculiarità della *medicina dell’emergenza pandemica*. Nello stesso senso, peraltro, la questione è stata affrontata anche dal Comitato Nazionale di Bioetica, che, nel già richiamato parere reso lo scorso 8 aprile, ha riconosciuto, al § 4.2, come – al cospetto delle “*limitate risorse*

⁵ Un’accurata ricostruzione delle possibili soluzioni che, in applicazione dei principi generali e della disciplina vigente, consentirebbero di evitare eccessi punitivi nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie, anche in assenza di norme *ad hoc*, A. GARGANI, *La gestione dell’emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, cit., pp. 890 ss.

sanitarie disponibili durante l'emergenza, in termini tanto strutturali che organizzativi, incluso un organico spesso sottodimensionato, sia negli ospedali che nel territorio"; dell'esigenza di "dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti, a volte anche con dispositivi di protezione inadeguati, con un alto rischio di infettarsi e persino di morire" (corroborato dai numerosissimi decessi degli operatori sanitari); dell'incertezza scientifica che caratterizza la novità dell'attuale emergenza pandemica (nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone pratiche clinico - assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche); della preoccupante "proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica" – "vada presa in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19".

5.1. Condiviso il metodo, ci si può spingere a immaginare i contorni di un intervento di natura *sostanziale*, volto a offrire alla magistratura i necessari strumenti per escludere il rilievo penale di determinate condotte ed operare più agevolmente – *dopo* – sul piano processuale. A tal fine, la norma che si propone dovrebbe muoversi all'interno di un ben definito campo di applicazione funzionalmente connesso alla gestione del rischio Covid-19 e temporalmente limitato al perdurare dell'emergenza sanitaria e tenere conto di alcune direttrici di fondo: a) limitare la responsabilità penale degli operatori sanitari alle sole ipotesi di colpa grave, di qualunque matrice colposa (oltre all'imperizia, dunque, anche condotte connotate da negligenza e imprudenza); b) introdurre una definizione di colpa grave, nella quale siano elencati gli indici in base ai quali operare l'accertamento (sottraendolo così all'assoluta discrezionalità giurisprudenziale), dando peso rilevante ai fattori 'contestuali' ed 'emergenziali' (tra i quali, il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti, gli *standard* organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio emergenziale, l'eventuale eterogeneità della prestazione rispetto alla specializzazione del singolo operatore; ma anche il tempo a disposizione per assumere

decisioni o agire; l'oscurità del quadro patologico o il grado di atipicità, eccezionalità o novità della situazione); c) valutare l'opportunità di allargare l'area di irresponsabilità colposa (sempre dei soli operatori sanitari) anche a fattispecie diverse da lesioni e omicidio (si pensi ad altri eventi avversi e alla possibile contestazione del delitto di epidemia colposa nei riguardi del medico costretto ad operare in assenza di adeguati presidi protettivi); d) ragionare sul peso da attribuire, in una situazione di incertezza scientifica, al rispetto di linee-guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate.

L'esplicitazione degli indici di valutazione della colpa grave – momento qualificante della proposta – consentirebbe una apprezzabile standardizzazione della risposta giudiziale, senza tuttavia pregiudicare la possibilità di una diversa modulazione dell'accertamento che possa tenere conto delle peculiari circostanze del caso concreto, non trattandosi di un elenco tassativo; al contempo, attenuerebbe il timore che il tempo faccia “dimenticare” la situazione così particolare in cui i medici sono stati chiamati a operare, sterilizzando la pericolosa tendenza applicativa a valorizzare la logica del *senno del poi* nella valutazione delle condotte degli operatori sanitari.

Si tratterebbe, peraltro, di un intervento in grado di svincolarsi dai “tradizionali” dubbi legati a una disciplina di maggiore favore per la classe medica sul piano della compatibilità con i principi costituzionali; non v'è chi non veda, infatti, come, sotto il profilo della ragionevolezza e dell'uguaglianza declinate in senso sostanziale, un siffatto regime – diretto a calibrare la novità, l'eccezionalità e l'abnormità dell'impegno dei medici e la caratura dei rischi (anche per la loro salute) affrontati, onde evitare di trattare *in modo uguale* situazioni palesemente *diverse* – troverebbe giustificazione nelle oggettive peculiarità del contesto emergenziale oltre che nella difficoltà e nella pericolosità dell'attività sanitaria che, nel momento considerato, non appare comparabile con altre attività professionali, prive di analogo significato sociale e non implicanti, a loro volta, rischi e responsabilità così gravi per la vita o incolumità delle persone.

5.2. In questa direzione sembravano peraltro orientate alcune proposte discusse in sede di conversione in legge del d.l. n. 18 del 2020 (c.d. decreto “*Cura Italia*”). La mancata convergenza, in sede politica, sull’opportunità di estendere l’esenzione di responsabilità anche al settore della responsabilità civile e soprattutto con riferimento ai vertici amministrativi e gestionali delle strutture sanitarie ha impedito l’approvazione della proposta, trasformata in un ordine del giorno che ha impegnato il Governo ad avviare, in tempi molto rapidi, un Tavolo di lavoro per approfondire il tema nei suoi vari aspetti, coinvolgendo rappresentanti del Governo, dei gruppi parlamentari, delle regioni e delle province autonome, dell’Ordine dei medici e di altre categorie direttamente chiamate in causa. Da ciò che risulta, tale gruppo di lavoro sta andando avanti e, ad oggi (giugno 2020), le opzioni allo studio sono sostanzialmente tre: una scriminante *ad hoc* (sul modello dello stato di necessità e/o dell’adempimento del dovere) per la fase emergenziale; una norma che, lasciando impregiudicata la questione della responsabilità civile, escluda la rilevanza di tutti i fatti colposi, punendo solo quelli dolosi; sempre lasciando impregiudicato il profilo legato alla responsabilità civile, una causa di esonero da responsabilità per tutti i fatti colposi (siano cioè derivanti da imprudenza, negligenza o imperizia) purché non ascrivibili a colpa grave, accompagnata da una definizione di gravità della colpa.

In ogni caso, quale che sia la soluzione prescelta, la novella andrebbe approvata in tempi brevi; le indagini appena aperte proseguiranno per anni e l’allontanarsi dal momento emergenziale porterà con sé un inevitabile mutamento della percezione sociale e giudiziaria. È chiaro che, una volta finita l’emergenza, da un tale intervento se ne potrà trarre ulteriore beneficio in termini di più generale ripensamento della responsabilità colposa in ambito sanitario, riflettendo, da un lato, sull’esportabilità di una clausola definitoria generale di colpa grave che tenga esplicitamente conto dei c.d. fattori contestuali e, dall’altro, sui confini applicativi da assegnare alla non punibilità di cui all’art. 590-*sexies* c.p. oltre gli angusti limiti della sola imperizia lieve nella fase esecutiva.

6. Le strutture sanitarie

Per concludere, solo un cenno al diverso ma connesso tema della responsabilità delle strutture sanitarie, su cui come detto si è diviso il fronte politico. La questione chiama in causa principalmente il profilo civilistico e amministrativistico; ciò nonostante, non è del tutto svincolata dal rilievo penalistico, non solo perché inevitabilmente le Procure stanno oggi ampliando il raggio delle proprie indagini, concentrandosi sui vertici amministrativi e gestionali delle strutture, onde verificare se i deficit organizzativi riscontrati – soprattutto nella prima fase della diffusione del virus – siano in qualche modo riconducibili a scelte errate, a negligenze o a sottovalutazioni dei rischi anche da parte di chi ha rivestito (e spesso continua a rivestire) compiti di gestione; ma anche poiché, in prospettiva *de iure condendo*, una volta esclusa in sede penale la responsabilità del singolo operatore occorrerà interrogarsi se e a quale titolo si potrà poi chiamare in causa la struttura.

Per ragioni di uniformità, dunque, sarebbe auspicabile – in chiave di riforma – un allineamento dei regimi di imputazione della responsabilità; sulla falsariga di quanto prospettato nel corso dell'esame del decreto "*Cura Italia*", anche in ambito civile ciò comporterebbe il dare rilievo alla sola colpa grave, potendosi altresì richiamare l'art. 651-*bis* c.p.p. quanto agli effetti, nel giudizio civile o amministrativo, della sentenza penale di proscioglimento pronunciata per mancanza di colpa grave a seguito di dibattimento.

Si potrebbe al contempo ipotizzare un indennizzo a carico dello Stato, a favore di medici e più in generale di esercenti le professioni sanitarie che siano deceduti o abbiano subito danni permanenti a seguito di contagio nell'ambito del lavoro svolto in strutture sanitarie; tale soluzione avrebbe un non irrilevante effetto deflattivo del carico giudiziario, evitando la proposizione di azioni da parte di sanitari o loro eredi, dirette proprio a ottenere il risarcimento dei danni subiti nell'esercizio dell'attività lavorativa durante la fase emergenziale. Si potrebbe riflettere altresì sull'opportunità di prevedere forme indennitarie – in chiave di riequilibrio – anche nei confronti di familiari di pazienti deceduti, previo accertamento giudiziario della riconducibilità di tali eventi avversi a condotte dei sanitari connotate da colpa *non*

grave (per le quali si sia previsto il prospettato esonero di responsabilità civili e penali).

Queste considerazioni, legate alla condizione degli operatori sanitari quali vittime del contagio nell'esercizio delle loro funzioni, consentono di precisare ulteriormente come le responsabilità penali dei vertici amministrativi e gestionali vadano necessariamente ancorate all'accertamento di eventuali violazioni da parte di coloro che rivestano posizioni apicali e ruoli decisionali di disposizioni cautelari volte a garantire la sicurezza sul lavoro degli operatori stessi che ne abbiano cagionato la morte o lesioni per colpa⁶. Si tratta, dunque, di un capitolo distinto e svincolato da quello della responsabilità dei medici, a meno che questi ultimi non rivestano ruoli gestionali o che nei loro riguardi non emergano atteggiamenti di connivenza o addirittura complicità.

Ciò apre peraltro la strada, sempre sul versante penalistico, all'ipotesi anche di una responsabilità della struttura sanitaria ai sensi dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231 del 2001, in caso di omicidio e lesioni colposi nei confronti dei medici in caso di violazione di norme relative alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, qualora ovviamente ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi (vantaggio in termini di risparmio di spesa e colpa di organizzazione).

Ancora e infine, nel caso in cui dovesse emergere negli operatori la consapevolezza dell'epidemia in atto in una determinata struttura e che gli stessi, per evitare pregiudizi economici e non spaventare i pazienti, non abbiano adottato scientemente le dovute precauzioni, contemplate in precise disposizioni protocollari che siano state macroscopicamente violate, si profilerebbe a loro carico una vera e propria *accettazione del rischio* e dunque una responsabilità a titolo di dolo eventuale, con il paradossale corollario tuttavia di escludere la responsabilità dell'ente per l'assenza del reato presupposto.

⁶ Sul punto, significativamente, R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., pp.107 ss.; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, cit., pp. 893 ss.

SEZIONE SECONDA

PRESUPPOSTI E LIMITI DELL'ESERCIZIO DEL POTERE SANZIONATORIO

TRA AIUTO AL SUICIDIO E RIFIUTO DEI
TRATTAMENTI SANITARI. LA (NUOVA) AREA
DI ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ
DELL' AIUTO AL SUICIDIO*

VALERIA APICELLA

SOMMARIO: 1. Il potere sanzionatorio tra legge e interpretazione. – 2. Tra aiuto al suicidio e rifiuto dei trattamenti sanitari. – 3. L'area di non punibilità delineata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: uno spazio intriso dal diritto. – 4. Una sentenza manipolativa incidente sull'antigiuridicità. – 5. Prospettive *de iure condendo*.

Abstract: The Italian Constitutional Court, after having assigned the legislator a term of ten months, in order to let him decide the most appropriate discipline to ensure an adequate protection of human life of people suffering because of an irreversible illness, declared the constitutional illegitimacy *in parte qua* of art. 580 of the Italian Penal Code. Particularly, the Court designed an area exempted from liability of the crime of “aiding suicide”, in presence of certain specific conditions, in order to ensure protection of the human dignity of people maintained alive through life-sustaining treatments. These objective and subjective conditions have been borrowed from Act No 219 of 22 December 2017 and could be interpreted as (substantial) causes of justification.

De iure condendo, it cannot be excluded that the Italian legislator will intervene, even introducing non-punishability grounds.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Il potere sanzionatorio tra legge e interpretazione

Il carattere inedito della sentenza del 22 novembre 2019, n. 242 è stato in parte preannunciato dall'ordinanza del 16 novembre 2018, n. 207¹, con cui la Corte costituzionale ha sospeso il giudizio *a quo* e ha ammonito il legislatore ad intervenire entro il termine di dieci mesi, al fine di colmare il vuoto normativo esistente tra l'aiuto al suicidio punito dall'art. 580 c.p. ed il rifiuto delle cure espressamente consentito dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219².

Per la prima volta, i giudici della Consulta hanno aperto sin da subito al dialogo col Parlamento, nell'ottica di una leale collaborazione istituzionale, che potesse prevenire eventuali rischi di interferenze nella sfera del potere legislativo.

Tuttavia, il legislatore non ha risposto al dialogo, neanche mediante una richiesta di proroga dei termini fissati per il suo intervento.

La Consulta, allora, date le *“esigenze di ripristino della costituzionalità violata”*³ dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi – con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 – *“agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”*.

Con tale pronuncia la Corte ha consolidato la sua tendenza verso la costruzione di un potere sanzionatorio “dialogico” tra

¹ A. NATALINI, *Ordinanza monito con rinvio a data fissa, un caso da manuale*, in *Guida al diritto*, 2018, 49-50, p. 25 ss.; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, 1/2019, pp. 92 ss.

² *“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”*, pubblicate in G.U., Serie Generale n. 12, 16 gennaio 2018.

³ C. cost., 22 novembre 2019, n. 242, par. 6, *Ritenuto in fatto*.

legge e interpretazione, che coniughi la discrezionalità legislativa e l'esigenza di ripristinare "la costituzionalità violata"⁴.

Trattasi di una sentenza eclettica necessitata, che si inserisce nel solco di quelle "«creative», «aggiuntive» o «sostitutive» che hanno rappresentato il «nuovo corso» della sua giurisprudenza"⁵.

L'ampliamento dello spazio d'azione delle pronunce costituzionali sulla misura della sanzione penale incontra il limite delle "rime obbligate"⁶, limite recentemente affievolitosi in presenza di "precisi punti di riferimento" che consentano comunque di individuare una disciplina di supplenza sostitutiva di quella sanzionatoria ritenuta illegittima⁷.

In tale contesto, la discrezionalità del legislatore, pur stemperandosi, non è annullata. Da un lato, infatti, "se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro", dall'altro, la Corte sceglie la disciplina normativa "meno distante dalla logica di sistema (...) tra quelle che il legislatore stesso ha costruito"⁸.

In effetti, se è vero che "i poteri additivi non possono condurre all'assunzione di autonome scelte di creazione o di estensione della punibilità ovvero del trattamento sanzionatorio"⁹, sebbene non infrequenti siano state le sentenze produttive di effetti in *malam partem*¹⁰, non pare tuttavia

⁴ A favore di una pronuncia di accertamento dell'incostituzionalità sul modello tedesco con rinvio al legislatore che così "si riappropria della suo spazio di discrezionalità", M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale, fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici, (Considerazioni a margine della sentenza n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 297.

⁵ F. MODUGNO, *Corollari del principio di legittimità costituzionale e sentenze sostitutive della Corte*, in *Giur. cost.*, 1969, I, p. 104.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, p. 64.

⁶ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 1694 ss.

⁷ C. cost., 8 marzo 2019, n. 40; C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222; C. cost., 10 novembre, 2016, n. 236.

⁸ Relazione del Presidente G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, Roma, Palazzo della Consulta, 21 marzo 2019, p. 17.

⁹ Relazione del Presidente G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, p. 14. Per un approfondimento, C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa*, in *Dir. pen. con.*, 27 marzo 2019.

¹⁰ C. cost., 6 marzo 2019, n. 37.

incontrare alcuna preclusione l'adozione di pronunce aventi effetti favorevoli, specie sul regime sanzionatorio.

Nel caso di specie, invero, la Corte delinea i confini di un'area di esclusione della punibilità dell'agevolazione e/o aiuto al suicidio, puniti dall'art. 580 c.p. insieme all'istigazione al suicidio¹¹.

Si tratta, quindi, di una decisione *in bonam partem*, determinata dall'esigenza di garantire la legalità costituzionale che “*deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità*”¹².

2. Tra aiuto al suicidio e rifiuto dei trattamenti sanitari

Il processo di avvicinamento tra l'aiuto al suicidio e il rifiuto dei trattamenti sanitari era già stato avviato dalle “*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*” di cui alla legge 22 dicembre 2017, n. 217, una “*buona legge buona*”¹³, volta a tutelare il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona.

Quando la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. è stata posta all'attenzione della Corte costituzionale¹⁴, non erano più rinviabili le esigenze di tutela di tali diritti fondamentali e di adeguamento della disciplina dell'aiuto al suicidio al mutamento del quadro normativo e del contesto storico-sociale. Una decisione “*tradizionale*”¹⁵ o una declaratoria

¹¹ Sull'ingresso del multiculturalismo nel diritto penale, che è per definizione assimilazionista, per il tramite della riduzione della portata incriminatrice di una norma o del suo impatto sanzionatorio, si veda M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, Riv. it. dir. proc. pen., 3/2010, p. 1067.

¹² C. cost. 22 novembre 2019, n. 242, par. 4, *Considerato in diritto*.

¹³ S. CANESTRARI, “*Una buona legge buona*”: la l. n. 219 del 2017 e la relazione medico-paziente, in *Diritto e Salute*, 4/2018, p. 51.

¹⁴ Per un approfondimento sul perimetro della questione di legittimità costituzionale si veda C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sist. pen.*, 12/2019, pp. 33 ss.

¹⁵ A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2/1992, p. 3213. Ad esempio, una sentenza additiva di principio non avrebbe costretto il legislatore ad attivarsi, pur imponendogli il vincolo positivo di “*disegnare una disciplina che contempra e svolga il principio «aggiunto»*”.

di inammissibilità della questione avrebbero rischiato di creare un *vulnus* incolmabile.

L'agevolazione/aiuto al suicidio¹⁶ (art. 580 c.p.) integra una fattispecie definita dalla dottrina naturalisticamente plurisoggettiva e normativamente monosoggettiva¹⁷, in cui, nell'ottica del Codice Rocco, la vita umana veniva protetta non in quanto tale, ma in quanto funzionale alla realizzazione di interessi aventi una dimensione pubblicistica.

L'indisponibilità del bene vita non sembra più costituire un dogma, una certezza assoluta¹⁸.

Orientando in senso costituzionale il bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p., il fulcro dell'interpretazione è costituito dall'esigenza di proteggere la vita umana dei soggetti più deboli e vulnerabili¹⁹.

Ma tale protezione non può tradursi *tout court* in paternalismo²⁰ e non può precludere scelte libere e consapevoli.

G. ZAGREBELSKI, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, in Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 8 e 9 novembre 1991, Milano, 1993, p. 116. La Corte costituzionale del passato, invece, dinanzi ad una pluralità di soluzioni possibili, si sarebbe probabilmente rifugiata in una pronuncia di inammissibilità per il timore di violare il principio di tutela della discrezionalità del legislatore.

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147, *Munà*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 466 ss. Viene delineato un concetto ampio di aiuto al suicidio, esteso a tutte le azioni od omissioni idonee ad attuare e/o a facilitare l'attuazione del proposito di suicidio autonomamente formatosi in capo al richiedente.

¹⁷ A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in F.S. MARINI - C. CUPELLI (a cura di), *Il Caso Cappato, riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, p. 339.

¹⁸ A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. processo*, 6/2019, p. 809.

¹⁹ C. CUPELLI, *Il caso Cappato. L'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. con.*, 3 dicembre 2018, par. 8.1. Secondo l'A., la Corte non legittima un diritto a morire, piuttosto valorizza la massima declinazione della tutela della dignità umana, estendendone lo spettro applicativo alla "*libertà di autodeterminazione nelle situazioni di estrema vulnerabilità della persona, legate alla fase terminale della vita (non tanto un diritto a morire con dignità, quanto piuttosto un diritto alla piena dignità anche nella morte)*".

²⁰ G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, pp. 227 ss.; A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europea-*

Anche chi dipende da trattamenti di sostegno vitale ha diritto all'esercizio dei propri diritti, di cui, altrimenti, finirebbe per essere solo formalmente titolare.

Tra questi, vi è il diritto di rifiutare qualunque trattamento sanitario, ivi compresi la nutrizione e l'idratazione artificiali, ancorché costituiscano l'unico strumento idoneo a mantenere in vita il soggetto (art. 1, comma 5, l. 219/2017). Tale disposizione costituisce la declinazione in norma primaria dell'art. 32, comma 2, Cost.²¹, secondo cui nessuno può essere obbligato a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario contro la propria volontà, salvo che questo sia imposto dalla legge, entro i limiti del rispetto della persona umana.

Il Giudice delle leggi precisa che *“la declaratoria di incostituzionalità attiene, infatti, in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia ai trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge ora citata”*²².

In altri termini, le condizioni oggettive e soggettive previste dalla l. 219/2017 per l'esercizio del diritto a “lasciarsi morire” mediante il rifiuto delle cure costituiscono i “punti di riferimento” legislativi adottati dalla Consulta per attenuare il divieto assoluto di aiuto al suicidio e sostituire la disciplina sanzionatoria ritenuta illegittima con soluzioni suppletive già presenti nell'ordinamento²³.

continentale e anglo-americana a confronto, G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), Torino, 2008, pp. 83 ss.

²¹ G. BALDINI, *Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT): prime riflessioni*, in *Diritto e Salute*, 4/2018, p. 33.

²² C. cost., 22 novembre 2019, par. 5, *Considerato in diritto*.

²³ Sull'inopportunità di ricondurre il rifiuto delle cure all'eutanasia cd. passiva si veda U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, Milano, 2018, pp. 2 ss. Per un approfondimento, S. TORDINI CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in S. CANESTRARI - G. FORNASARI, *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, pp. 114 ss. Per un confronto con l'ordinamento tedesco, R. ALAGNA, *Eutanasia e diritto penale in Germania*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2012, pp. 873 ss.

La Consulta, dunque, segna i confini di quel processo di avvicinamento sopra accennato tra il rifiuto delle cure e l'aiuto al suicidio.

Tuttavia, resta ferma la divergenza sul piano naturalistico e causale tra i due fenomeni, il cui minimo comune denominatore è costituito dall'*exitus*.

Nel primo caso, la morte è la conseguenza del normale decorso causale della malattia e non vi è alcun dominio umano circa il *quomodo* e il *quando* della sua verifica. Nel secondo caso, invece, la condotta tendenzialmente attiva di un terzo innesta un processo causale del tutto autonomo: la morte non è più conseguenza della patologia irreversibile, bensì dell'azione umana²⁴.

A parere della Consulta, la possibilità di modificare la propria volontà accomunerebbe il diritto al rifiuto delle cure e l'aiuto al suicidio, in cui "*l'interessato conserva, per definizione il dominio sull'atto finale che innesta il processo letale*"²⁵.

Dunque, il riconoscimento legale, seppur implicito, del diritto a lasciarsi morire, a certe condizioni, ha reso ormai anacronistica l'incriminazione indiscriminata dell'aiuto al suicidio.

Perciò, se la Corte costituzionale non avesse delimitato, con un bilanciamento delicatissimo, le condizioni che consentono di escludere la punibilità di chi aiuta malati terminali a realizzare un proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi, l'ordinamento avrebbe rischiato di entrare in contraddizione con sé stesso.

Del resto, la Costituzione non impone un obbligo coercibile²⁶ o un dovere di vivere²⁷, né prevede il diritto di

²⁴ Sulle differenze sul piano causale tra il distacco di un respiratore automatico e un'iniezione letale si veda M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 3/2007, pp. 902 ss., par. 7.

²⁵ C. cost., 22 novembre 2019, n. 242; sul punto C. CUPELLI, *Il Parlamento cit.*, p. 48. L'A. osserva che la sedazione profonda continua è connotata da un tasso di irrevocabilità.

²⁶ F.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 07-08/2018, p. 2306.

²⁷ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord.*

morire²⁸. Di qui la disponibilità del diritto alla vita²⁹, quantomeno per il suo titolare³⁰.

La vita umana è tutelata in via trasversale³¹, in quanto costituisce il presupposto di tutti i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati e in continuo divenire per il tramite dei principi di solidarietà e di libertà (artt. 2 e 13 Cost.).

Il principio di solidarietà sociale consente, infatti, l'adeguamento evolutivo dei principi e dei valori fondanti l'ordinamento giuridico in un determinato periodo storico e segna l'esigibilità dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Così, alla luce del combinato disposto degli art. 2, 13, 32 della Costituzione, si è affermato il diritto all'autodeterminazione terapeutica³², il cui nucleo essenziale è

n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in *Rivista AIC*, 2/2019, pp. 656-657; *contra*, A. RUGGERI, *Op. cit.*, p. 94.

²⁸ Del pari, con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte non ha legittimato un diritto a morire, come sostenuto da C. CUPELLI, *Il caso Cappato cit.*, par. 8.1.

²⁹ G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2/2017, p. 8. Secondo l'A., è "disponibile e rinunciabile (per altro con qualche limite) non solo il diritto (alla salute e) a curarsi, ma anche il diritto alla vita, inteso come pretesa sia a «lasciarsi morire», sia a procurarsi, mediante aiuto od intervento di altri, la morte".

³⁰ F.M. FLICK, *Op. cit.*, pp. 2306-2310.

³¹ Sul fondamento nell'art. 2 Cost. della tutela costituzionale del diritto alla vita si veda *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia*, Varsavia, 30-31 marzo 2006, p. 12. Sul piano eurounitario, si vedano l'art. 2 Cedu, gli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Corte Edu, sez. IV, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02. "The very essence of the Convention is the respect of human dignity and human freedom. Without in any way negating the principle of sanctity of life, the Court considers that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance" (par. 65). "It does not appear to be arbitrary to the Court for the law to reflect the importance of the right to life by prohibiting assisted suicide while providing for a system of enforcement and adjudication which allows due regard to be given in each particular case to the public interest" (par. 76).

³² C. cost., 22 novembre 2019, n. 242: "Il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32,

rappresentato dall'esercizio del diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario, espressamente riconosciuto dall'art. 1, comma 5, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

La solidarietà, in questi casi, non impone un obbligo di attivarsi, bensì il dovere del medico di rispettare l'aspirazione del malato alla maggiore riduzione possibile delle proprie sofferenze³³.

La dignità umana³⁴ assume così a principale parametro di riferimento per la definizione del concetto di solidarietà costituzionalmente affermato³⁵, e, al contempo, segna il limite all'imposizione legale dei trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge (art. 32, comma 2, Cost.).

3. L'area di non punibilità delineata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: uno spazio intriso dal diritto

L'art. 580 c.p. viene dichiarato incostituzionale nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, in presenza di determinate condizioni, accertate da una struttura del SSN e previo parere favorevole del comitato etico territorialmente competente.

I giudici della Consulta ribadiscono in più punti che la pronuncia incide, escludendola, sulla punibilità³⁶, senza tuttavia specificarne il regime giuridico.

secondo comma, Cost., imponendogli in un'ultima analisi un'unica modalità per congedarsi alla vita".

³³ M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 10.

³⁴ Sulla possibilità che la sent. n. 242 del 2019 abbia voluto scongiurare un cortocircuito tra il concetto di dignità soggettiva (emergente dall'ord. n. 207 del 2018) e oggettiva (richiamato dalla sent. n. 141 del 2019), si veda C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere* cit., p. 46. Sulla scomparsa del riferimento alla dignità del malato, presente invece nell'ordinanza n. 207 del 2018, M. D'AMICO, *Op. cit.*, p. 292.

³⁵ G.M. PALMIERI, *La scriminante procedurale come strumento di garanzia per le ipotesi di suicidio medicalmente assistito*, in *Dir. e Giust. Min.*, 3-4/2018.

³⁶ C. cost., 22 novembre 2019, n. 242, par. 6 e 7: "*La presente declaratoria di incostituzionalità si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. [...] I requisiti procedurali dinanzi indicati, quali condizioni per*

Spetta allora all'interprete stabilire a quale istituto giuridico pare più opportuno ricondurre l'area di non punibilità tracciata dalla Corte.

A tal fine, le disposizioni della legge 219/2017 costituiscono un indice ermeneutico indicato dalla stessa Consulta. Infatti, la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. è limitata alle ipotesi in cui la condotta agevolatrice dell'attuazione del proposito di suicidio sia attuata con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 219/2017.

Più nel dettaglio, l'art. 1, comma 6, prevede un'esenzione da "responsabilità civile o penale" per il medico che adempie al suo dovere, rispettando la volontà del paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo³⁷.

Tale effetto scriminante evoca le cause di giustificazione, la cui disciplina generale è tracciata dall'art. 59 c.p. Secondo l'impostazione prevalente, le "cause di esclusione della punibilità" ivi previste possono essere suddivise in tre distinti sottogruppi: le cause di giustificazione (o scriminanti), le scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto (o "limiti istituzionali della punibilità")³⁸.

Dall'inquadramento di una determinata "causa" in una o nell'altra categoria discendono conseguenze di non poco momento.

Senza altro può escludersi che l'area di non punibilità designata dalla sentenza in commento possa essere ricondotta nell'ambito delle scusanti, che si caratterizzano per l'inesigibilità di un certo comportamento ed incidono sulla colpevolezza³⁹.

la non punibilità dell'aiuto al suicidio, (...) valgono per i fatti successivi alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica".

³⁷ Art. 1, comma 6, legge 22 dicembre 2017, n. 219: "Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali".

³⁸ C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2016, p. 338.; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, pp. 285 ss.

³⁹ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, IV ed., Milano, 2017, p. 438.

Inoltre, non sembrano neanche potersi rinvenire i caratteri propri delle cause di non punibilità in senso stretto, che sottendono una valutazione di opportunità politico-criminale (che compete al legislatore) circa l'esigenza di punire o meno un certo comportamento.

Le cause di non punibilità in senso stretto presentano una rilevanza oggettiva, al pari delle cause di giustificazione, ma a differenza di queste, non sono suscettibili né di estensione analogica, né di applicazione ad eventuali concorrenti nel reato (art. 119 c.p.). Inoltre, la loro putatività è irrilevante⁴⁰ e, come le scusanti, non elidono la responsabilità civile.

L'esenzione da responsabilità civile e penale prevista a favore del medico dall'art. 1, comma 6, legge 219/2017 pare indirizzare l'interprete verso la configurabilità di una causa di giustificazione.

Un ulteriore indice in tal senso può rinvenirsi nell'inevitabile esistenza di un conflitto di interessi sotteso al diritto al rifiuto delle cure e alla richiesta estrema di aiuto al suicidio, in assenza di alternative dignitose disponibili (tra queste, vi è l'accesso alle cure palliative⁴¹, che costituiscono un "*pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente*"⁴²).

La risoluzione di tale conflitto di interessi coesistenti chiama in causa il "*principio del miglior bilanciamento delle ragioni (e degli interessi in gioco), che da più parti è ormai indicato come il fondamento dell'effetto scriminante delle cause di giustificazione*"⁴³.

Nelle scriminanti, infatti, viene in rilievo un conflitto di valori, determinato dalla stessa legge, che da un lato autorizza, dall'altro vieta un certo comportamento.

Il legislatore effettua un bilanciamento tra gli interessi in gioco e predispone norme "autorizzatrici" che, in presenza di

⁴⁰ G. RICCIO, *Immunità, D. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 186-187.

⁴¹ "*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*", legge 15 marzo 2010, n. 38, G. U., Serie Generale n. 65, 19 marzo 2010.

⁴² C. cost., 22 novembre 2019, n. 242, par. 2.4 *Considerato in diritto*.

⁴³ A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 325.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 143.

certe condizioni, rendono lecito quel fatto, in relazione al quale si pongono, secondo la teoria bipartita del reato⁴⁴, come elementi negativi. Aderendo, invece, alla teoria tripartita⁴⁵, verrebbe meno l'antigiuridicità del fatto tipico.

Sono tuttavia ammesse anche cause di giustificazioni tacite, in cui è rimessa all'interprete l'individuazione del punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, al fine di consentire l'adeguamento costante della norma alla complessità e al pluralismo ordinamentali. Altrimenti, l'attrazione forzosa di tutte le possibili scriminanti nell'ambito di una previsione di legge *“lungi dal realizzare meccanicisticamente presunte esigenze costituzionali, finirebbe piuttosto per negare la realtà, la vitalità e la complessità (la ‘storia’?) di quell’ordinamento totale in cui vive anche il penale”*⁴⁶.

Il collegamento tra la legittimità dell'aiuto al suicidio e il rispetto di una serie di regole procedurali ha condotto una parte della dottrina⁴⁷ a ritenere sussistente una scriminante procedurale⁴⁸, categoria di creazione dottrinale a matrice tedesca, la cui configurabilità è tutt'altro che pacifica⁴⁹.

A parere di chi scrive, le maggiori difficoltà che presenterebbe l'inquadramento nell'ambito delle scriminanti procedurali vanno rinvenute nella loro operatività *ex ante* e nella pretesa di eliminare la valutazione *ex post* da parte del giudice circa la sussistenza delle condizioni richieste ed il rispetto delle procedure previste.

⁴⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, p. 214.

⁴⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 1985, p. 71.

⁴⁶ F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, pp. 1050 ss.

⁴⁷ A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio* cit., pp. 343 ss.

⁴⁸ Per un approfondimento sulle scriminanti procedurali si vedano M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 27 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, pp. 1269 ss.; F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, pp. 1041 ss.

⁴⁹ In senso critico M. ROMANO, *Op. cit.*, pp. 1269 ss.; M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica (o solo) una critica per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2009, pp. 1646 ss.

Come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, un “controllo preventivo sull’effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta” di agevolazione al suicidio consentirebbe di “evitare che la sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice dia luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi «per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità»”⁵⁰.

Inoltre, se da un lato l’esclusione della punibilità è subordinata al rispetto di una ‘procedura medicalizzata’, dall’altro, l’osservanza di determinati passaggi procedurali non assorbe di per sé l’obbligo per il personale sanitario di attenersi a regole di perizia, diligenza e prudenza.

Occorre quindi prevedere la possibilità che i soggetti coinvolti in tale procedimento incorrano in errore in una delle fasi della procedura, sia *ex ante*, nell’individuazione delle condizioni che legittimano il ricorso alla procedura medicalizzata, sia *ex post*, nella fase esecutiva della procedura stessa. Trattasi, infatti, pur sempre di attività umana, come tale fallibile e limitata.

Non è un caso che proprio nell’ambito dell’attività medica, il legislatore ha di recente tenuto conto in maniera specifica della rilevanza dell’errore, mediante una graduazione della colpa (prima per espressa previsione dell’art. 3, comma 1, d.l. 158/2012⁵¹, abrogato dall’art. 6, comma 2, legge 8 marzo 2017, n. 24⁵², poi mediante l’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 590-*sexies* c.p. operata dalle Sez. Un. 22 febbraio 2018, n. 8770), che consente di esonerare da responsabilità penale il medico che incorra in un errore esecutivo per imperizia lieve.

Peraltro, la necessità di una verifica sul rispetto dei requisiti procedurali previsti è ancora una volta richiamata dalla Consulta,

⁵⁰ C. cost., 22 novembre 2019, n. 242, par. 5.

⁵¹ “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”, convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189.

⁵² “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti la professione sanitaria”, pubblicate in G.U., Serie Generale n. 64, 17 marzo 2017.

nella parte in cui, riferendosi alle vicende pregresse alla l. 219/2017 (in cui va ricondotto il caso Cappato), dispone che le condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione all'aiuto abbiano formato oggetto di verifica non solo in ambito medico, ma anche da parte del giudice nel caso concreto⁵³.

Come si vede, si richiede addirittura un controllo bifasico, in virtù della “*permanente e non secondaria tutela della vita*”, dinanzi ad una scelta “*che produce di regola effetti immediatamente mortali*”⁵⁴.

Per tali ragioni, pare non potersi prescindere dalla “*verificabilità ex post, da parte del giudice penale, delle quattro condizioni lato sensu scriminanti individuate dall’ordinanza n. 207 del 2018: condizioni la cui coesistenza risulterebbe largamente idonea a evitare che la dichiarazione di incostituzionalità possa preludere a una vanificazione della tutela dei soggetti vulnerabili*”⁵⁵.

Eventuali automatismi volti ad escludere *tout court* la punibilità rischierebbero di creare una zona franca, sottratta al sindacato del giudice, in una materia delicatissima che richiede l’individuazione del confine sottile tra aiuto al suicidio punibile e aiuto al suicidio non punibile.

Una parte della dottrina⁵⁶, seguendo le norme della dottrina tedesca⁵⁷, ha idealmente tracciato il perimetro di uno “*spazio libero dal diritto*”⁵⁸, in cui liceità e illiceità si astraggono per lasciare il posto ad una zona grigia amorfa.

Non può ritenersi che tanta strada sia stata percorsa, tanta fatica sia stata profusa, coinvolgendo giudici, avvocati e ammalati, per arrivare ad affermare l’esistenza di uno spazio

⁵³ C. cost., 22 novembre 2019, n. 242, par. 7, *Considerato in diritto*.

⁵⁴ M. DONINI, *Il caso Welby* cit., pp. 902 ss.,

⁵⁵ C. cost., 22 novembre 2019, par. 6, *Ritenuto in fatto*.

⁵⁶ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018.

⁵⁷ W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Nomos, Baden Baden, 1994, pp. 731 ss.; ID., *Strafen im Rechtsstat*, Nomos, Baden Baden, 2000, pp. 109 ss.

⁵⁸ A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, in *Festschrift Maurak*, Karlsruhe, 1972, pp. 327 ss. In senso critico, R. ALAGNA, *Eutanasia e diritto penale in Germania*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2012, p. 873 ss. (si veda, in particolare, la nota n. 11).

libero dal diritto, in cui vagherebbero, indisturbate, scriminanti procedurali.

I principi generali dell'ordinamento operano, silenziosamente, quali argini incontrastati e baluardo di legalità in uno spazio giuridico intriso dal diritto.

La mera individuazione di procedure da seguire al fine di rendere lecito un certo comportamento non vale di per sé a giustificare l'elaborazione di un nuovo statuto penale delle cause di giustificazione, sottratto, tra l'altro, al sindacato del giudice.

In conclusione, *“quando si dice che la procedura è una nuova causa di giustificazione si dice una cosa inesatta, se con ciò si intende affermare che è la procedura a rappresentare la «ragione giustificante»”*⁵⁹. Per tale via, si esautora il diritto sostanziale dalla giustificazione, trascurando che *“in effetti è il diritto sostanziale che continua a contenere una chiara definizione dei presupposti di liceità”*⁶⁰.

Alla luce di tali considerazioni, quand'anche si voglia inquadrare l'area di non punibilità individuata dai giudici costituzionali nell'ambito delle scriminanti procedurali, non può prescindersi da una verifica circa il rispetto delle condizioni (elaborate dall'interprete alla luce dei parametri forniti dalla l. 219/2017) e delle procedure individuate dal legislatore nella legge n. 219/2017.

4. Una sentenza manipolativa incidente sull'antigiuridicità

La Consulta opera una *“diversa scansione del contenuto della pronuncia sul piano temporale”* (§ 7), dal momento che le condizioni procedimentali ivi delineate non risulterebbero mai puntualmente soddisfatte in relazione ai fatti pregressi all'entrata in vigore della legge 219/2017 (come il caso Cappato).

In tali ipotesi, il parametro di riferimento per la legittimità della condotta è costituito dalla idoneità delle modalità di agevolazione ad offrire “garanzie sostanzialmente equivalenti” (§ 7).

⁵⁹ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi cit.*, par. 8.

⁶⁰ *Ibid.*

In particolare, il giudice dovrà accertare, caso per caso, la ricorrenza di condizioni analoghe a quelle delineate dalla Corte: a) la verifica in ambito medico della capacità del soggetto di compiere scelte libere e consapevoli, della ricorrenza di una patologia irreversibile, fonte di sofferenze psicofisiche, e della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale; b) una chiara ed univoca manifestazione di volontà da parte dell'interessato; c) un'adeguata informazione circa la possibilità di ricorrere a soluzioni alternative, tra cui le cure palliative e la sedazione profonda continua (§ 7).

Il rischio di una burocratizzazione che possa “*spersonalizzare e ridurre a mere formalità le procedure da seguire per legittimare agevolazioni al suicidio*”⁶¹ emerge già dalla sentenza del giudice *a quo* del caso che ha dato origine a tale pronuncia.

Invero, la Corte di assise di Milano⁶², dopo aver effettuato una ricognizione della sussistenza delle condizioni procedurali indicate dalla Consulta, assolve l'imputato “*perché il fatto non sussiste*”, riducendo ai minimi termini la questione relativa all'incidenza della pronuncia costituzionale sulla tipicità ovvero sull'antigiuridicità.

Già nell'ordinanza di rimessione del giudizio di legittimità costituzionale⁶³, la Corte di assise di Milano aveva prospettato una pronuncia a carattere meramente ablativo.

Tuttavia, la Consulta ha trovato un modo per ovviare alle conseguenze negative che una simile tipologia decisoria avrebbe comportato, e, al contempo, ha ribadito la necessità dell'intervento di una “*sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati*” (§ 9)⁶⁴.

⁶¹ C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2020.

⁶² Corte di Assise di Milano, 30 gennaio 2020, n. 8.

⁶³ Ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43, pubblicata in G.U., Prima serie speciale – Corte costituzionale n. 11 del 14 marzo 2018. Per una critica a tale impostazione, si veda C. cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, par. 3.

⁶⁴ Sulla portata delle clausole di transitorietà si veda G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un intervento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2019, pp. 26 ss.

La “*sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice*” avrebbe causato “*intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità*”⁶⁵.

Tuttavia, i giudici milanesi hanno ritenuto che “*la pronuncia di incostituzionalità riduce sotto il profilo oggettivo la fattispecie, escludendo che configuri reato la condotta di agevolazione al suicidio che presenti le caratteristiche prescritte. È il meccanismo di riduzione dell’area di sanzionabilità penale che non opera come scriminante ma incide sulla struttura oggettiva della fattispecie*”⁶⁶.

In realtà, anche le cause di giustificazione incidono sul piano oggettivo della fattispecie e, se si aderisce alla teoria bipartita del reato, anche in tal caso la formula assolutoria applicabile è quella piena “perché il fatto non sussiste”.

Peraltro, la questione relativa alla decodificazione dell’area di non punibilità operata dalla Corte costituzionale presenta una complessità maggiore rispetto a quella della mera alternativa tra esclusione della tipicità e configurazione di una scriminante.

Come sopra anticipato, il termine “non punibilità” comprende categorie con effetti escludenti a declinazione variabile (elidendo la responsabilità civile e penale a seguito di un bilanciamento degli interessi in conflitto, ovvero escludendo la colpevolezza in caso di inesigibilità di un certo comportamento, o, ancora, incidendo sulla punibilità, per ragioni di opportunità politico-criminale).

La stessa Corte costituzionale 29 marzo 1989, n. 167, ha ricondotto alla “*non punibilità*” tanto le “*vere e proprie situazioni scriminanti, quanto quelle di mera esenzione da pena per ragioni di opportunità*” (par. 3).

Per le ragioni sopra esposte, pare preferibile propendere per la tesi secondo cui l’area di non punibilità dell’aiuto al suicidio individuata dalla Consulta incide non sulla tipicità, ma sull’antigiuridicità.

⁶⁵ C. cost., 22 novembre 2019, n. 242, par. 5, *Considerato in diritto*.

⁶⁶ Corte di Assise di Milano, 30 gennaio 2020, n. 8, p. 16.

Ne consegue che la sentenza n. 242 del 2019 può essere ricondotta nel *genus* delle sentenze manipolative, *sub specie* di sentenza additiva di regola (o di meccanismo)⁶⁷.

5. Prospettive *de iure condendo*

Di recente, dinanzi a un diritto penale “totale”⁶⁸, si registra la tendenza del legislatore a ritagliare degli spazi di esclusione della punibilità, anche in relazione a specifiche ipotesi di reato (ne è un esempio l’art. 590 *sexies*, comma 2, c.p.).

In un’epoca di pan-penalizzazione, fioriscono cause di non punibilità in senso stretto volte a mitigare il rigore punitivo e sanzionatorio.

Ci si chiede, allora, se i giudici della Consulta, con il richiamo al concetto di esclusione della punibilità abbiano voluto indirizzare in questo senso il legislatore, cui spetta l’ultima parola sulla questione, nell’esercizio del suo potere discrezionale.

Come già evidenziato *supra*⁶⁹, la sentenza n. 242/2019 contiene molteplici richiami al concetto di punibilità, *rectius* di “condizioni per la non punibilità”, di “esclusione della punibilità”⁷⁰, che farebbero prospettare la configurazione di cause di esclusione della punibilità in senso stretto.

Queste ultime, tuttavia, trovano la loro giustificazione in ragioni di opportunità politico-criminale, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore, che deve, quindi, prevederle espressamente.

⁶⁷ C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso* cit., par. 5. Per un approfondimento sulle tipologie di pronunce della Consulta, si veda M. BELLOCCI - T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Quaderno del Servizio studi della Corte costituzionale* (STU 219), Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010. A favore di una sentenza additiva, F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivista AIC*, 4/2019, p. 323. M. RUOTOLO, *Op. cit.*, p. 661.

⁶⁸ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

⁶⁹ Si veda par. 3 di questo articolo.

⁷⁰ Si vedano i paragrafi 6, 7, 8, *Considerato in diritto*, della sentenza in commento.

Volendo tracciare idealmente una linea del tempo, segnata da tre momenti cruciali – l’entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219, la declaratoria di incostituzionalità *in parte qua* dell’art. 580 c.p. del 22 novembre 2019 e il futuro intervento del legislatore – le condizioni oggettive e soggettive idonee a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio potrebbero essere inquadrare, guardando al passato, nell’ambito delle cause di giustificazione tacite; oggi, alla luce delle considerazioni svolte, pare preferibile ricondurle alle scriminanti sostanziali, i cui presupposti e limiti vanno individuati alla luce della legge n. 219/2017 e della sentenza n. 242/2019.

De iure condendo, invece potrebbe prospettarsi l’istituzione da parte del legislatore di una causa di esclusione della punibilità, sul modello di quella prevista dall’art. 590 *sexies*, comma 2, c.p., che si lega al rispetto delle raccomandazioni contenute nelle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali nelle fasi dell’individuazione, applicazione ed esecuzione delle regole procedurali più appropriate al caso concreto⁷¹.

Un dato è certo: il fine ultimo che dovrà guidare il futuro intervento del legislatore va individuato nell’esigenza di proteggere la vita umana delle persone più deboli e vulnerabili, quali sono le persone affette da una patologia irreversibile, tenute in vita mediante trattamenti di sostegno vitale, le cui sofferenze intollerabili si rivelano resistenti anche alle cure palliative e alla terapia del dolore, ma la cui capacità di scegliere liberamente e consapevolmente costituisce l’ultimo barlume di speranza e umanità. A loro – e ai loro familiari – va il merito di aver aperto per primi al dialogo istituzionale, alla ricerca di un bilanciamento tra il diritto alla vita e il diritto a non soffrire, *rectius* a non prolungare ulteriormente le proprie sofferenze.

⁷¹ In questo senso, M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali. L’opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.*, 6/2018, pp. 2855 ss., par. 10: “*Per es. statuendo in un art. 580 c.p. comunque riformato, che «la punibilità è esclusa quando l’aiuto a morire per mano propria sia avvenuto nel rispetto delle linee-guida approvate ai sensi della legge n. etc.»*, si potrebbe optare di fatto per la previsione di una disciplina sull’aiuto a morire in forma sia omissiva-interruttiva e sia in forma di cooperazione col malato”.

E, se il legislatore resta inerte, i diritti non arretrano e si (ri)affermano per il tramite del loro garante, la Corte costituzionale.

NOTE SULLA ISTITUZIONE DELLA PROCURA EUROPEA*

BIANCA BALLINI

SOMMARIO: 1. La tutela penale degli interessi finanziari europei. – 2. L'uropeizzazione della pubblica accusa e l'attuazione processuale dei programmi di tutela. – 3. I possibili indici nel segno di una “unificazione nazionalizzata”.

Abstract: The protection of the European Union's financial interests against criminal offences has always been a priority for the European Union (and previously for the European Community). For this reason, it has been a main basis for the development of supranational competences which impacted on the penal systems of the Member States. On the one hand, the need of an appropriate protection has ultimately led to granting an indirect competence to the Union in the context of criminal law, resulting in its criminal laws entering the national legal systems through the filter of national legislators. On the other hand, an urgent need for a satisfactory enforcement of its legislations in this field was at the basis of the creation of an European Public Prosecutor's Office, responsible for prosecuting crimes affecting financial interests of the EU. At a first glance, this seems to innovate previous models of the European integration, since it has given the Union a direct access to national criminal proceedings. Nonetheless, the actual impact of the change should be considered in the light of the features and the functioning of the new Office.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. La tutela penale degli interessi finanziari europei

Nel progressivo e travagliato ingresso del diritto europeo sulla scena dei sistemi penali nazionali, la necessità di tutelare efficacemente gli interessi finanziari dell'Unione (e prima ancora della "Comunità") ha rivestito un ruolo di primo piano.

La protezione di tali interessi contro le attività illecite realizzate a loro detrimento è stata invocata con una certa urgenza dall'ordinamento europeo sin da epoca risalente¹, giungendo persino ad esser annoverata tra gli obiettivi autonomi della Comunità². Ciò non dovrebbe sorprendere: così come per gli Stati nazionali, anche gli interessi finanziari dell'Unione, cioè essenzialmente le entrate e le uscite dei suoi bilanci³, costituiscono per essa il bene istituzionale per eccellenza, al quale sono legati a doppio filo la sua stessa esistenza ed il suo funzionamento⁴.

Se da un lato la natura strettamente sovranazionale del bene in questione e la lamentata inefficacia di un'azione di contrasto decentrata e frammentata abbiano sempre deposto a favore di una

¹ Già nel 1976 la Commissione proponeva di riformare i Trattati istitutivi onde adottare una regolamentazione comune in materia di tutela penale degli interessi finanziari; v. il progetto di revisione presentato al Consiglio il 10 agosto 1976 (GUCE C/222, del 22 settembre 1976), consultabile su *eur-lex.europa.eu*.

² Così, C. giust. CE, 18 novembre 1999, *Commissione c. Consiglio*, C-209/97, in *eur-lex.europa.eu*.

³ Il concetto di "interessi finanziari" non ha mai trovato una definizione nel diritto primario. Una sua puntuale definizione è oggi offerta, in maniera pressoché analoga, da plurimi atti di diritto derivato, quali: il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, istitutivo di una Procura europea; la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale; il Regolamento (UE, Euratom) 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 settembre 2013, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF).

⁴ Li definisce "bene istituzionale", con ciò differenziandoli dalla categoria dei "beni nascenti dalla regolamentazione comunitaria", G. GRASSO, *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli agenti delle Comunità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 630.

tutela penale affidata al legislatore europeo⁵, dall'altro sono sempre mancati i presupposti legittimanti l'attribuzione di una siffatta competenza.

Nell'ordinamento italiano, per quanto l'art. 11 Cost. possa consentire in linea teorica anche la cessione del monopolio punitivo penale, il contenuto più intimo ed indefettibile del principio di legalità *sub specie* riserva di legge (art. 25, co. 2 Cost.) impedisce che ciò avvenga in favore di entità sprovviste di un'ampia legittimazione democratica, come da sempre e ancora oggi lo sono per l'appunto le istituzioni europee⁶.

L'impossibilità di un intervento diretto della Comunità (e dell'Unione poi) nella materia penale ha forzato lo sviluppo di un diverso modello di tutela, il cui tratto caratterizzante, nonostante le diverse sfaccettature che ha assunto nel tempo, è rimasto quello dell'affidamento della funzione di produzione normativa in capo ai competenti organi nazionali⁷.

Come si diceva, la materia degli interessi finanziari ne ha costituito il terreno d'elezione.

Il primo passo in questa direzione fu compiuto dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, che, chiamata a pronunciarsi su un caso di frode alle risorse comunitarie, trasse dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 5 TCE l'esistenza di un duplice obbligo per gli Stati, tenuti sia a sanzionare le violazioni del diritto comunitario "*in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza*", sia, in ogni caso, a garantire

⁵ C. SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in C. E. PALIERO - F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 55: "*una regola costante di politica criminale vuole che, se una comunità è legittimata ad esistere, essa è anche legittimata a difendere la sua esistenza*".

⁶ In argomento, v. l'ampia analisi di C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012. Della stessa opinione, v., tra gli altri, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 87.

⁷ E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Padova, 1994, p. 8.

“l’effettività, la proporzionalità e la capacità dissuasiva” delle sanzioni⁸.

Con l’enucleazione del primo obbligo, la Corte introduceva in via pretoria quel “principio di assimilazione” che, con riguardo alle frodi agli interessi finanziari, trovò in seguito positiva previsione nell’art. 209A TCE inserito dal Trattato di Maastricht.

In quest’ultimo Trattato, la lotta alle frodi su scala internazionale era altresì proclamata, tra le disposizioni del terzo pilastro, quale questione di comune interesse per gli Stati membri (art. K.1, n. 5), sulla quale il Consiglio veniva legittimato ad adottare all’unanimità convenzioni ratificabili negli ordinamenti interni (art. K.3, par. 2, lett. c). Fu in virtù di quest’ultima disposizione che venne adottata nel 1995 la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (c.d. Convenzione “PIF”), la quale mirava ad armonizzare le legislazioni penali degli Stati raccomandando a questi la sua ratifica e, con ciò, l’incriminazione delle condotte integranti una “*frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee*” alla stregua della definizione che ne veniva offerta, nonché la previsione di tipologie di sanzioni ritenute più consone rispetto agli attesi standard sovranazionali di effettività, proporzionalità e deterrenza. Alla Convenzione seguì l’adozione di due protocolli addizionali, concernenti rispettivamente la corruzione realizzata in pregiudizio agli interessi finanziari (I Protocollo PIF del 1996) e il riciclaggio di denaro conseguito mediante i reati di cui alla Convenzione e al I Protocollo, nonché la confisca e la responsabilità delle persone giuridiche in relazione a tutti gli anzidetti reati (II Protocollo PIF del 1997). Tutti e tre i documenti furono recepiti nel nostro ordinamento con la l. 29 settembre 2000, n. 300, la quale, tra l’altro, introdusse nel codice penale nuove fattispecie incriminatrici (artt. 316-*ter*, 322-*bis*) e delegò il Governo a disciplinare la responsabilità delle persone giuridiche anche, ma non solo, in relazione ai reati commessi in danno agli interessi finanziari della Comunità (da cui poi il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231).

Con il Trattato di Amsterdam, il citato art. 209A venne soppiantato dal ben più incisivo art. 208 TCE, che, oltre a

⁸ C. giust. CE, 21 settembre 1989, *Commissione c. Repubblica ellenica*, C-68/88.

ribadire il già previsto principio di assimilazione, prevedeva altresì la responsabilità congiunta della Comunità e degli Stati membri nella lotta alle attività illegali menomanti gli interessi finanziari (par. 1), da condursi mediante l'adozione, secondo la procedura di co-decisione, di misure tali da assicurare una “*protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri*” (par. 4). Tuttavia, il potenziale innovativo della disposizione venne sminuito dal contrasto interpretativo che si appuntò attorno alla previsione dell'ultimo inciso del paragrafo 4, secondo cui tali misure non avrebbero riguardato “*l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri*”, sul quale la dottrina si divise tra chi ne desumeva l'esclusione della materia penale dal campo di applicazione della norma e chi, per contro, non lo riteneva ostativo ad un intervento della Comunità anche in tale ambito⁹.

I dubbi concernenti la portata della disposizione sembrarono destinati a dissiparsi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il cui art 325, par. 4 TFUE ripropose con sostanziale identità di contenuto la previsione del sostituito art. 280, par. 4 cit., amputandone tuttavia il problematico inciso, di talché sembrò potersi ravvisare in tale norma la base giuridica per l'esercizio di una competenza penale unionale nel settore degli interessi finanziari¹⁰.

Nondimeno, l'anzidetto Trattato aveva al contempo espressamente legittimato all'art. 83 TFUE l'intervento dell'Unione sul fronte penalistico, segnatamente con riguardo sia a specifiche sfere di criminalità grave avente dimensione transnazionale (par. 1), sia là dove indispensabile per assicurare

⁹ Nel primo senso, per tutti, v. G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, pp. 201 ss. A favore di un'interpretazione meno restrittiva, v. L. PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile “base giuridica” del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, pp. 369 ss.

¹⁰ L. SALAZAR, *Commento all'art. 325 TFUE (Lotta contro la frode)*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2423.

l'efficace attuazione di politiche dell'Unione in settori che sono stati oggetto di armonizzazione (par. 2)¹¹.

L'opzione per l'una o per l'altra base giuridica era densa di ricadute sul piano dei confini tra le rispettive competenze dell'Unione e degli Stati in materia penale, giacché le due disposizioni si differenziavano notevolmente per presupposti e procedure di legiferazione: assai meno stringenti nell'art. 325, par. 4 cit. rispetto a quelli *ex art. 83 cit.*¹².

A valle del dibattito tenutosi anche in seno alle istituzioni europee, la scelta della base legale su cui fondare l'adozione della direttiva mai prima emanata sulla protezione degli interessi finanziari (Direttiva (UE) n. 2017/1371) è da ultimo caduta sull'art. 83, par. 2 TFUE. Ciò, salvo eventuali futuri ripensamenti, induce ad escludere l'art. 325 TFUE dal corredo delle norme di diritto primario rilevanti per la materia penale.

In definitiva, allo stato attuale, il *non plus ultra* della politica criminale unionale nello specifico settore in esame, così come, del resto, in tutti gli altri contemplati dall'art. 83 TFUE, è rappresentato dal potere di armonizzare le legislazioni penali nazionali mediante direttive (fatta eccezione per quelle *self-executing*), ossia, come noto, atti normativi non direttamente applicabili negli Stati membri, ma che questi ultimi sono obbligati a trasporre nei rispettivi ordinamenti interni. La competenza così delineata dai Trattati ha dunque natura indiretta, potendosi declinare soltanto nell'imposizione di obblighi di penalizzazione accompagnati da una minimale descrizione dei tipi criminosi e delle sanzioni, che i singoli legislatori sono poi chiamati a puntualizzare.

¹¹ Quest'ultima possibilità era stata anticipata dalla Corte di giustizia già in epoca pre-Lisbona, con le sentenze del 13 settembre 2005, causa C-176/03 e del 23 ottobre 2007, causa C-440/05.

¹² Per un affresco delle opinioni espresse a sostegno dell'una o dell'altra alternativa si rinvia a A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2445 ss.

2. L'europeizzazione della pubblica accusa e l'attuazione processuale dei programmi di tutela

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la tutela degli interessi finanziari ha acquistato ulteriore centralità nel processo di espansione europea verso i sistemi penali degli Stati membri.

L'art. 86 TFUE ha infatti previsto la base giuridica per l'istituzione, tramite regolamento, di una Procura europea cui attribuire la competenza a perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. La citata disposizione ha gettato così le basi per l'unificazione procedimentale e processuale penale, nell'ottica della realizzazione di un più garantito spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Invero, l'aspetto innovativo della previsione si apprezza più sotto il profilo della sua avvenuta positivizzazione all'interno di un testo normativo, che non già dell'idea in sé di un procuratore europeo cui affidare una siffatta competenza, poiché da tempo essa era stata prospettata da alcuni progetti comunitari tuttavia mai venuti alla luce: si pensi al *Corpus Juris*, al Libro verde del 2001 e alla Costituzione per l'Europa¹³.

L'art. 86 si è preoccupato di salvaguardare le prerogative punitive degli Stati membri attraverso la previsione di una rigida procedura per l'adozione dell'anzidetto regolamento, subordinata al raggiungimento dell'unanimità in seno al Consiglio (con la previa approvazione del Parlamento) o, in mancanza, all'attivazione di una cooperazione rafforzata, potendo il regolamento, in tale ultimo caso, trovare applicazione soltanto negli Stati che l'abbiano richiesta o che vi abbiano in seguito aderito.

È attraverso quest'ultima che il Regolamento (UE) n. 2017/1939 è stato adottato ed è entrato in vigore nel territorio di

¹³ La versione italiana dei due testi del *Corpus Juris* del 1997 e del 2000 è stata pubblicata rispettivamente da R. SICURELLA, *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, con prefazione di G. GRASSO, Milano, 1997 e da G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003. V. altresì il Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea, COM(2001) 715 def. dell'11 settembre 2001, consultabile su giurisprudenzapenale.com.

ventidue Stati membri, sul presupposto che, in ossequio al principio di sussidiarietà *ex art. 5 TUE*, la repressione dei reati che offendono gli interessi finanziari possa esser meglio condotta a livello di Unione, per via della “*disorganicità dell’azione penale nazionale*” contro di essi (Considerando n. 12 del Regolamento).

La necessità di una procura unica per tutto il territorio europeo non è tanto quella di combattere la criminalità transnazionale ai danni delle finanze dell’Unione con un’azione di più ampio respiro, libera cioè dalle barriere dei confini nazionali delle singole giurisdizioni. La competenza individuata dal regolamento prescinde a ben vedere dalla dimensione transnazionale dei reati perseguibili, la quale è necessaria, a tal fine, soltanto nei casi di frodi IVA (art. 22, par. 1, ultimo periodo).

La *ratio* della sua istituzione poggia invece, soprattutto, sull’esigenza di assicurare l’effettività della normativa penale europea dettata per il contrasto ai fenomeni offensivi degli interessi finanziari, in relazione ai quali “*le autorità giudiziarie penali nazionali non sempre svolgono indagini ed esercitano l’azione penale (...) in misura sufficiente*” (Considerando n. 3 del Regolamento). L’accentramento delle funzioni inquirenti e reagenti in capo all’Unione assicurerebbe in tal modo una tutela più effettiva negli ordinamenti e, allo stesso tempo, una repressione più uniforme su tutto il suo territorio.

La Procura europea è dunque incaricata di individuare, perseguire e rinviare a giudizio dinanzi ai competenti organi giurisdizionali degli Stati membri gli autori dei reati previsti dalla Direttiva (UE) n. 2017/1371 (c.d. Direttiva PIF), come attuata dal diritto nazionale, ma, con riguardo alle frodi IVA transfrontaliere, soltanto se comportanti un danno superiore a 10 milioni di euro. In particolare, la Direttiva contempla i reati di: frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione; riciclaggio riguardante beni provenienti dalla commissione di uno degli altri “reati PIF”; corruzione attiva e passiva e appropriazione indebita, allorché offensive degli interessi finanziari dell’Unione; frode IVA transfrontaliera. L’ambito di tipicità è inoltre esteso dalla Direttiva alle forme di manifestazione del reato quali le condotte concorsuali (moralì e materiali) accedenti agli anzidetti reati e il tentativo di commetterne alcuni. La competenza della Procura

comprende poi i reati associativi di cui alla decisione quadro 2008/841/GAI, come attuata negli Stati membri, allorché incentrati sulla commissione di uno dei “reati PIF”, e, infine, i reati indissolubilmente connessi a questi ultimi.

Invero, l’ambito di competenza così delineato incontra alcune limitazioni. Innanzitutto, per tutti i reati è prevista una soglia di danno di 10.000 euro, al di sotto della quale l’esercizio della competenza dell’EPPO è subordinata al ricorrere di una tra queste due condizioni: a) il caso ha ripercussioni a livello di Unione; b) gli autori sospettati di aver commesso il reato sono funzionari o agenti dell’Unione ovvero membri delle sue istituzioni. In secondo luogo, l’intervento dell’EPPO resta precluso nei casi in cui: c) la pena massima prevista dal diritto nazionale per il reato di cui alla Direttiva PIF sia equivalente o inferiore alla pena massima prevista per il reato indissolubilmente connesso, a meno che quest’ultimo non sia stato strumentale alla commissione del primo; d) vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell’Unione causato da un reato di competenza dell’EPPO non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un’altra vittima; quest’ultima limitazione non opera tuttavia in relazione ai reati di cui all’art. 3, par. 2, lett. a), b), d) della Direttiva PIF, come attuata dal diritto interno, ossia, sostanzialmente, nei casi di frode relativa alle spese o alle entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall’IVA.

Ne deriva che l’istituzione della Procura europea non ha privato del tutto gli Stati della competenza a reprimere i reati offensivi degli interessi finanziari unionali, poiché, come visto, essa riemerge qualora le anzidette condizioni, rispettivamente, difettino (ipotesi *sub* a e b) o, per contro, sussistano (ipotesi *sub* c e d). Sul quadro delle rispettive competenze esclusive così orizzontalmente ripartite, si innesta poi una reciproca competenza facoltativa: l’EPPO può esercitare la competenza anche nel caso *sub* d) sopramenzionato qualora sia in una posizione migliore per svolgere indagini o esercitare l’azione penale e vi sia il consenso delle autorità nazionali competenti; a loro volta, gli Stati possono recuperare la competenza qualora l’EPPO, in presenza di un reato che comporti o possa comportare un danno agli interessi finanziari inferiore a 100.000 euro, decida

di non avocare il caso. Pertanto, a ben vedere, anche in tale ultima ipotesi potrebbe riaffiorare una competenza nazionale.

In ogni caso, la competenza così perimetrata fuga definitivamente i dubbi sollevati dall'ambiguità lessicale dell'art. 86 TFUE nella parte in cui affida al regolamento istitutivo della procura la definizione dei reati contro gli interessi finanziari rientranti nella sua competenza, che, così formulato, si presta ad essere interpretato come attributivo di una competenza penale diretta (perché esercitabile mediante regolamenti) in capo all'Unione¹⁴. Il diritto materiale concretamente applicabile dal pubblico ministero europeo come individuato dal Regolamento è invece necessariamente quello nazionale introdotto in attuazione degli obblighi di matrice europea, di talché la competenza *ratione materiae* dell'EPPO è data dalla sommatoria di tutte le normative nazionali d'attuazione¹⁵.

Il dato testuale dell'art. 22 Reg. cit. induce a ritenere che il concreto esercizio delle funzioni attribuite alla Procura europea sia subordinato all'attuazione della Direttiva PIF negli ordinamenti nazionali, in assenza della quale difetterebbe altrimenti il diritto materiale applicabile dal pubblico ministero europeo, non potendo soccorrere in sua vece quello previsto dalla Direttiva, sia perché indeterminato, sia per l'insussistenza in capo all'Unione di una competenza penale diretta. Ci si può peraltro interrogare se, in mancanza di attuazione, il pubblico ministero europeo possa in ogni modo operare facendo applicazione di norme penali che, seppur non introdotte in attuazione della Direttiva, di questa rispettino comunque il contenuto, come sembra in buona parte assicurare la normativa italiana emanata in occasione della ratifica della Convenzione PIF¹⁶. Ciò, tuttavia, aggraverebbe ulteriormente il vizio di

¹⁴ A favore di questa interpretazione, anche dopo l'adozione della Direttiva PIF, v. S. VINCIGUERRA, *Le disposizioni generali sui reati di competenza del P.M. europeo. Alcune osservazioni*, in *Dir. prat. tribut.*, 2019, pp. 1130 ss., il quale denuncia la violazione del Trattato ad opera di quest'ultima.

¹⁵ Le ricadute di questa scelta sono evidenziate da S. MANACORDA, *Il P.M. europeo e le questioni aperte di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 666, nonché da R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 849.

¹⁶ Sull'idoneità della normativa italiana a fornire già una copertura alla non ancora attuata Direttiva PIF, v. la dettagliata analisi di M. PELISSERO, *I reati*

determinatezza di cui già è affetta la competenza materiale della Procura europea per come desumibile dal dato strettamente letterale.

In definitiva, a prima vista, il quadro che emerge è quello di un'integrazione europea che corre a due velocità: quella della (parziale) unificazione delle funzioni di pubblica accusa per il perseguimento dei reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione e quella della armonizzazione del diritto sostanziale (di parte speciale) applicabile. A fianco a ciò, si registra una pressoché inesistente integrazione sul piano del diritto penale di parte generale, che resta, salvo timide aperture, prerogativa degli ordinamenti nazionali.

3. I possibili indici nel segno di una “unificazione nazionalizzata”

Nondimeno, a ben vedere, alcuni aspetti della nuova Procura lasciano dubitare che l'operata unificazione sia di fatto equivalsa all'attribuzione in capo all'Unione di una competenza pienamente diretta sul fronte della repressione dei reati offensivi degli interessi finanziari unionali.

Innanzitutto, malgrado la proclamata unitarietà e indivisibilità dell'organo, l'EPPO presenta una struttura a doppio strato: al primo livello vi è un ufficio centrale di natura, per così dire, strettamente sovranazionale; il secondo livello è quello decentrato e si compone dei procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri.

In particolare, l'ufficio centrale è composto dal collegio, dalle camere permanenti, dal procuratore capo europeo e dal suo sostituto, nonché dai procuratori europei. Il vertice dell'EPPO è rappresentato dal procuratore capo europeo, cui è affidato il compito di organizzare e dirigere l'attività della Procura. Il

lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea di competenza del Pubblico Ministero europeo, in *Dir. prat. tribut.*, 2019, pp. 1118 ss. Il maggiore impatto della Direttiva sul diritto interno si apprezzerà, in sede di adeguamento, sul fronte dei reati tributari e della responsabilità amministrativa da reato degli enti, per la cui disamina si rinvia a 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*, 3/2019, pp. 77 ss.

collegio è composto dal procuratore capo e da un procuratore europeo per ogni Stato membro; ad esso è affidata la supervisione generale e la strategia dell'azione dell'EPPO, mentre gli è preclusa ogni decisione operativa in ordine ai singoli casi. Le camere permanenti – la determinazione del cui numero è rimessa al regolamento interno della Procura – si compongono di un presidente (procuratore capo, suo sostituto o procuratore europeo) e di due membri permanenti. Le camere sono competenti per i singoli casi, in relazione ai quali possono assumere determinazioni concernenti, tra l'altro, l'avvio di un'indagine e l'esercizio dell'azione penale da parte del procuratore europeo delegato. I procuratori europei supervisionano per conto della camera permanente di riferimento l'attività svolta dal procuratore europeo delegato con riguardo al caso assegnatogli, fungendo da canale di collegamento per lo scambio di informazioni tra la prima e quest'ultimo.

A livello decentrato, operano per conto della Procura, in ciascuno Stato membro, due o più procuratori europei delegati, i quali, di propria iniziativa, su assegnazione o a seguito di avocazione, perseguono i reati PIF secondo le istruzioni impartite dalla camera permanente e dal procuratore europeo incaricati del caso e disponendo dei poteri propri dell'organo di accusa nazionale in aggiunta a quelli previsti dal Regolamento. I procuratori europei delegati non sono altro che pubblici ministeri nazionali che assumono il diverso *status* europeo in occasione del perseguimento dei reati indicati dal Regolamento, cumulando entrambe le anzidette vesti compatibilmente con gli obblighi derivanti dalla carica europea. A ben vedere, più che di una sostituzione dei soggetti incaricati di svolgere le funzioni d'accusa nei procedimenti penali, si è trattato dello sdoppiamento di una funzione finora unitaria, ma di cui continuano a rimanere in definitiva titolari gli stessi soggetti.

La natura anfibia della nuova procura, disvelata dalla sua struttura, potrebbe essere espressione ancora una volta di quella contro-spinta verso la nazionalizzazione che accompagna puntualmente ogni iniziativa d'integrazione europea nella materia penale. Gli indici più vistosi di questa tendenza si ravvisano, in particolare, sia nella scelta di attribuire i compiti in concreto d'accusa a pubblici ministeri nazionali, sia nell'affidare la supervisione dell'operato di questi ultimi ad un procuratore

europeo proveniente dallo stesso Stato membro in cui è incardinato il procedimento. Ciò significa che all'unitarietà dell'organo non fa eco una territorialità propriamente europea¹⁷, bensì un'azione che resta frammentata in corrispondenza delle singole giurisdizioni nazionali e che è per lo più condotta da soggetti appartenenti all'ordinamento in cui si svolge il procedimento.

A ciò si aggiunga, peraltro, che il procuratore europeo delegato opera nella cornice del sistema processuale nazionale ed esercita e coltiva l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali propri dello Stato membro.

Tuttavia, tale assetto di per sé potrebbe anche riflettere le difficoltà operative che una diversa organizzazione recherebbe in sé, attese le diversità di disciplina (processuale e sostanziale) che ancora separano i sistemi giuridici facenti parte dell'Unione.

Epperò, se questa fosse la ragione, la triangolazione tra camere permanenti, procuratore europeo e procuratori europei delegati nella gestione di un caso dovrebbe vedere quest'ultimo soggetto nelle vesti di una mera *longa manus* dei primi due, quali componenti di quell'ufficio centrale che incarna la dimensione veramente europea del nuovo organo. In senso contrario sembrano invece militare alcune previsioni operative, come quella secondo cui la camera permanente non può deliberare l'archiviazione di un caso allorché il pubblico ministero delegato abbia per converso proposto l'esercizio dell'azione penale (art. 36 reg. EPPO); oppure, ancora, come quella che consente al collegio di rimettere al procuratore europeo delegato la decisione di avocare o meno un caso concernente un reato che comporti o possa comportare un danno inferiore a 100.000 euro (art. 27, par. 8 reg. cit.)¹⁸. Talché sembrerebbe residuare in capo al pubblico ministero delegato un potere di impulso processuale svincolato dalle determinazioni dell'ufficio centrale.

Su questo sfondo, il cuore pulsante della competenza europea in tale ambito sembra incentrarsi sul potere di dettare *input* sovranazionali che dovranno essere eseguiti nei singoli

¹⁷ F. PALAZZO, *Crimine organizzato e criminalità economica, dopo l'introduzione del P.M. europeo*, in *disCrimen*, 11 ottobre 2018, p. 4.

¹⁸ R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 847.

procedimenti penali nazionali (si pensi al potere delle camere permanenti di fornire istruzioni per l'efficiente svolgimento dell'indagine o dell'azione penale), secondo uno schema pertanto non troppo dissimile da quello adottato per la produzione delle norme penali di matrice europea.

CONSIDERAZIONI SUL POTERE SANZIONATORIO NEI CONFRONTI DEI MAGISTRATI*

SIMONA CLAUDIANI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni storici. – 3. Il procedimento disciplinare prima della riforma. – 4. Il Codice disciplinare. – 5. L'automatismo sanzionatorio della rimozione dall'incarico. – 6. Considerazioni critiche.

Abstract: The aim of the article is an analysis of the magistrates' disciplinary liability originated by a recent decision of the Constitutional Court who rejected the claim for constitutional illegitimacy of the automatic removal from office for the magistrate who commits the disciplinary offence described in the art. 3 of legislative decree no. 109/2006. The legal reform introduced in 2006 includes an exhaustive list of disciplinary offences and sanctions but it only applies to ordinary courts and tries to exceed the criticalities highlighted in doctrine, especially referred to the indeterminacy of disciplinary situations. To fully understand the decision and the arguments raised by the Court, the starting point is a presentation of the historical evolution of the discipline, at the beginning regulated by Royal Decree no. 511 of 1946; after that there is an analysis of the thesis concerning the nature and the function of disciplinary section of the Supreme Council of the magistrature, that is considered a jurisdictional organism since the Constitutional Court pronouncement no. 12/1971. At the end, the work deepens the decision no. 197 of 2018 and makes some consideration about it.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Premessa

Recentemente la Corte costituzionale si è occupata della questione di legittimità costituzionale¹ sollevata dalla Sezione disciplinare del C.S.M. avente ad oggetto l'automatismo sanzionatorio della rimozione dall'ufficio per i magistrati che abbiano ottenuto utilità da parte di soggetti coinvolti a vario titolo in un giudizio pendente dinnanzi a un ufficio collocato all'interno del distretto di Corte d'appello presso il quale il magistrato stesso esercita le sue funzioni². Parametro invocato dal rimettente è l'art. 3 della Costituzione: il predetto automatismo sanzionatorio di cui all'art. 12 del Codice disciplinare sarebbe in primo luogo afflitto da un vizio di irragionevolezza intrinseca in quanto sfuggente al principio di proporzionalità; in secondo luogo da una disparità di trattamento "interna", poiché si applica a fattispecie diverse connotate da un disvalore differente; infine da una disparità di trattamento "esterna" perché il regime sanzionatorio automatico non si applica a fattispecie che, a detta del giudice *a quo*, sarebbero connotate da maggior disvalore.

La previsione di un automatismo sanzionatorio si inserisce nel contesto di una riforma che ha profondamente rinnovato il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati, perseguendo obiettivi diversi. Innanzitutto, il legislatore delegato ha cercato di arginare l'indeterminatezza che caratterizzava la materia, da una parte prevedendo illeciti tipici e tassativi, dall'altra riducendo la discrezionalità del giudice disciplinare.

Per comprendere la pronuncia della Consulta, appare opportuno ripercorrere le origini e le evoluzioni del procedimento disciplinare.

¹ C. cost., 12 novembre 2018, n. 197.

² Ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. e) del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 costituisce illecito disciplinare al di fuori delle funzioni "l'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti".

2. Cenni storici

Com'è noto, il fondamento costituzionale del potere disciplinare del C.S.M. si rinviene nell'art. 105 co. I Cost.

In tempi più risalenti il potere disciplinare era distribuito tra vari organi, ma solo nel 1908, con il r.d. n. 438³ del 24 luglio, venne affidato ai consigli disciplinari⁴ e alla Corte Suprema disciplinare⁵; tuttavia nel periodo fascista i primi furono soppressi, mentre la seconda fu degradata a organo consultivo del Ministro della Giustizia.

L'organo cui è affidato oggi il potere disciplinare è la Sezione disciplinare del C.S.M., istituita dall'art. 4 della l. 24 marzo 1958, n. 195, la cui introduzione suscitò dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 102 Cost. (divieto di creazione di giudici speciali) e all'art. 105 Cost. (che riservava il potere disciplinare al C.S.M.).

Con riferimento alla questione relativa alla violazione del divieto di istituzione di giurisdizioni speciali di cui all'art. 102 Cost., si osservò in dottrina⁷ che è la stessa Costituzione ad attribuire al C.S.M. la giurisdizione disciplinare, e che quindi la

³ Con tale legge si ebbe la prima tipizzazione degli illeciti disciplinari commessi dai magistrati e delle sanzioni.

⁴ A tali giudici disciplinari fu affidato il compito di decidere degli illeciti commessi dai giudici e per la prima volta dai pubblici ministeri, seppur nei confronti di questi ultimi furono previste maggiori garanzie.

⁵ I consigli disciplinari, composti esclusivamente da magistrati, erano istituiti presso ogni Corte di appello e conoscevano degli illeciti disciplinari in primo grado; la C.S.D. era invece composta da magistrati e sei senatori, istituita presso il Ministero della giustizia e giudicava in secondo grado (ad eccezione che per i magistrati superiori, per cui aveva la cognizione in unico grado). Sulla partecipazione alla Suprema Corte disciplinare di membri estranei all'ordinamento giudiziario si accese un forte dibattito: in particolare l'allora Presidente della Corte di cassazione P. Guarneschelli contestò tale previsione sostenendo che rappresentasse una violazione della *castigatio domestica*, principio in forza del quale gli organismi amministrativi dovevano essere giudici degli appartenenti alla medesima categoria (Cfr. *Relazione della minoranza in ASR*, Leg. XXII, 1^a sess. 1904-1908, *Documenti*, S. n. 807-B, pp. 8 ss.).

⁶ Per un approfondimento sulle origini della C.S.D. si rinvia a A. MENICONI, *La Magistratura italiana tra età liberale e fascismo*, in *Studi Storici*, anno 51, 4/2010, pp. 819-842.

⁷ Cfr. C. MONTALI, *Il procedimento disciplinare a carico dei magistrati ordinari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pp. 1073 ss., in cui si osserva che la sezione disciplinare è la "perpetuazione dei tribunali disciplinari preesistenti"; S. BARTOLE, *Osservazioni sulla cd. giurisdizione disciplinare giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1188 ss.

istituzione della Sezione disciplinare altro non è che una riorganizzazione di una giurisdizione già esistente.

Quanto alla prospettata violazione dell'art. 105 Cost.⁸, la questione fu ben presto portata all'attenzione della Consulta che, con una decisione⁹ condivisa dalla dottrina¹⁰ maggioritaria, respinse la censura, osservando che la disposizione costituzionale si limita ad attribuire il potere disciplinare al C.S.M., nulla prescrivendo in merito ai profili organizzativi dell'esercizio di tale potere, con la conseguente possibilità per il legislatore di istituire un organo all'interno del Consiglio dedito alla funzione disciplinare.

Un altro aspetto su cui si è focalizzata l'attenzione è la natura della Sezione disciplinare¹¹: se la Consulta non ha mai seriamente dubitato della natura giurisdizionale della stessa, maggiori dubbi si sono posti in dottrina¹².

La dottrina maggioritaria¹³ ricavava il carattere giurisdizionale dell'attività della sezione disciplinare soprattutto dalla struttura del procedimento disciplinare che, pur presentando elementi di divergenza rispetto alle forme classiche di esercizio della giurisdizione, si strutturava sul modello

⁸ A sostegno dell'incostituzionalità dell'istituzione della Sezione disciplinare per violazione dell'art. 105 Cost., v. M. BERUTTI, *La questione di legittimità costituzionale delle norme istitutive della sezione disciplinare presso il Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pp. 976 ss.

⁹ C. cost., 29 gennaio 1971, n. 12.

¹⁰ V. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, pp. 170 ss.; in senso contrario v. M. BERUTTI, *Op. cit.*, pp. 976 ss., e G. ABBAMONTE, *Note sugli aspetti soggettivi ed oggettivi della funzione disciplinare nel sistema costituzionale delle garanzie della Magistratura*, in *Giust. civ.*, 1964, pp. 41 ss.

¹¹ Per un approfondimento sulle tesi e le argomentazioni sul punto si rinvia a G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 874-875 e alla dottrina ivi citata.

¹² Anche il Consiglio di Stato in tempi risalenti qualificava la Sezione disciplinare come un organo amministrativo (Cons. St., 27 giugno 1951, n. 450); nello stesso senso anche G. VOLPE, *Op. cit.*, p. 878.

¹³ V. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., *passim*; G. ZAGREBELSKY, *La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 89 ss.; dello stesso autore v. anche, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 416 ss.; DEVOTO, *Giudizio disciplinare e indipendenza dei magistrati*, in *Giur. it.*, 1972, pp. 49-51.

processuale¹⁴. Sul versante opposto, la dottrina minoritaria¹⁵ escludeva il carattere giurisdizionale della Sezione disciplinare sulla base del fatto che questa era un'articolazione interna del C.S.M., organo non giurisdizionale.

L'accesso dibattito dottrinale fu sopito però dalla giurisprudenza che si era pronunciata a favore del carattere giurisdizionale della Sezione disciplinare e in particolare dalla sentenza n. 12 del 1971¹⁶ della Corte costituzionale, che ammise la legittimazione della Sezione disciplinare a sollevare questione di legittimità costituzionale come giudice *a quo*¹⁷¹⁸.

3. Il procedimento disciplinare prima della riforma

Per ciò che concerne più specificamente il procedimento disciplinare antecedentemente all'introduzione del d.lgs. 109 del 2006, esso era regolato dal r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, cd. legge sulle guarentigie della magistratura. Caratteristica di tale sistema era l'assenza di una tipizzazione degli illeciti disciplinari: l'art. 18 stabiliva che era soggetto a sanzione disciplinare il magistrato che avesse mancato ai suoi doveri, tenuto in ufficio o fuori una condotta tale da renderlo immeritevole della fiducia e

¹⁴ Cfr. C. cost., 16 novembre 2000, n. 497.

¹⁵ Tale dottrina si divideva tra i fautori della natura amministrativa (tra cui A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottoordinati*, Napoli, 1963, p. 97) e coloro che ritenevano che la Sezione esercitasse un'attività autonoma di governo, non rientrando in nessuna delle tre funzioni (L. DAGA, *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Napoli, 1973, pp. 390 ss.).

¹⁶ La dottrina che negava il carattere giurisdizionale della Sezione disciplinare tuttavia osservò che la giurisdizionalità dell'organo era riconosciuta dalla Consulta "ai limitati fini che qui interessano", dunque al solo fine di legittimarla quale giudice *a quo* e quindi *a contrario* rinveniva in tale pronuncia un argomento a sostegno del carattere non giurisdizionale della Sezione disciplinare.

¹⁷ Recentemente la Corte costituzionale ha rammentato il carattere giurisdizionale della Sezione disciplinare, giustapponendola alla natura amministrativa del procedimento disciplinare previsto per i giudici amministrativi (cfr. C. cost., 27 marzo 2009, n. 87).

¹⁸ Ingenerò diffidenza anche la composizione originaria della Sezione disciplinare per la prevalenza tra i suoi componenti di membri cassazionisti. Tali dubbi furono giudicati fondati dalla Consulta che dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma sulla composizione del collegio costituito per il singolo procedimento che, prevedendo la tecnica del sorteggio, rendeva possibile l'esclusione dal collegio giudicante di membri provenienti dalla Corte di appello o dal Tribunale (cfr. C. cost., 12 dicembre 1963, n. 168).

della considerazione di cui deve godere, o compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario. Se da una parte il tenore letterale della citata norma rendeva chiaro che il bene tutelato con il procedimento disciplinare era il prestigio dell'ordine giudiziario, dall'altro introduceva fattispecie indeterminate¹⁹ e dai confini estremamente labili, che attribuivano ai titolari del potere disciplinare ampi margini di discrezionalità, ulteriormente allargati dal fatto che l'azione disciplinare non era di carattere obbligatorio, dalla mancata previsione di sanzioni disciplinari "minime" e dallo svolgimento del procedimento "a porte chiuse".

Proprio l'assenza di tipizzazione e quindi di determinatezza nelle fattispecie di illecito disciplinare erano oggetto di aspre critiche dalla dottrina, tanto da destare sospetti di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 25 co. 2 Cost.

Tuttavia la Consulta, nella sentenza n. 100 del 1981, escluse il *vulnus* di legittimità costituzione della norma di cui all'art. 18 della legge sulle gaurentigie, osservando che il principio di riserva di legge (da cui discendono i noti corollari di tassatività e determinatezza) deve essere letto congiuntamente al primo comma dell'art. 25 Cost., che si riferisce (secondo l'interpretazione prevalente) solamente "*alla materia penale e non è di conseguenza estensibile a situazioni, come gli illeciti disciplinari, estranee all'attività del giudice penale, pur se con questa possono presentare, per determinati aspetti, una qualche affinità*"²⁰.

Tale pronuncia è importante anche perché ha evidenziato come l'evoluzione dei valori dell'ordinamento ha reso la tradizionale funzione di tutela del prestigio dell'ordine giudiziario propria del potere disciplinare recessiva rispetto alla necessità di tutela del corretto svolgimento della funzione giudiziaria²¹.

¹⁹ In questo senso v. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 440 ss.

²⁰ C. cost., 7 maggio 1981, n. 100.

²¹ Nella sentenza si legge "il potere disciplinare è volto a garantire – ed è rimedio insostituibile – il rispetto dell'esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, che è uno degli aspetti fondamentali dello Stato di diritto" e "appartiene alla generalità dei soggetti, presidio dei diritti dei cittadini". Nello stesso senso v. anche C. cost., 15 giugno 1976, n. 145, la quale riconosce "l'esigenza di una rigorosa tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, che rientra senza dubbio tra i più rilevanti beni costituzionalmente protetti".

A fronte della mancanza di illeciti tipizzati, il legislatore aveva previsto un elenco delle sanzioni²², pur lasciando libera la Sezione nella scelta di quale applicare al caso concreto²³.

Un ulteriore aspetto peculiare della responsabilità disciplinare era il carattere facoltativo dell'azione disciplinare, che spettava al Ministro della Giustizia o al Procuratore Generale²⁴.

²² Si trattava di ammonimento, censura, perdita di anzianità, rimozione e destituzione. Accanto a tali sanzioni vi erano il trasferimento di ufficio e la perdita di trattamento di quiescenza; si qualificavano in termini di sanzioni paradisciplinari la privazione dello stipendio, la dispensa dall'ufficio e il trasferimento coatto per i magistrati che, anche senza colpa, non potessero esercitare le funzioni in conformità alle esigenze del prestigio dell'ordinamento giudiziario.

²³ Il legislatore nella l. 24 marzo 1958, n. 195 ha introdotto l'istituto dell'ispettorato, con il quale il Ministro Guardasigilli cercò di porre un argine alla discrezionalità del C.S.M. in materia disciplinare.

²⁴ In un primo momento l'attribuzione dell'esercizio dell'azione disciplinare anche al Procuratore Generale aveva destato dubbi di incostituzionalità per violazione dell'art. 107 Cost., ma la dottrina prevalente ritenne infondati tali dubbi in quanto la norma non attribuisce in via esclusiva l'azione disciplinare al Ministro e sottolineò la necessità di estenderla anche al Procuratore Generale al fine di evitare che il Ministro diventi il "primo giudice" dei magistrati (cfr. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006, pp. 249 ss., la quale rinvia a S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., pp. 171 ss.; nonché a M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 295). In senso contrario v. F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *Art. 107*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1986, p. 160.

4. Il Codice disciplinare

Il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109²⁵²⁶ si è inserito in questo quadro e ha cercato di eliminarne le criticate storture, in particolare inserendo un elenco tassativo degli illeciti e per ciascuno di essi una “cornice edittale” e prevedendo l’obbligatorietà dell’azione disciplinare per il Procuratore Generale.

Il I capo del codice si occupa della responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari, prevedendo da una parte le fattispecie di illecito, suddivise tra illeciti commessi nell’esercizio delle funzioni²⁷ (art. 2), illeciti commessi fuori dall’esercizio delle funzioni (art. 3) e illeciti conseguenti a reato (art. 4), e dall’altra l’elenco delle sanzioni (ammonimento, censura, perdita di anzianità, incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo, la sospensione dalle funzioni e la rimozione). Di particolare interesse è che il legislatore delegato non si sia limitato a indicare le possibili sanzioni (tra l’altro già previste nella legge sulle guarentigie del 1946), ma abbia altresì previsto delle cornici sanzionatorie per ciascun tipo di illecito.

Si osserva però che se da una parte la previsione di un elenco di illeciti ha certamente ridotto l’indeterminatezza nella definizione dei comportamenti rilevanti dal punto di vista disciplinare, dall’altra non si può non evidenziare che il legislatore ha fatto ricorso in alcuni casi a fattispecie dai confini ampi – come nel caso dell’illecito per cui è previsto

²⁵ Recante “*Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*”.

²⁶ Per uno studio approfondito del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 si rinvia a M. FANTACCHIOTTI, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali. Magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, onorari, avvocati dello Stato*, Torino, 2010 e alla dottrina ivi citata; v. inoltre A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Torino, 2009, pp. 140 ss.

²⁷ Con riferimento agli illeciti funzionali, si segnala la dottrina che ha criticato le disposizioni che sanzionano l’attività ermeneutica nonché le motivazioni dei provvedimenti, in quanto in contrasto con il principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge di cui all’art. 101 Cost. (v. F. SGUBBI, *Alcune riflessioni sulla pratica penale*, in *La legge di riforma dell’ordinamento giudiziario*, AA. VV., in *Foro it.*, 2006, pp. 8-11).

l'automatismo sanzionatorio sottoposto al vaglio di costituzionalità – sia a una disposizione “di chiusura”, per cui costituisce illecito disciplinare ogni fatto di reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato.

Il capo II si occupa invece del procedimento disciplinare, e si apre con l'art. 14 che individua i promotori dell'azione disciplinare nel Ministro della Giustizia e nel Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, con una fondamentale differenza: mentre per quanto riguarda il Ministro l'azione disciplinare è facoltativa, per il Procuratore Generale è obbligatoria²⁸.

La Sezione disciplinare, a fronte dell'esercizio dell'azione, delibera con sentenza, che deve essere pronunciata entro il termine di due anni dall'inizio del procedimento e contro cui è ammesso il ricorso dinanzi alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, nonché la revisione davanti alla Sezione disciplinare nei casi indicati all'art. 25.

Per quanto non espressamente disciplinato dal d.lgs. 109 del 2006, il legislatore rimanda alle norme del codice di procedura penale, anche se, nella disciplina specifica espressa, si segnalano profonde differenze. Su tutte, si pensi al potere acquisitivo del giudice disciplinare, il quale, ai sensi dell'art. 18 co. 2 lett. a) del d.lgs. 109/2006, può assumere anche d'ufficio tutte le prove che ritenga utili (e non solo necessarie) ai fini della decisione.

È importante inoltre ricordare l'ambito di applicazione del codice disciplinare che, ai sensi dell'art. 30, esclude le giurisdizioni speciali²⁹.

²⁸ Il procedimento ha inizio con la richiesta effettuata dal Ministro al Procuratore di iniziare le indagini o con la comunicazione al Ministro e al Consiglio Superiore della Magistratura da parte del Procuratore Generale. Entro trenta giorni, deve essere data comunicazione del procedimento al magistrato contro cui è promossa l'azione disciplinare, con contestuale indicazione del fatto che gli è addebitato. Le attività di indagini sono svolte dal Procuratore Generale (personalmente o da un magistrato del suo ufficio) con le modalità indicate nel codice di rito penale, in quanto compatibili. Al termine delle indagini, il Procuratore deve decidere se esercitare l'azione disciplinare o richiedere l'archiviazione. Laddove scelga di procedere in tale ultimo senso, deve darne comunicazione al Ministro il quale, a sua volta, potrà chiedere alla Sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione, formulando l'incolpazione.

²⁹ Nei confronti delle magistrature speciali l'avvento della riforma di cui al d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 sembrerebbe aver reso la normativa ancor più lacunosa, dal momento che sono state abrogate numerose disposizioni del previgente r. d.lgs. n. 511 del 1946. Tuttavia, secondo l'interpretazione resa dal

5. L'automatismo sanzionatorio della rimozione dall'incarico

Come già ricordato, la Consulta si è recentemente confrontata con i dubbi di illegittimità costituzionale relativi all'automatismo sanzionatorio di cui all'art. 12 del d.lgs. 109 del 2006³⁰, dichiarandone l'infondatezza nella sent. 197 del 12 novembre 2018^{31,32}.

La questione veniva sollevata nel corso del procedimento disciplinare instaurato nei confronti di un magistrato, accusato di aver ricevuto vantaggi diretti e indiretti (tra questi il conferimento al coniuge di un incarico professionale per un ingente corrispettivo) da un imprenditore coinvolto in un procedimento penale instaurato nello stesso circondario di servizio; per i medesimi fatti il magistrato era peraltro stato sottoposto a processo, all'esito del quale era stato assolto perché non era stata raggiunta la prova di alcuna condotta costringente, induttiva o corruttiva.

Innanzitutto, nella pronuncia la Corte costituzionale osserva che i *tertia comparationis* evocati dal giudice rimettente non sono omogenei rispetto all'illecito disciplinare per cui il legislatore delegato ha previsto l'automatismo sanzionatorio, con riguardo alla sospettata disparità di trattamento sia "interna" che "esterna". Con riferimento a quest'ultima, nella sentenza si evidenzia che il differente trattamento sanzionatorio previsto per gli illeciti invocati a "paragone" è giustificato da una differenza

Consiglio di Presidenza nella delibera del 23 marzo 2012, l'abrogazione del r.d. del 1946 esplicava i suoi effetti nei confronti della magistratura ordinaria, con la conseguenza che con riguardo alla magistratura amministrativa e contabile continua ad essere efficace la normativa previgente. Per un approfondimento sulla questione si rinvia a P. MANTINI, *Profili critici e di riforma della responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa, in federalismi.it*, 25 ottobre 2017.

³⁰ Dubbi relativi alla legittimità costituzionale del predetto automatismo sanzionatorio erano stati sollevati anche in dottrina; sul punto cfr. L. LONGHI, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, p. 164.

³¹ Il testo della sentenza è disponibile in *Giur. cost.*, 6/2018, pp. 2392-2406.

³² Per un commento alla sentenza, si rinvia a L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, in *Giur. cost.*, 6/2018, pp. 2406-2415; nonché a A. LO CALZO, *Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti interventi della Corte costituzionale*, in *giurcost.org*, 3/2019.

di *rationes*: quella dell'art. 12 co. 5, oggetto della questione di legittimità costituzionale, si individua nella necessità di garantire l'imparzialità e l'indipendenza del magistrato, evitando che eventuali utilità ricevute da soggetti coinvolti in un giudizio possano sviare il corretto esercizio della funzione. Cioè, secondo la Consulta, a determinare il disvalore della condotta è l'interferenza tra le utilità ottenute e il coinvolgimento del soggetto in un giudizio pendente nello stesso distretto in cui il magistrato esercita le funzioni; interferenza che manca nei *tertia comparationis* evocati e che quindi giustifica la differenza di trattamento sanzionatorio previsto per l'illecito disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lettera a)³³ e per quello previsto all'art. 3, comma 1, lettera b)³⁴.

Con riferimento alla disparità di trattamento "interna" tra le tre diverse fattispecie cui consegue l'automatismo sanzionatorio, la Consulta afferma che la previsione di sanzioni uguali per illeciti diversi non è un *unicum* nell'ordinamento: il rispetto del principio di ragionevolezza impone solo di verificare che la sanzione di massimo rigore (nel caso di specie la rimozione) non sia manifestamente sproporzionata rispetto al disvalore della condotta.

Il carattere non manifestamente sproporzionato della sanzione in realtà non è oggetto di dubbi da parte del giudice *a quo*, il quale piuttosto contesta l'automatismo sanzionatorio, che priva il giudice disciplinare del potere discrezionale di graduare e parametrare la sanzione a seconda del disvalore del fatto concreto. Tuttavia, ad avviso della Consulta, il vaglio di ragionevolezza-proporzionalità dà esito positivo, dal momento che l'importanza della funzione affidata ai magistrati è tale da giustificare l'automatica rimozione a seguito di condotte che

³³ L'art. 3 co. 1 lett. a) prevede che costituisce illecito disciplinare "*l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri*": il conseguimento dell'utilità prescinde dal coinvolgimento del soggetto che conferisce la medesima in un giudizio ed è norma generale rispetto a quella oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale.

³⁴ Ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. b) è illecito disciplinare "*il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato, o persona che a questi consta essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza o aver subito condanna per delitti non colposi alla pena della reclusione superiore a tre anni o essere sottoposto ad una misura di prevenzione, salvo che sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'intrattenere rapporti consapevoli di affari con una di tali persone*": in tale caso quel che difetta è il conseguimento dell'utilità, necessario per integrare la fattispecie di cui all'art. 3 co. 1 lett. e).

potrebbero inficiare la fiducia che i consociati hanno nei confronti della categoria e del potere giurisdizionale. Afferma infatti la Corte che rispetto “*all’obiettivo legittimo di restaurare la fiducia dei consociati nell’indipendenza, correttezza e imparzialità del sistema giudiziario, compromessa o anche solo messa in pericolo dalla condotta del magistrato, la scelta legislativa oggi all’esame non appare censurabile*”³⁵.

6. Considerazioni conclusive

La decisione della Corte costituzionale suscita alcune riflessioni.

Un primo spunto di riflessione che la pronuncia della Corte costituzionale offre è se l’esito favorevole dello scrutinio di legittimità costituzionale sarebbe stato diverso se il giudice *a quo* avesse evocato come *tertia comparationis* altre norme. Infatti, del tutto condivisibili sono le argomentazioni della Consulta con riguardo alle prospettate disparità “interne” ed “esterne”, ma ad avviso di chi scrive vi è un caso in cui la disparità di trattamento è più evidente e difficilmente comprensibile: quello della sanzione disciplinare prevista per il medesimo illecito compiuto da un magistrato amministrativo o contabile.

Come già ricordato infatti, l’art. 30 del d.lgs. 109 del 2006 circoscrive l’applicazione dello stesso alla magistratura ordinaria, escludendo quindi la magistratura amministrativa e quella contabile³⁶. Nei confronti di queste ultime la normativa vigente non prevede né un elenco di illeciti né, conseguentemente, “cornici sanzionatorie” da applicarsi a seconda del tipo di illecito commesso. Inoltre, la giurisprudenza, in modo costante, ritiene che il procedimento disciplinare nei confronti delle magistrature speciali sia strutturato sul modello del procedimento amministrativo. Tale diversa conformazione non giustifica però, ad avviso di chi scrive, la differenza di trattamento in sede disciplinare tra magistrati ordinari e speciali.

³⁵ L’argomento è criticato da A. PACE, il quale scrive che la Corte “*piuttosto che far leva su un argomento che appare, in verità, assai debole, (...) avrebbe dovuto ricorrere a un bilanciamento espresso fra l’interesse dello Stato al buon andamento (reale e percepito) del sistema giudiziario e quello dell’individuo alla conservazione del posto di lavoro*” (cfr. A. PACE, *Sanzione disciplinare*, cit., p. 2411).

³⁶ Per una disamina sul procedimento disciplinare a carico dei magistrati speciali si rinvia a M. FANTACCHIOTTI, *La responsabilità disciplinare*, cit., pp. 573 ss.

La possibile violazione del parametro di ragionevolezza sembra infatti aver a che fare con il profilo sostanziale della posizione e del rango delle magistrature: posizione e rango del tutto assimilabili in quanto correlati tutti all'esercizio di funzioni giurisdizionali idonee ad incidere sui diritti dei consociati, anche di rango costituzionale.

Un ulteriore considerazione che la sentenza suscita – non oggetto di scrutinio da parte della Corte – è la possibile sovrapposizione tra fattispecie penalmente rilevanti e illeciti disciplinari, da cui derivano problemi di compatibilità con il principio del *ne bis in idem*. La riflessione origina dalla circostanza che, *in limine litis*, la Consulta si è occupata, in via preliminare a seguito di eccezione di inammissibilità per irrilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte privata costituitasi in giudizio, della sovrapponibilità tra la fattispecie dell'illecito di cui all'art. 3 lett. e) e la fattispecie penale di cui all'art. 319-*quater* c.p. Sul punto la Corte ha escluso la coincidenza delle fattispecie, rilevando che il citato precetto penale richiede l'abuso delle funzioni, non previsto dalla fattispecie disciplinare (trattandosi di un illecito compiuto al di fuori dell'esercizio delle funzioni). Tale osservazione è indubbiamente corretta, ma non si può prescindere dal fatto che i fatti specifici per cui si può procedere in sede disciplinare possano in concreto presentare anche l'elemento aggiuntivo previsto dall'illecito penale. Da ciò consegue la possibile sovrapposizione tra le due fattispecie da cui i problemi di eventuale incompatibilità con il *ne bis in idem*.

Come noto, sin dalla sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009, la Grande Camera della Corte EDU ha ammesso in via generale la possibilità del cumulo di sanzioni amministrative e penali, purché le prime non abbiano il carattere di sanzioni “*sostanzialmente penali*”³⁷.

Sulla scia di tale decisione, nella sentenza *Grande Stevens c. Italia* della Grande Camera della Corte EDU del 4 marzo 2014, la giurisprudenza di Strasburgo ha riaffermato la validità del

³⁷ Nella sentenza si legge “*article 4 of Protocol No. 7 establishes the guarantee that no one shall be tried or punished for an offence of which he or she has already been finally convicted or acquitted. Given the multitude of charges levelled against the applicant in criminal proceedings, the Court considers it necessary to determine at the outset whether any criminal offence the applicant was charged with was essentially similar to the administrative offence of which he was convicted*”.

principio del *ne bis in idem*, in virtù del quale è vietato il cumulo di sanzioni di natura penale, comunque siano esse denominate nel diritto interno.

Successivamente, nella sent. *A. e B. c. Norvegia* del 15 novembre 2016, ridimensionando il rigore del precedente arresto, la Grande Camera della Corte EDU ha precisato che è però possibile il cumulo di procedimenti duali quando tra i due sussista “*un nesso sufficientemente stretto in sostanza e tempo*”³⁸, ossia le due sanzioni siano tali da determinare un sistema coerente e integrato. Al fine di valutare la sussistenza di tale nesso che giustifichi il “*bis*” altrimenti inammissibile per violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 7, il Giudice di Strasburgo offre un elenco di elementi sintomatici³⁹, tra i quali “*sapere se i procedimenti in questione si sono svolti in una maniera che evita, per quanto possibile, qualsiasi ripetizione nella raccolta e valutazione degli elementi di prova, (...) facendo sembrare che la statuizione dei fatti effettuata in uno dei procedimenti è stata ripresa nell’altro*”.

Nel caso oggetto della presente trattazione, il possibile cumulo si crea tra il processo penale per concussione, induzione indebita o corruzione e quello disciplinare. A seguito della sovrapposizione tra i due giudizi possono aprirsi due diversi scenari.

Il primo è quello del caso in cui il magistrato, imputato in un processo per i fatti di cui all’art. 319-*quater* c.p. (o 319-*ter* c.p.), all’esito del giudizio penale venga condannato e, alla pena accessoria dell’interdizione dai pubblici uffici, applicata dal giudice penale, che può avere carattere anche solo temporaneo, ai sensi dell’art. 12 d.lgs. 109 del 2006 si cumuli l’automatismo sanzionatorio della rimozione dall’incarico (che di fatto sostituisce almeno in parte la pena accessoria temporanea dell’interdizione ai pubblici uffici, mutandola in permanente con riferimento al particolare ufficio pubblico di magistrato).

Il secondo scenario è quello del caso in cui il magistrato sia invece assolto per gli stessi fatti, ma la Sezione disciplinare ritenga integrato l’illecito disciplinare (che come detto può coincidere con quello penale): egli si vedrà quindi applicato l’automatismo sanzionatorio della rimozione dall’incarico.

³⁸ L’onere della prova di tale “*nesso sufficientemente stretto in sostanza e tempo*” incombe sullo Stato.

³⁹ V. C. eur. dir. uomo, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, par. 132.

In entrambi i casi, lo svolgimento del processo disciplinare, quando vi è coincidenza tra gli illeciti, potrà tradursi in una nuova valutazione degli elementi di prova raccolti nel processo penale: infatti, il diverso regime di valutazione della prova può determinare che gli elementi a carico siano insufficienti per l'affermazione della penale responsabilità, ma sufficienti per una condanna disciplinare. Non solo: a ben vedere, può non rendersi necessaria alcuna ri-valutazione delle singole prove in quanto l'esito diverso potrà semplicemente basarsi sull'alterità delle rispettive regole finali di giudizio.

Ciò sembra, a parere di chi scrive, in contrasto con gli elementi sintomatici del “*nesso sufficientemente stretto in sostanza e tempo*” che giustifica il *bis* tra procedimenti.

Inoltre, gli effetti della sanzione della rimozione dell'incarico, formalmente qualificata come disciplinare, sono analoghi a quelli della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici: proprio tale considerazione sembra rendere non operativo il criterio per cui, data l'eterogeneità delle finalità delle sanzioni, non si avrebbe una violazione del *ne bis in idem*.

Dirimente quindi è la questione della natura della sanzione della rimozione dall'incarico.

La giurisprudenza della Corte EDU, nella celebre pronuncia dell'8 giugno 1976 *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, ha elaborato un *vademecum* per individuare la natura “sostanzialmente penale” delle sanzioni, prescindendo dalla formale qualificazione offerta dall'ordinamento: occorre valutare lo scopo afflittivo-deterrente della sanzione e la sua generalità, per poi valutarne la severità.

Con riferimento al primo parametro, se è vero che il sistema disciplinare è volto alla tutela dell'immagine e del prestigio dell'ordinamento giudiziario, non può non evidenziarsi che il tipo di sanzione previsto (la rimozione) è sicuramente di carattere punitivo. Quanto al criterio della severità, è fuor di dubbio che l'afflizione che consegue all'applicazione della sanzione sia di grande livello. Infatti incide su diritti costituzionalmente tutelati (il diritto di accedere agli uffici pubblici e segnatamente alla funzione di magistrato, di cui all'art. 51 Cost.) e comporta un serio pregiudizio economico (determinando la perdita della retribuzione).

D'altronde, la severità e l'afflittività delle sanzioni che possono essere emanate in seguito a procedimento disciplinare sono ben note al legislatore delegato, che, come ricordato, ha

previsto, per quanto non espressamente disciplinato dal Codice disciplinare, un rinvio al codice di rito penale.

Alla luce di queste considerazioni, la norma già oggetto di sindacato costituzionale sembra presentare dei profili di illegittimità con riferimento all'art. 117 Cost., per violazione dei principi della CEDU, così come interpretati dalla Corte EDU⁴⁰

⁴⁰ Recentemente la Corte di cassazione ha escluso la violazione del *ne bis in idem*, così come delineato dalla giurisprudenza di Strasburgo, tra una sanzione disciplinare e una penale; tuttavia si osserva che a tale conclusione è giunta sulla scorta della considerazione che nel caso di specie la sanzione disciplinare era priva del connotato di afflittività necessario per l'individuazione di una sanzione "sostanzialmente penale" (cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 maggio 2017, n. 31873).

L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA PENALE
DELL'INTEGRITÀ FISICA E DELLE LIBERTÀ
DELLE DONNE FRA REALI ESIGENZE
POLITICO-CRIMINALI E DIRITTO PENALE
SIMBOLICO*

ILARIA GIUGNI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impianto originario del Codice Rocco, fra tutela della donna "angelo del focolare" e stigmatizzazione delle sue condotte devianti. – 3. Le successive interpolazioni. – 4. Il cd. "Codice rosso". L'intervento sull'esistente. – 4.1. Le nuove fattispecie incriminatrici. La violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. – 4.1.2. La costrizione o induzione al matrimonio. – 4.1.3. La deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso. – 4.1.4. La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti. – 5. Conclusioni.

Abstract: The article analyses criminal law tools that protect women's rights and psychophysical integrity. It considers the offences originally established by the 1930 Criminal Law Statute, and proceeds to scrutinise the criminal law and criminal justice reforms introduced by the so-called "Codice rosso". In so doing, the paper aims to assess the appropriateness and effectiveness of existing dispositions, as well as their compatibility with the fundamental principles of criminal law.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Premessa

La ricerca di strumenti di adeguata tutela della integrità psicofisica e delle libertà delle donne rappresenta un problema di perdurante attualità, che ha impegnato, e continua ad impegnare, il legislatore, che è da ultimo intervenuto – nel luglio 2019 – ad ampliare l’armamentario punitivo in materia di violenza di genere.

Le modifiche di recente apportate congiuntamente al codice penale e a quello di rito dal cd. “Codice rosso”, infatti, possono iscriversi in una più ampia tendenza riformistica, che, a partire dagli anni Ottanta, ha innestato nel telaio originario del Codice Rocco nuove fattispecie a tutela delle donne, abrogandone e modificandone al contempo altre preesistenti, per renderne il testo più confacente al mutato contesto di riferimento. Interventi, questi, necessari e improcrastinabili all’indomani dell’approvazione della Costituzione repubblicana, che ha escluso, all’art. 3 Cost., la cittadinanza nel nostro ordinamento di qualsivoglia discriminazione fondata sul sesso e rifondato, all’art. 29 Cost., la famiglia sulla uguaglianza fra i coniugi.

Interpolazioni e modifiche che, però, ad un più attento esame, sono parse non sempre orientate a colmare vuoti di tutela e conformi ai principi fondamentali di marca costituzionale del diritto penale, quanto piuttosto animate dalla ricerca di facili consensi elettorali a fronte del crescente allarme sociale destato dall’aumento di condotte universalmente riprovate¹.

2. L’impianto originario del Codice Rocco, fra tutela della donna “angelo del focolare” e stigmatizzazione delle sue condotte devianti

Prima di affrontare le più recenti novità legislative, pare necessario dare conto degli strumenti penalistici originariamente

¹ Sull’uso simbolico-espressivo del diritto penale si rinvia *ex multis* a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, *passim*. Sulle tendenze populiste emerse nella legislazione penale contemporanea si veda G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, pp. 102 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, pp. 123 ss.

approntati dal legislatore del 1930 a tutela dell'integrità psicofisica delle donne.

Il Codice Rocco conteneva fattispecie *ad hoc* nei titoli IX, XI e XII, posti rispettivamente a presidio – nell'ambito dell'organizzazione della parte speciale secondo un modello di progressione cd. discendente² – della moralità pubblica e del buon costume, della famiglia e della persona.

In primo luogo, il legislatore del 1930 aveva all'uopo formulato le fattispecie di violenza carnale e di atti di libidine (artt. 519 e 521 c.p., oggi abrogati), che, insieme ad altri illeciti penali meno rilevanti, esaurivano il primo capo del titolo posto a tutela della moralità pubblica, così mettendo fra parentesi il bene giuridico individuale leso – la libertà d'autodeterminazione – in linea con la generale tendenza alla pubblicizzazione degli oggetti giuridici che anima(va) il Codice Rocco. La tecnica di redazione delle fattispecie incriminatrici, peraltro, facendo perno su violenza e minaccia quali condizioni modali della condotta, imponeva, di fatto, un onere di resistenza alla vittima dell'abuso³.

L'abrogata fattispecie di violenza carnale, inoltre, sino agli anni '70, s'era rivelata un'arma spuntata rispetto alle violenze endofamiliari: attraverso una indivisibile interpretazione diafana – *recte*: disapplicazione – della norma, la giurisprudenza riteneva che, in caso di violenza sessuale da parte del marito nei confronti della moglie concretantesi in atti sessuali *secundum naturam*, risultassero integrate unicamente le fattispecie minori

² Per una disamina dell'organizzazione della parte speciale del Codice Rocco e degli ulteriori moduli organizzativi, si rinvia a T. PADOVANI - L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, pp. 43 ss.

³ Nella manualistica del passato si affermava significativamente come non potesse ritenersi integrato il reato di cui all'abrogato art. 519 c.p., per carenza della modalità realizzativa della violenza, ove usata unicamente “*quella necessaria a vincere la naturale ritrosia femminile, la vis grata puellis*” (v. G. SANTANIELLO, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1967, p. 478; sulla irrilevanza penale della *violentia haud ingrata*, qualche anno più tardi, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, vol. I, Milano, 1977, p. 408).

di percosse, lesioni e minacce, ma non anche la più grave ipotesi di cui all'art. 519 c.p.⁴.

Il titolo IX si concludeva poi con l'art. 544 c.p., che prevedeva la speciale causa estintiva del cd. matrimonio riparatore, in forza del quale i delitti contro la libertà sessuale si estinguevano se l'autore del reato avesse contratto matrimonio con la persona offesa, con effetto estintivo suscettivo di estensione ai concorrenti ed in grado di travolgere il giudicato nel frattempo intervenuto. Norma di chiusura odiosa abrogata solamente nel 1981, con la legge n. 442, anche a seguito della coraggiosa battaglia di Franca Viola, prima donna a rifiutare di sposare il proprio aggressore.

Nel titolo XI, posto a tutela della famiglia – nucleo primario e fondamentale dell'architettura dello Stato fascista –, la linea direttrice era invece duplice: da un lato, una serie di fattispecie volte a tutelare la donna “angelo del focolare”, dall'altro, quelle ideate per punire l'eventuale colpevole allontanamento dal ruolo impostole.

Sul primo versante, infatti, l'art. 572 c.p., il reato di maltrattamenti in famiglia, che punisce a tutt'oggi condotte reiterate di violenza o minaccia, idonee a ledere l'integrità psicofisica del coniuge, nonché, a seguito della modifica intervenuta nel 2012, del convivente, la cui portata era, però, originariamente compressa dallo *ius corrigendi*, esercitabile dal *pater familias*, in una visione paternalistica, non solo nei confronti dei figli, ma anche della consorte.

Su quello opposto, rispetto cioè alla repressione di condotte considerate poco confacenti all'abito di madre e moglie, l'art. 559 c.p. – rubricato “adulterio” – puniva la moglie adultera, insieme con il correo amante, con trattamento certamente difforme e più severo rispetto a quello riservato al marito adultero, punito, all'art. 560 c.p., solo in caso di concubinato, di relazione extraconiugale, cioè, duratura presso la casa familiare od altrove, ma, in questo ultimo caso, solo ove ciò fosse di

⁴ Il *revirement contra reum* si rinviene in Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 1976, n. 12855, *Macario*, in *Cass. pen.*, 1978, pp. 72 ss. Sull'analogo mutamento giudiziario in materia di cd. *marital rape exemption* nel Regno Unito, S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. con. riv. trim.*, 4/2017, pp. 133 ss.

pubblico dominio. Tale vistosa sperequazione fondata unicamente sul genere è stata espunta dal nostro ordinamento solamente nel 1968 con la sentenza n. 126, con la quale la Corte costituzionale ha corretto il tiro rispetto alla declaratoria di infondatezza della questione di legittimità costituzionale di appena qualche anno precedente, nella quale si era affermato che il sistema risultante dagli artt. 559 e 560 c.p. non violasse gli artt. 3 e 29 Cost., ravvisando un maggior disvalore nell'adulterio della moglie in ragione della *“più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: per l'azione disgregatrice che sulla famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambiente sociale; per il turbamento psichico, con tutte le conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale, che determina nei figli il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo; per il pericolo della introduzione, nella famiglia, di una prole non appartenente al marito”*⁵.

Anche nel titolo XII della parte speciale, osservato nella sua fisionomia originaria, è possibile scorgere una tale duplicità d'intenti, rintracciandosi fattispecie circostanziali volte a punire più gravemente l'autore del reato che abbia agito in danno di una donna e, al contempo, una fattispecie autonoma – l'art. 587 c.p. – diretta ad ottenere, a determinate condizioni, l'effetto contrario.

Da un lato, dunque, gli artt. 577, comma 1, n. 1, e 605, comma 2, c.p., che prevedono un inasprimento del trattamento sanzionatorio ove i reati di omicidio e di sequestro di persona siano commessi, fra gli altri, in danno del coniuge (ed anche, *ex art. 577, comma 1, n. 1, c.p. del coniuge legalmente separato, dell'altra parte dell'unione civile o di persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso convivente, a seguito di novella del 2018*). Dall'altro, il delitto di omicidio e di lesioni personali a causa d'onore, che, abrogato solo nel 1981, consentiva di punire con sanzione assai più blanda di quella prevista in generale per l'uxoricidio – *i.e.* la reclusione da 3 a 7 anni in luogo di quella da 24 a 30 anni risultante dal combinato disposto degli artt. 575 e 577, comma 2, c.p. – chi cagionasse la morte della propria moglie, figlia o sorella sorpresa in costanza di relazione

⁵ C. cost., 28 novembre 1961, n. 64, in *Giur. cost.*, 1961, p. 1224.

carnale, a causa dello stato d'ira determinato dall'offesa al proprio onore.

3. Le successive interpolazioni

Su questo stato di cose, e sull'onda dell'approvazione della Costituzione repubblicana e delle leggi sul divorzio e sull'aborto, si sono innestati una serie di interventi di riforma a tutela delle donne⁶.

Fra i primi interventi – oltre alla già accennata espunzione dal codice dei reati di cui agli artt. 519, 521, 544, 559, 560 e 587 ad opera della Consulta e del legislatore – è possibile ricordare l'introduzione dei reati di interruzione colposa e non consensuale di gravidanza, originariamente previsti dagli artt. 17 e 18 della l. 22 maggio 1978, n. 194 e riportati *intra moenia codicis*, agli artt. 593-*bis* e 593-*ter*, dalla riforma introduttiva del principio della riserva di codice, volti a tutelare la donna in stato di gravidanza e la sua legittima aspettativa a diventare madre.

Di questi stessi anni è anche il mutamento di fisionomia del reato di infanticidio: un tempo improntato all'indulgenza nei confronti di chi agisse per tutelare l'onore macchiato dalla nascita di un figlio al di fuori del matrimonio, l'art. 578 c.p. tiene conto oggi di un diverso e mutato assetto di valori, tale da poter riconoscere il minor disvalore dell'atto commesso dalla madre in condizioni di abbandono morale e materiale *post partum*.

Tappa, poi, certamente significativa nel ripensamento della tutela della libertà delle donne può individuarsi nella riforma dei reati sessuali del 1996. Con la legge n. 15 febbraio 1996, n. 66, le fattispecie dapprima richiamate di violenza carnale ed atti di libidine sono state ricondotte ad unità all'art. 609-*bis* c.p. – attorno al quale sono state previste nuove circostanze e fattispecie autonome (*in primis*, la violenza sessuale di gruppo di

⁶ Più in generale, sulla trasformazione della tutela della persona umana, v. F. PALAZZO, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in *Dir. pen. con.*, 23 settembre 2019, nel quale l'Autore sottolinea, fra l'altro, come una tale evoluzione, in contrapposizione alla generale tendenza alla decodificazione, sia avvenuta all'interno del codice, garantendo una piena corrispondenza fra ritrovata “centralità ideologica” della persona umana e “centralità topografica” delle fattispecie a tutela (p. 2).

cui all'art. 609-*octies* c.p.) – e collocate congiuntamente nel titolo XII della parte speciale, dedicato ai reati contro la persona.

Se la ricollocazione dei reati sessuali testimonia il condivisibile abbandono dell'ottica pubblicistica ed eticizzante sposata del 1930⁷, la riforma degli anni '90 non pare aver posto rimedio ad una serie di criticità segnalate da tempo in dottrina. Da un lato, infatti, la nuova *sedes materiae* non pare centrare il bene giuridico leso dalle condotte tipizzate agli artt. 609-*bis* ss. c.p.: la scelta d'inserirli nella sezione intitolata “*Dei delitti contro la libertà personale*”, in coda a reati che salvaguardano *in primis* quella di movimento, non ne coglie la sostanza di azioni lesive della libertà d'autodeterminazione e della personalità sessuale della vittima⁸. Allo stesso modo, si è osservato come la riforma, lungi dall'operare una opportuna svalorizzazione delle modalità coercitive, abbia lasciato sostanzialmente inalterata la scelta originaria di richiedere la presenza di indici di costrizione, perdendo l'occasione di concentrare il fuoco offensivo del reato sul mero dissenso della vittima⁹.

Interpolazione non meno importante per quanto qui d'interesse quella realizzata nel 2006, introducendo all'art. 583-*bis* c.p. il reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, che consente oggi di reprimere taluni interventi chirurgici assai rischiosi per la salute delle giovani donne, retaggio di culti ancora diffusi nelle popolazioni migranti. Fattispecie, quest'ultima, che si aggiunge al reato di tratta *ex art.* 601 c.p., già previsto a tutela delle donne migranti, specie a seguito della tipizzazione normativa delle finalità che tale condotta criminosa è volta a perseguire – *i.e.* induzione o costrizione a prestazioni lavorative o sessuali.

Ulteriore tappa prima delle recentissime modifiche apportate dalla l. 19 luglio 2019, n. 69, nel cammino di

⁷ Sulla subordinazione funzionale degli interessi individuali alle esigenze superiori dello “Stato etico” si rinvia a T. PADOVANI - L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 56 ss.

⁸ Evidenza come sarebbe stato più opportuno ricollocare i reati sessuali nella sezione III dedicata ai delitti contro la libertà morale e ne ipotizza *de iure condendo* una collocazione autonoma in un capo dedicato alla tutela della personalità sessuale G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. pen.*, 3 marzo 2020, pp. 1 ss.

⁹ Così F. PALAZZO, *La tutela della persona umana*, cit., p. 8.

rafforzamento dell'armamentario punitivo contro la violenza di genere, si rinviene certamente nell'introduzione nel 2009 del reato di atti persecutori, insieme con una nuova misura cautelare coercitiva – il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla p.o. – che si aggiunge a quella dell'allontanamento dalla casa familiare.

Lo *stalking*, affetto dal peccato originale di essere venuto ad esistenza mediante decretazione d'urgenza¹⁰, ha posto sin da subito dubbi sul piano ermeneutico a causa di una descrizione legislativa problematica sotto il profilo della legalità *sub specie* precisione linguistica e verificabilità empirica. Lo statuto di tipicità della fattispecie *ex art. 612-bis c.p.*, infatti, è stato precisato dalla sentenza n. 172 del 2014¹¹, con la quale la Corte costituzionale – in ossequio ad un atteggiamento più restio nel riconoscere la giustiziabilità dei corollari di precisione e determinatezza, non avendo ancora intrapreso la strada di una declinazione forte di tali principi¹², inaugurata con le successive pronunce n. 115 del 2018¹³ e nn. 24 e 25 del 2019¹⁴ – ha preferito rimediare alle originarie lacune della fattispecie di atti persecutori, precisandone in più punti il contenuto.

Da ultimo, prima della recentissima novella del 2019, inasprimenti sanzionatori e modifiche al sistema penale sono

¹⁰ Per una disamina critica del ricorso alla decretazione d'urgenza in materia penale si rinvia *funditus* a C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, pp. 130 ss.

¹¹ C. cost., 11 giugno 2014, n. 172, Pres. Silvestri, Rel. Cartabia, in *Dir. pen. con.*, 23 giugno 2014, con nota di A. VALSECCHI, *La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*.

¹² Sulla nozione di determinatezza accolta dalla Corte nella richiamata pronuncia si rinvia a G. AMARELLI, *Il principio di determinatezza e il delitto di atti persecutori alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 172/2014*, in *Studium iuris*, 7-8/2015, pp. 819 ss.

¹³ Su tale pronuncia, che chiude la cd. saga Taricco, si veda, *ex multis*, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. con.*, 6/2018, pp. 227 ss.; M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. con.*, 11 luglio 2018.

¹⁴ Per un commento congiunto di tali sentenze rese dalla Corte cost. all'inizio dello scorso anno in materia di misure di prevenzione, si rinvia a V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2020, pp. 107 ss.

stati nuovamente affidati alla decretazione d'urgenza a fronte del “*susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e del conseguente allarme sociale che ne è derivato*”¹⁵.

Il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con legge 15 ottobre 2013, n. 93, ribattezzata dai suoi stessi fautori “legge contro il femminicidio”, lungi dall'introdurre una fattispecie incriminatrice autonoma e differenziata nel caso in cui ad essere vittima di una condotta omicidiaria sia una donna¹⁶, si limita ad apportare diverse modifiche a talune norme satellite relative a condotte accessorie o prodromiche all'omicidio.

Novità più rilevante è l'introduzione, agli artt. 61, comma 1, n. 11-*quinquies*, e 609-*ter*, comma 5-*ter*, c.p., di una nuova circostanza aggravante per il caso in cui un delitto non colposo contro la vita e l'incolumità individuale o contro la libertà personale, nonché un delitto di maltrattamenti, sia commesso – oltre che in danno di una persona in stato di gravidanza o in danno di un minore di anni diciotto – in presenza di un minore, attribuendo specifico rilievo alla cd. violenza assistita, alla violenza, cioè, usata su terzi cui il minore assista, cui si aggiungono un ritocco a rialzo delle pene previste per il delitto di minaccia, una modifica dell'ambito applicativo del reato di *stalking* e una serie di speciali previsioni in materia processuale per le richiamate fattispecie, tra cui la possibilità di ricorrere alle intercettazioni telefoniche e all'arresto in flagranza, l'introduzione della misura precautelare dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare e delle misure di prevenzione personali dell'ammonimento del questore e il ritiro della patente¹⁷.

¹⁵ Premessa al d.l. 14 agosto 2013, n. 93.

¹⁶ Evidenzia come l'uso da parte di alcuni rappresentanti dell'allora Governo di tale formula sia, pertanto, al limite della frode delle etichette ed espressiva dell'intento meramente simbolico perseguito F. BASILE, *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?*, in *disCrimen*, 26 novembre 2018, p. 10.

¹⁷ Più dettagliatamente sulle novità apportate dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, tra i tanti, G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere*, in *Dir. pen. con.*, 24 settembre 2013; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. con. riv. trim.*, 1/2015, pp. 430 ss.

4. Il cd. “Codice rosso”. L’intervento sull’esistente

Dato conto degli strumenti penalistici sino a pochi mesi fa utilizzabili a tutela della integrità psicofisica e delle libertà della donna, è possibile esaminare l’ultimo intervento in materia *ratione temporis*: il cd. “Codice rosso” (l. 19 luglio 2019, n. 69).

Si tratta di una riforma ad ampio raggio, che incide sia sul codice penale che su quello di rito, proponendosi – pur a spesa invariata¹⁸ – di rafforzare la tutela apprestata alle donne vittime di violenza domestica e di genere.

Sul versante procedurale, s’introducono una serie di modifiche volte ad accelerare la fase delle indagini preliminari – *i.e.* obbligo di riferire immediatamente la notizia di reato e di assunzione a s.i.t. senza ritardo ed entro tre giorni dall’iscrizione della *notitia criminis* dei soggetti coinvolti – così come l’attivazione di una formazione *ad hoc* del personale di polizia (sia pure – *repetita iuvant* – a spesa invariata!)¹⁹.

Sul piano del diritto penale sostanziale, oltre alla introduzione di quattro nuove figure di reato di cui meglio si dirà in seguito, si riscontra anche un intervento sull’esistente.

In primo luogo, si procede all’inasprimento delle pene previste per i reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p. e per quelli contro la libertà sessuale.

Si prevede altresì – per questi ed altri delitti (come le lesioni e l’omicidio aggravati) – che la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena sia subordinata alla partecipazione a percorsi di recupero presso strutture apposite a spese del condannato.

Si estende poi l’applicabilità delle misure di prevenzione personali agli indiziati del reato di maltrattamenti in famiglia

¹⁸ Osserva come, in generale, intervenire sull’impianto originario del codice, piegando gli istituti ivi previsti, possa risultare più conveniente rispetto a più ampi interventi strutturali di riforma, consentendo di ottenere un risultato d’impatto in termini simbolici nell’immediato, e, soprattutto, a costo zero. M. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in *Dir. pen. con. riv. trim.*, 1/2016, pp. 61 ss. Nello stesso senso, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, 2017, pp. 186 ss.

¹⁹ Più dettagliatamente sui profili procedurali della riforma del 2019 D. RUSSO, *Emergenza “Codice rosso”. A proposito della l. legge 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Sist. pen.*, 9 gennaio 2020.

(non più limitata, dunque, ai soli indiziati del delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p.).

4.1. Le nuove fattispecie incriminatrici. La violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa

Venendo all'introduzione delle nuove figure di reato, il legislatore del 2019 è innanzitutto intervenuto sul titolo dedicato ai reati contro l'amministrazione della giustizia²⁰, inserendo nel capo II – posto a tutela dell'autorità delle decisioni giudiziarie – l'art. 387-*bis* c.p.

Il nuovo reato punisce chi violi le misure cautelari coercitive dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima, non solo evidentemente al fine di garantire maggiormente il rispetto del provvedimento giudiziario applicativo della misura, ma anche di scongiurare condotte che possano rivelarsi prodromiche all'aggravamento delle conseguenze del reato o alla commissione di un nuovo illecito.

Sul piano del diritto intertemporale, l'art. 387-*bis* c.p. pare rappresentare una nuova incriminazione, sottoposta pertanto al regime di cui all'art. 2, comma 1, c.p., dal momento che la condotta violativa delle misure cautelari *ex artt. 282-bis e 282-ter* c.p.p., sino ad ora, lungi dal rivestire autonoma rilevanza penale, produceva unicamente conseguenze endoprocedimentali, potendo eventualmente determinare l'aggravio della misura in essere.

4.1.2. La costrizione o induzione al matrimonio

Il “Codice rosso” inserisce, poi, nel titolo dedicato alla tutela della famiglia, l'art. 558-*bis* c.p., che incrimina la costrizione od induzione a contrarre il matrimonio, eventualmente pure

²⁰ Per una disamina dell'emersione della “amministrazione della giustizia” quale interesse autonomo meritevole di specifica protezione penale e dell'evoluzione della concezione di tale bene giuridico, si rinvia a G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pp. 55 ss. e pp. 76 ss.

abusando delle altrui condizioni di inferiorità o soggezione o della propria posizione, prevedendo altresì degli aggravamenti di pena per il caso che la condotta sia posta in essere in danno di minori di 18 o di 14 anni.

In questo caso, il legislatore del 2019, quantomeno per la condotta costringitiva, pare intervenire nel campo del già penalmente rilevante, comminando una pena maggiormente adeguata alla gravità di un fatto già in precedenza sanzionabile ai sensi dell'art. 610 c.p.

Restano dubbi circa la *sedes materiae* della nuova fattispecie *ex art. 558-bis c.p.* La scelta di collocarla nel titolo dei reati contro la famiglia non pare, infatti, cogliere il bene giuridico concretamente leso dalla condotta incriminata – *i.e.* la libertà di autodeterminazione –, di talché sarebbe stato, forse, più opportuno immaginarne l'inserimento nel titolo dei reati contro la libertà morale.

4.1.3. La deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso

Trova poi nuova collocazione e, per tale via, assume la natura di fattispecie autonoma, la deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso.

Dapprima contenuta, come circostanza aggravante, nell'art. 583, secondo comma, n. 4, c.p., la fattispecie è autonomizzata nel nuovo art. 583-*quinquies* c.p. con cornice edittale più severa (reclusione da 8 a 14 anni e non più da 6 a 12).

Il legislatore ha così sottratto l'evento lesione permanente al viso ad un eventuale giudizio di bilanciamento, impedendone l'attrazione nelle valutazioni *ex art. 69 c.p.* Tale strada, quella, cioè, di blindare l'efficacia ingravescente di una circostanza trasformandola in fattispecie autonoma, è stata di recente sovente percorsa dal legislatore. Se, però, in molti casi, si pensi alla recente trasformazione in fattispecie autonoma dell'omicidio stradale, questa opzione è apparsa censurabile perché imperniata su ragioni prettamente simboliche, pare più ragionevole per la deformazione dell'altrui viso, in ragione del peculiare disvalore che riveste e della difficile assimilazione con ogni altra ipotesi di lesione gravissima.

4.1.4. *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*

L'innovazione certamente più pubblicizzata e discussa del cd. "Codice rosso" è però rappresentata dal nuovo art. 612-ter c.p., volto a contrastare l'odioso fenomeno del cd. *revenge porn*.

Tale fattispecie – introdotta nel capo dei reati contro la libertà morale – punisce la diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti. La norma, costruita secondo una tecnica di redazione casistica, incrimina, al primo comma, l'invio, la consegna, la cessione, la diffusione di contenuti senza il consenso della persona ritratta da parte di chi li abbia realizzati; e, al secondo comma, assoggetta alla medesima pena chi abbia posto in essere la stessa condotta senza partecipare alla creazione del contenuto, purché, tuttavia, agisca al fine di cagionare nocumento alla p.o.

Il reato, dunque, è strutturato in due diverse ipotesi, che, pur distinguendosi tra loro per le modalità con cui l'agente è entrato in possesso delle immagini che ha successivamente divulgato, sono assoggettate al medesimo trattamento sanzionatorio. Una tale parificazione *quoad poenam*, invero, pare trovare giustificazione nel recupero al secondo comma, sul piano dell'elemento psicologico, di un tassello che manca su quello della condotta: alla mancanza di concorso nella realizzazione del contenuto diffuso, cioè, sembra sopperire sul piano del disvalore la necessaria sussistenza del dolo specifico.

Il nuovo art. 612-ter c.p. è poi corredato da una pleora di circostanze aggravanti: la pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla vittima, ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici; la pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

La fattispecie introdotta dal cd. "Codice rosso", che pure consente di riconoscere rilevanza penale a condotte che, in passato, sarebbero risultate illecite solo se realizzate con modalità estorsive o in ragioni di eventuali conseguenze lesive per la persona offesa, desta tuttavia qualche perplessità. Difatti, la scelta di arricchire la tipicità della condotta descritta al

secondo comma del nuovo art. 612-ter c.p. con la descrizione della finalità di nuocere alla vittima, se pure risponde, come visto, alla necessità di giustificarne la parificazione *quoad poenam* con quella prevista al primo comma, rischia di renderla inservibile per censurare l'odiosa pratica presa di mira, poiché, di regola, la circolazione dei contenuti sessualmente espliciti fra fruitori che non abbiano partecipato alla creazione degli stessi è totalmente avulsa da tale specifico scopo²¹. Allo stesso modo, resta di problematica definizione la locuzione “*a contenuto sessualmente esplicito*”, utilizzata per designare le immagini ed i video la cui divulgazione *invito domino* possa risultare penalmente rilevante, lasciata di fatto ad una più precisa delimitazione ad opera della giurisprudenza.

5. Conclusioni

Esaurita la disamina diacronica degli interventi legislativi in materia di contrasto alla violenza di genere, e tenuto conto della perdurante crescita del numero di donne vittime di violenza fisica, morale e sessuale in contesto *endo* ed *extra* familiare, è possibile formulare qualche dubbio circa l'efficacia della recente riforma del cd. “Codice rosso” e, più in generale, delle soluzioni formulate dal legislatore negli ultimi anni.

A fronte del crescente allarme sociale derivante dal mancato sopirsi delle violenze contro le donne, la panacea di ogni Governo, come dimostra la sintetica rassegna sin qui svolta, è sempre stata quella del *più penale*²². Eppure, nonostante si sia provveduto ad affiancare agli strumenti originariamente approntati dal legislatore del 1930 una lunga serie di nuove fattispecie autonome e circostanziali *ad hoc*, la compressione dei diritti e delle libertà fondamentali delle donne pare lungi dal segnare una battuta d'arresto²³.

²¹ Così G. BALBI, *I reati contro la libertà*, cit., p. 7.

²² Osserva come “*un deprecabile piegarsi del diritto penale a sollecitazioni di allarme sociale (...) sia avvenuto sotto ogni cielo politico*” L. STORTONI, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 381.

²³ Sul punto, conclude che “*chi semina leggi non sempre raccoglie giustizia*” F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 66.

L'incapacità dei continui ritocchi a rialzo delle cornici edittali e della incessante fucinatura di illeciti penali di nuovo conio ad incidere sul numero di reati commessi ai danni delle donne²⁴ avrebbe, probabilmente, dovuto indurre il legislatore ad un cambio di rotta, che tenesse conto delle peculiarità criminologiche della questione²⁵ e, più in generale, dell'inidoneità intrinseca del diritto penale a regolare fenomeni e correggere i costumi della popolazione.

L'atteso cambio di passo, però, non pare ancora compiuto e, invero, neppure all'orizzonte. Il legislatore del 2019, infatti, ponendosi nel solco tracciato nelle legislature precedenti, ha puntato nuovamente sullo strumento penale quale unica e principale risorsa contro la violenza di genere, non rinunciando a gonfiare i muscoli a scapito, talvolta, dei principi fondamentali di marca costituzionale del diritto penale di *extrema ratio*, frammentarietà e legalità, e dimenticando che “*la politica sociale è la miglior politica criminale*”²⁶.

Anche il cd. “Codice rosso”, in definitiva, rischia d'incappare in un nulla di fatto, avendo abdicato – o, quantomeno, avendo rinunciato ad investirci seriamente – a

²⁴ È stato evidenziato che le *chances* di raggiungimento dello scopo prefisso da parte della singola norma penale dipenderebbero da diversi fattori, fra loro interrelati, – *i.e.* ricettività del destinatario; impatto della sanzione (più in termini di probabilità che d'intensità); efficienza del controllo; circostanze criminologiche che accompagnano la situazione giuridicamente rilevante –, ovvero da una loro reciproca compensazione. Così C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, pp. 73 ss.

²⁵ Sottolinea, ad esempio, l'aporetica compatibilità fra la natura circolare della violenza di genere e quella lineare del processo penale attraverso il quale ci si propone di accertarla, oltre che la scarsa conoscenza delle forme di manifestazione del fenomeno da parte dei professionisti del settore della giustizia E. CORN, *Non parlarmi, non ti sento. Il perdurante disallineamento tra i bisogni delle donne maltrattate e le tutele offerte dalle norme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, pp. 599 ss. Sul punto, anche M. BASTIANELLO - F. TRAPPELLA, “*La giusta comprensione di una cosa e l'incomprensione della stessa cosa non si escludono*”: aporie e contraddizioni nella tutela della vittima di violenza misogina, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 1327 ss.

Criticamente, invece, sull'abuso del paradigma vittimario nel diritto penale contemporaneo F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, pp. 30 ss.

²⁶ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991 p. 65.

combattere in radice – *recte*: alle radici, specialmente culturali – il problema²⁷.

²⁷ Rispetto alla riforma del cd. “Codice rosso” si è osservato criticamente che “*alla massimizzazione della violenza punitiva – innalzamento delle pene, creazione di nuove fattispecie – corrisponde infatti la massimizzazione dello stereotipo di genere in base al quale (...) i maschi riaffermano la propria sovranità su un territorio anche tramite la difesa del corpo delle donne*” F. FILICE, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto maschile a “difendere” le donne*, in *giudicedonna.it*, 1/2019.

IL TRATTAMENTO PENALE DEL NEMICO*

LUCA PANICO

SOMMARIO: 1. L'art. 4-*bis*, comma 1, legge 26 luglio 1975, n. 354. – 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 29 ottobre 2019. – 3. Il doppio binario penitenziario come espressione del “diritto penale del nemico”. – 4. La dialettica amico/nemico di Carl Schmitt: lo statuto ontologico del nemico. – 5. Nemico e criminale: Schmitt e Jakobs a confronto. – 6. Conclusione.

Abstract: The art. 4-*bis* l. 354/1975, with its absolute presumption of the social danger that the convict had for certain crimes, is one of the most important points of the “double tracks” of the penitentiary regulation, which was characterized by a different treatment between convicts for crimes considered “common” from those ones linked to phenomena who could ensue in great social alarms. The statement of unconstitutionality of the art. 4-*bis*, comma 1, by the sentence n. 253/2019 of the Constitutional Court, in regards of the art. 3 and 27 Cost., has reopened the question on compatibility with our regulation of that attitude of the Criminal Law known as “Enemy Criminal Law”. It is about the contemporary revival of the *crimen lesae maiestatis*, namely the selection and differentiation of some type of authors, due to the gravity of their criminal behaviors, endanger the survival of the Sovereign State, while appearing unworthy of the constitutional guarantees linked to the exercise of the sanctioning power, being them placed outside the Rule of Law. Starting from the questions arisen from that sentence, this article will try to outline the characteristics of the two separate figures of convict and enemy, outlining the different sanctioning answers that the sovereign power can adopt towards them, as

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

well as the overlap of the two caused by the Enemy Criminal Law, studying the linked risks to the sanctioning system of the Rule of Law.

1. L'art. 4-bis, comma 1, legge 26 luglio 1975, n. 354

La disciplina dell'ordinamento penitenziario, legge del 26 luglio 1975, n. 354, ha da sempre dovuto confrontarsi con il tema delle emergenze criminali: dal terrorismo degli anni di piombo allo stragismo mafioso, fino al nuovo terrorismo internazionale, costringendo il legislatore a predisporre specifiche norme circa il trattamento penitenziario dei colpevoli di tali crimini. Ne è derivato un regime di trattamento differenziato, il c.d. doppio binario penitenziario, da intendersi quale stabilizzazione dell'alternativa penitenziaria fondata sulla differenziazione esecutiva riconducibile alla natura del reato commesso¹.

L'art. 4-bis ord. penit., “*testo di riferimento per una serie di altre disposizioni (...) dichiaratamente funzionali alla costruzione di un regime penitenziario differenziato, in rapporto alla natura del reato commesso*”², viene inserito dall'art. 1, comma 1, d.l. 13 maggio 1991 n. 152, nel *corpus* normativo disciplinante l'ordinamento penitenziario, con lo scopo di inasprire le condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione per gli autori di delitti di criminalità organizzata, ritenuti socialmente pericolosi sulla base di un sistema di presunzioni giuridiche, riproponendo risalenti e discutibili concezioni soggettivistiche del diritto penale³. La norma originaria introduceva meccanismi di presunzione relativa della pericolosità sociale dei condannati, desunta dal tipo di delitto commesso. Tali reati venivano suddivisi in due fasce distinguendosi due distinti regimi presuntivi.

Per i reati di “prima fascia”, comprendente principalmente delitti di natura associativa con finalità mafiosa, di terrorismo o

¹ C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Archivio Penale*, 1/2018, p. 2.

² V. GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986 - 1993)*, Padova, 1994, p. 7.

³ C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, cit., p. 2.

di eversione dell'ordinamento costituzionale, l'accesso alle misure alternative alla detenzione, al lavoro esterno e ai permessi premio era condizionato all'acquisizione di una prova negativa, avente ad oggetto l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

I tragici avvenimenti del 1992 che avevano colpito il cuore dello Stato, portarono, con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, all'introduzione per i reati di "prima fascia" del requisito della collaborazione, nell'intento di utilizzare l'esecuzione penale per ottenere dai rei tale comportamento, escludendosi presuntivamente la possibilità di concessione del lavoro esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, salvo collaborazione con la giustizia nelle forme previste dall'art. 58-*ter* ord. penit. Si introduceva così un regime di prova rafforzata attraverso un meccanismo di presunzione ostativo alla concessione di tali benefici se non attraverso una condotta collaborativa, l'unica ritenuta testimoniante una rescissione del vincolo associativo⁴.

Successivi interventi del legislatore hanno ampliato il novero dei reati di "prima fascia", attraverso la selezione normativa del *perturbateur* dell'ordine pubblico, sulla base di condotte delittuose ritenute di volta in volta destabilizzanti l'ordine costituito. Ciò con il precipuo scopo di utilizzare la fase dell'esecuzione penale con finalità di deterrenza e repressione per i reati più gravi.

Attualmente l'art. 4-*bis* ord. penit. si presenta come un sistema multilivello⁵ che prevede un insieme di presunzioni di pericolosità, ostative alla concessione dei benefici penitenziari del lavoro esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione dell'affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare e semilibertà. In particolare, al comma 1, relativo ai reati di "prima fascia", qui d'interesse, i benefici possono essere concessi solo in caso di collaborazione con la giustizia, fermo restando l'accertamento della insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, salvo collaborazione

⁴ Cfr. C. cost., 7 febbraio 1995, n. 68.

⁵ F. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, in *Giur. merito*, 2/2012, p. 504.

irrilevante o impossibile; al comma 1-ter, “reati di seconda fascia”, in caso di assenza di elementi che depongano per quei collegamenti; al comma 1-quater, “reati di terza fascia”, all'esito di una complessa valutazione dell'evoluzione personologica del condannato.

Il sistema ha dato luogo a notevoli difficoltà interpretative circa la legittimità costituzionale della condizione ostativa prevista per i delitti di “prima fascia”, soprattutto in relazione al principio di ragionevolezza dell'art. 3 Cost. e a quello della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost., sollevandosi la questione della giustificabilità di un percorso trattamentale differenziato di fronte a fenomeni che pongono in pericolo l'ordine costituito. Tale pericolosità giustificerebbe un'utilizzazione della pena in ottica repressiva e di deterrenza piuttosto che come mezzo rieducativo, in ragione di un'esigenza di autoconservazione dell'ordine costituito, secondo una legittima scelta di politica criminale⁶. Le prime pronunce hanno confermato il principio per cui non vi sarebbe stato alcun contrasto con la funzione rieducativa della pena, in virtù dell'inesistenza di un divieto assoluto di accesso ai benefici penitenziari, attesa la libertà del singolo condannato di collaborare o meno con la giustizia⁷.

Ne consegue l'importanza delle successive pronunce giurisprudenziali che hanno eroso tale principio. La recente sentenza della Corte di Strasburgo *Viola c. Italia* ha ravvisato la contrarietà della normativa italiana all'art. 3 CEDU, poiché renderebbe perpetua la pena, soffermandosi sulla necessità di equilibrio tra funzione repressiva della pena di fronte a circostanze emergenziali e funzione rieducativa, *proprium* della sanzione penale, eccessivamente compressa nei casi di applicazione dell'art. 4-bis ord. penit. Secondo la Corte “*porre il requisito della collaborazione come unica porta d'accesso ai benefici penitenziari, preclude alla possibilità di una valutazione effettiva del percorso di risocializzazione che deve essere in concreto valutata, determinandosi una presunzione assoluta di pericolosità sociale, che ha per effetto quello di privare il condannato di ogni prospettiva realistica di liberazione,*

⁶ Cfr. C. cost., 11 giugno 1993, n. 306.

⁷ Cfr. C. cost., 24 aprile 2003, n. 135.

correndo (questi) il rischio di non potersi più riscattare [...]. Pertanto, questa pena perpetua non può essere qualificata come comprimibile ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione" (Corte eur. dir. uomo, *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019). Ciò perché è la stessa funzione di risocializzazione a svolgere quel ruolo di prevenzione generale che si vuole attribuire al differenziato regime trattamentale.

2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 29 ottobre 2019

Rilevante appare, quindi, la posizione assunta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019. La pronuncia muove da due ordinanze di rimessione, la prima, della Corte di Cassazione, avente ad oggetto la questione di costituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. in riferimento agli art. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa accedere al beneficio del permesso premio. Ciò in ragione della finalità propria di quest'ultimo, volto ad una valutazione del grado di rieducazione del condannato che sarebbe preclusa dalla presunzione assoluta di pericolosità disposta dalla norma controversa. La seconda, proveniente dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia, contestava la legittimità dell'elevazione della collaborazione a prova legale del venir meno della pericolosità sociale del condannato, impedendosi una valutazione concreta della personalità del reo, estendendo le considerazioni già svolte dalla prima ordinanza anche ai condannati alla pena dell'ergastolo, che abbiano commesso delitti con la finalità di agevolazione di un gruppo criminale *ex art.* 416-*bis* del quale siano stati riconosciuti partecipi.

La Consulta, concentrando il *thema decidendum* sulla censurabilità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. nella parte in cui esclude per i condannati per reati ostativi di "prima fascia", in specie per delitti di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività

delle associazioni in esso previste, la possibilità di fruizione dei *soli* permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit., ha riconosciuto la fondatezza delle questioni. La Corte pur riconoscendo la matrice emergenziale in cui è maturata la formulazione della presunzione di pericolosità, ne ha censurato il carattere assoluto in quanto da essa deriverebbe *“la permanente pericolosità del condannato, con conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari normalmente disponibili agli altri detenuti”*, salvo ovviamente i casi di collaborazione impossibile o inesigibile. Si evidenzia l'impossibilità di collegare la scelta collaborativa al trattamento rieducativo, smascherando l'assenza di natura penitenziaria dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e riconoscendo che *“la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di «tipi d'autore», per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita in caso di mancata collaborazione”*⁸. Riconoscendosi quindi l'eccessiva afflizione del condannato, dovuta alla presunzione assoluta di pericolosità sociale che comporta una sproporzione tra l'esigenza di prevenzione generale e la funzione risocializzatrice della pena che introduce nell'esecuzione penale elementi politici estranei alla finalità propria del trattamento penale, nonché l'impossibilità di una valutazione in concreto della suddetta, indice di un'ingiustificata generalizzazione compiuta in ordine ai tipi d'autore, la Consulta riconosce come la disciplina differenziata sia volta all'*“inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto iuris et de iure quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa”*. Dall'impossibilità di svolgere, di fronte al rifiuto di collaborare, una valutazione sul percorso di

⁸ Secondo la Corte *“mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli art. 3 e 27, terzo comma, Cost. (...) una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata”* (C. cost., 23 ottobre 2019, n. 253).

risocializzazione compiuto dal condannato, conseguirebbe un pregiudizio enorme alla funzione concreta svolta dalla pena, e ciò non solo per i delitti di natura associativa, ma per tutti quelli ricompresi nell'alveo della "prima fascia". Per tali ragioni, quindi, il Giudice delle leggi ha riconosciuto l'incostituzionalità della preclusione alla concessione di permessi premio, per tutti i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., in caso di mancata collaborazione, allorché siano comunque acquisiti in concreto elementi tali da escludere la sussistenza e l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o il pericolo di un loro ripristino. La presunzione viene, così, trasformata da assoluta in relativa, consentendosi una prova contraria attraverso l'indagine in concreto sul percorso rieducativo del reo.

L'importanza della sentenza sta nell'aver riconosciuto, attraverso il richiamo seppur incidentale all'opzione legislativa della criminalizzazione per tipi d'autore, come siffatti meccanismi operino di fatto una politicizzazione del criminale, trasformandolo in altro da sé e inserendolo in un circuito di perpetuazione *ad infinitum* della pena, nel modo di cui si dirà. È evidente come, attraverso la differenziazione di regimi trattamentali, entrino nella fase dell'esecuzione penale elementi di natura politica estranei alla dimensione giuridica della pena, proprio in virtù dell'opzione politico-criminale retrostante alla formulazione normativa.

3. Il doppio binario penitenziario come espressione del "diritto penale del nemico"

In base a quanto detto appare evidente la vicinanza della disciplina del "doppio binario penitenziario" con la teoria giuspenalistica del "diritto penale del nemico".

Elaborata dal filosofo tedesco Günther Jakobs, la teoria del *Feindstrafrechte* muove dal presupposto della necessità di una stretta correlazione tra norma come schema qualificativo e realtà sociale perché la norma possa effettivamente operare quale vincolo nei rapporti umani⁹, secondo un'opzione di stampo funzionalistico. Il funzionalismo sociologico individua la

⁹ G. JAKOBS - M.C. MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 12.

giustificazione della validità e vincolatività della norma giuridica nella circolarità di un sistema che pone da sé le aspettative cognitive, ossia le condizioni di apprendimento a partire dalla precomprensione del fatto sociale per giungere, attraverso la comprensione dello stesso, alle statuizioni necessarie per adeguarsi alle spinte provenienti dall'ambiente sociale e assicurare la propria validità ed efficacia¹⁰.

Ciò investe il modo di concepire il soggetto di diritto. Il funzionalismo muove dallo svuotamento del dato ontologico del soggetto, definendo la persona, nell'accezione di soggetto di diritto, non più nella sua individualità fisica ma come unità comunicativa inserita in un contesto sociale nel quale si relaziona¹¹. Ne consegue una scissione tra i concetti di individuo in quanto tale (persona fisica) e di persona come soggetto di diritto (persona giuridica).

Queste istanze emergono nel pensiero di Jakobs. L'azione penalmente rilevante deve essere definita, infatti, non a partire da criteri naturalistici, ossia dall'elemento fattuale-oggettivo della condotta, quanto piuttosto dalla valorizzazione del soggetto attivo di reato, perché lo scopo del diritto penale è l'affermazione dell'identità normativa espressione delle aspettative sociali¹², non perseguendo la protezione di beni giuridici bensì la garanzia delle aspettative a che non si producano attacchi a questi¹³.

La finalità della pena, così, non è ricollegabile alla semplice finalità retributiva o general-preventiva, ma a quella di confermare la natura di un delitto come tale sul piano giuridico, assicurando il rispetto della configurazione normativa e dell'aspettativa cognitiva sul piano sociale¹⁴ e garantendo la sopravvivenza dell'ordine sociale¹⁵.

Riprendendo la teoria dello stato di natura di Hobbes e le tesi contrattualistiche di Fichte e Rousseau, Jakobs distingue

¹⁰ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Arte e/o Tecnica. Sfide giuridiche*, Padova, 2012, p. 38.

¹¹ *Id.*, p. 131.

¹² G. JAKOBS, *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996, p. 15.

¹³ G. RUGGIERO, *Soggetto, persona, cittadino e diritto penale*, in *Rivista di diritto penale dell'economia*, 1-2/2006, p. 125.

¹⁴ G. JAKOBS, *Sobre una teoría de la pena*, Bogotà, 1998, p. 16.

¹⁵ G. JAKOBS, *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit., p. 11.

all'interno del sistema giuspenalistico i due diversi atteggiamenti del diritto penale del nemico e del cittadino, nei confronti dei due "tipi d'autore".

Il cittadino si muove all'interno di un ordinamento costituito e il delitto da lui commesso si presenta come irritazione della società che lede l'aspettativa cognitiva dei consociati rispetto all'ordinamento. Questa può essere riaffermata controfattualmente attraverso la pena, permettendo di ottenere un'assicurazione e un'aspettativa da parte della comunità sull'astensione dalla commissione di futuri delitti, stante la limitata pericolosità del soggetto che lo ha commesso. Il tutto, dunque, si svolge nell'ambito di un sistema costituito: il cittadino che delinque è persona (di diritto) in senso funzionalistico, poiché resta in relazione comunicativa con gli altri consociati¹⁶.

Diversamente il nemico è colui il cui comportamento criminale si caratterizza per una particolare carica di pericolosità dovuta alla forte offensività delle condotte delittuose, sintomatica della sua irriducibilità al contesto sociale, non potendo la pena svolgere la propria funzione di assicurazione. La rottura del contratto sociale, causata dalla grave condotta delittuosa, comporta l'esclusione del nemico dalla società e, di conseguenza, la decadenza dallo stato di "persona", tornando a quello di mero "individuo"¹⁷. In quanto non-persona di diritto, nei suoi confronti si renderà necessaria una neutralizzazione, dovendosi procedere "*prima del fatto delittuoso o in aggiunta rispetto alla pena approntando un apparato di sicurezza*"¹⁸. Non offrendo una sufficiente garanzia cognitiva per essere trattato come "persona", il nemico resta confinato nello stato di natura, ove le garanzie di diritto penale processuale o sostanziale non possono operare. Il diritto diviene strumento di neutralizzazione nei suoi confronti; non più il ricorso alla pena per restaurare la validità di una norma, quanto piuttosto la sua trasformazione in misura di sicurezza finalizzata alla rimozione di un pericolo¹⁹.

¹⁶ G. JAKOBS - M.C. MELIÁ, *Op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁷ M. DONINI - M. PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 18.

¹⁸ A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *Introduzione a Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007, p. 120.

¹⁹ G. JAKOBS - M.C. MELIÁ, *Op. cit.*, p. 40.

Le brevi considerazioni svolte permettono di evidenziare come la suggestiva teoria di Jakobs rappresenti effettivamente il sostrato teorico della c.d. legislazione penale dell'emergenza²⁰, le cui norme vengono poste dal legislatore per rispondere a contingenze storiche determinanti un forte allarme sociale e che pongono in crisi l'intero ordine costituito.

La previsione di un doppio binario penitenziario risponde specificamente ad una simile logica nel momento in cui vengono selezionati dal legislatore tipi d'autore ritenuti presuntivamente pericolosi socialmente e non risocializzabili, come si può notare per i condannati dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. Considerati soggetti intrinsecamente pericolosi, le cui volontà particolari si dissociano in maniera netta dalla volontà generale, si giustifica nei loro confronti una presunzione assoluta di pericolosità e di impossibilità di riportare la loro volontà deviata all'interno del contesto sociale. Tali criminali assurgono a nemici e la pena nei loro confronti deve operare come misura di sicurezza, per neutralizzarli e prevenire ogni possibile pericolo futuro attraverso una perpetuazione del loro *status* criminale.

4. La dialettica amico/nemico di Carl Schmitt: lo statuto ontologico del nemico

Le categorie di nemico e di stato d'eccezione, richiamate da Jakobs nella sua elaborazione, rinviano a quelle di Carl Schmitt. Per il giurista tedesco, la realtà moderna, come contingenza priva di qualsiasi fondamento immanente o trascendente, si manifesta come disordine originario richiedente coazione ad ordine attraverso lo stato d'eccezione²¹. La decisione del sovrano²² rappresenta l'*auctoritatis interpositio* necessaria per portare il

²⁰ A. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2013, p. 462.

²¹ C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, p. 339.

²² "Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione" (C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1986, p. 33).

disordine originario ad ordine attraverso la fondazione dell'ordine giuridico *ex nihilo*²³.

In tale quadro concettuale si svolge la riflessione sul concetto di "politico", inteso come "grado d'intensità di un'associazione o una dissociazione di uomini, i motivi della quale possono essere di natura religiosa, nazionale, economica o di altro tipo e possono causare, in tempi diversi, differenti unioni e separazioni"²⁴. Il "politico" rappresenta il sinonimo dell'origine, ponendosi come criterio totalizzante dell'intero *agere* umano, attraverso la distinzione che gli è propria nelle opposte figure di amico e nemico²⁵ dal cui rapporto nasce l'attività politica. Questo si svolge nelle forme di una relazione conflittuale secondo uno schema dialettico rappresentante la dinamica originaria del moderno, in cui la contingenza priva di ordine dell'eccezione si mostra nella figura del nemico, di fronte alla quale un insieme di individui assurge ad unità come amico e si struttura in ordine costituito per il tramite dell'attività politica²⁶. Il rapporto conflittuale trova il suo presupposto nella possibilità reale della guerra, intesa come caso limite, eccezionale ed irriducibile a norma giuridica²⁷ del conflitto originario e ordinativo, attraverso il quale si ritorna all'origine per tornare poi nuovamente ad ordine secondo una dialettica che disvela il suo carattere circolare.

Il "politico" è il presupposto dello Stato moderno e dell'ordine giuridico che ne consegue²⁸, giacché "i popoli si raggruppano in base alla contrapposizione amico e nemico"²⁹, giungendo a identità attraverso l'individuazione e l'esclusione del proprio nemico in un processo di identificazione ed esclusione collettiva mediante il conflitto che li porta a costituirsi in Stato. I due, a seguito della reciproca esclusione e strutturazione pubblica, si riconoscono reciprocamente come

²³ C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., p. 39.

²⁴ C. SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, in *Le categorie del "politico"*, cit., p. 121.

²⁵ *Id.*, p. 108.

²⁶ "Il 'politico' implica quindi anche un agire creativo di forma che va al di là dell'immediata identificazione per contrapposizione, un agire che è anche orientato alla rappresentazione dell'Idea di ordine" (C. GALLI, *Op. cit.*, p. 753).

²⁷ C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., p. 133.

²⁸ *Id.*, p. 101.

²⁹ *Id.*, p. 111.

*personae morales*³⁰, affrontandosi secondo una relazione, sì conflittuale ma che può trovare una regolamentazione giuridica³¹, pur restando aperta sul caso limite della guerra. Ciò non solo sul piano internazionale ma anche all'interno dello Stato stesso.

La necessità di pacificazione interna permette allo Stato, in quanto unità politica decisiva, di designare anche il proprio nemico interno, come colui che minacciandone l'esistenza in situazioni eccezionali si colloca al di fuori dell'ordine costituito. Il diritto di uno Stato conosce così diverse forme attraverso le quali individuare il nemico interno e dichiararlo *hors la loi*, attraverso leggi speciali o di estromissione dalla comunità, giacché “*la lotta va decisa al di fuori della costituzione e del diritto, e quindi con la forza delle armi*”³². Il nemico interno, attraverso una decisione eminente, viene così collocato al di fuori del quadro giuridico e combattuto con armi non giuridiche.

Su questo punto le riflessioni di Jakobs e di Schmitt sembrano ad una prima lettura convergere: il nemico è irriducibile al contratto sociale in quanto dialetticamente opposto, si colloca al di fuori del quadro giuridico e lo Stato può agire nei suoi confronti con strumenti che prescindono dalle garanzie giuridiche. In realtà la questione è più complessa.

Prima di essere scontro, la dialettica amico/nemico è un processo di acquisizione identitaria con cui l'Io conosce se stesso mediante l'esclusione dell'Altro, dando luogo al meccanismo aggregativo di cui sopra e alla possibilità di una relazione bilaterale e paritaria, benché conflittuale, tra i due. Ciò è reso possibile dal loro *esser uomini*, ontologicamente eguali, “non come polarità destinate hegelianamente a dialettizzarsi, ma come polarità portatrici entrambe, ciascuna a suo modo, di un giudizio sull'uomo”³³. La contrapposizione rinvia a fondamenti puramente umani, ponendo amico e nemico come soggetti pari e contrapposti in una dialettica che rappresenta il destino dell'umanità dall'inizio dei tempi. L'Altro è sì nemico, ma è anche fratello e la sua presenza e il conflitto sono necessari per

³⁰ In tal senso il nemico è *hostis* pubblico e non *inimicus* privato (*Ibid.*).

³¹ C. SCHMITT, *Il nomos della Terra*, Milano, 1991, p. 173.

³² C. SCHMITT, *Le categorie del “politico”*, cit., p. 131.

³³ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Op.cit.*, p. 157.

l'esistenza dell'Io. L'annientamento del nemico rappresenta l'autoannientamento dell'Io³⁴. Il nemico mantiene sempre la sua umanità anche nell'ostilità³⁵ tanto che il tentativo di privare il nemico della sua umanità rappresenta esclusivamente il tentativo di legittimare strumenti repressivi particolarmente brutali, che mirano non solo al confinamento del nemico per la salvaguardia dell'ordine costituito ma alla sua totale distruzione³⁶.

Risulta quindi essenziale riconoscere l'umanità come qualità imprescindibile tanto dell'amico quanto del nemico, nell'impossibilità di fare del concetto in questione il baluardo valoriale di una parte contro l'altra. Solo su questa base si rende possibile costruire una struttura normativa del loro rapporto, nella misura in cui il compito del diritto è proprio quello di assicurare la convivenza tra l'Io e l'Altro. Ciò non nella pretesa di eliminare il conflitto tra i due, presupposto ineliminabile del "politico", quanto piuttosto per riconoscere il nemico come l'Altro in Noi. In questo modo è possibile una relazione *aperta e riconosciuta*³⁷ con il nemico, dandosi la possibilità di individuare il nemico reale nella struttura di un rapporto convenzionale e improntato al diritto.

5. Nemico e criminale: Schmitt e Jakobs a confronto

Tale statuto ontologico è alla base della netta distinzione che si dà tra nemico e criminale.

Il primo è colui che non si sottomette alla legalità vigente e ne rivendica una propria nuova³⁸. La dinamica dialettica si svolge su un piano conflittuale paritario e regolamentabile e ciò in ragione dallo statuto ontologico del nemico che osta ad un suo annientamento³⁹. Il rapporto trova il suo presupposto e il suo caso

³⁴ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus*, Milano, 1987, pp. 92-93.

³⁵ C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., p. 139.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ C. GALLI, *Op. cit.*, p. 740.

³⁸ C. SCHMITT, *Teoria del Partigiano. Integrazione al concetto del Politico*, Milano, 2005, p. 118.

³⁹ "Il nemico è la messa in questione di noi come figure. [...] Il nemico non è qualcosa che si debba eliminare per una qualsiasi motivo, o che si debba annientare per il suo disvalore. Il nemico si situa sul mio stesso piano. Per questa ragione mi devo scontrare con lui: per acquisire la mia misura, il mio limite, la mia figura" (ID., p. 119).

d'eccezione in una profonda dinamica esistenziale su cui si fonda la possibilità di un rapporto giuridico. Il criminale, viceversa, non opera in nessuna dimensione politica, ma in una di irregolarità non politica dovuta alla perdita di una relazione positiva con una regolarità esistente⁴⁰, come disvalore giuridico. Il criminale resta e opera all'interno del quadro costituito e la sua condotta si pone come lesione di interessi giuridicamente rilevanti all'interno di quell'ordinamento, a cui la legalità vigente attribuisce il nome di reato, sanzionato con la pena per ristabilire l'a-simmetria giuridica cagionata dal reo, per ricondurre quest'ultimo *secondo giustizia* nel diritto⁴¹.

Jakobs, invece, elimina il dato esistenziale in quanto irrilevante per il modo funzionalistico d'intendere la persona, conseguendone una sovrapposizione tra le due categorie. Il nemico di Jakobs si muove all'interno del quadro giuridico per poi uscirne a causa di una volontà difforme da quella generale e decadendo dai suoi diritti. Il nemico di Schmitt, invece, è categoria originaria che rivendica *ab origine* una legalità diversa rispetto all'amico ed ogni regolamentazione giuridica diventa possibile solo successivamente.

Nella teoria di Jakobs, quindi, si assiste alla completa sovrapposizione delle categorie di nemico e criminale, confondendo anche quelle che sono le diverse forme di relazione nei confronti delle due: guerra e pena⁴². Se Schmitt ammoniva contro la criminalizzazione e la disumanizzazione del nemico, capace di trasformare la guerra da dinamica esistenziale a procedura di polizia internazionale finalizzata all'annientamento⁴³, la teoria di Jakobs trasforma il criminale in nemico, attraverso una nuova versione del dispotismo penale del *crimen lesae maiestatis*⁴⁴ che apre alla possibilità della misura di sicurezza e della guerra in luogo della pena. Si arriva così a legittimare la sospensione di ogni garanzia penale sostanziale o

⁴⁰ *Id.*, p. 127.

⁴¹ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Filosofia del diritto penale. Quattro voci per una introduzione*, Torino, 2014, p. 85.

⁴² G. JAKOBS - M.C. MELIÁ, *Op. cit.*, pp. 41-42.

⁴³ A.C. AMATO MANGIAMELI, «*Desiderai essere un cittadino*». *Oltre il retaggio simbolico della moderna sovranità*, Torino, 1996, p. 137.

⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4/2006, p. 89.

processuale per la repressione dei crimini violenti, il tutto all'interno del medesimo ordine. Il diritto, così, si trasforma in strumento di trattamento del criminale come non-persona di diritto, mentre la pena diviene strumento repressivo e afflittivo nei confronti di un criminale ritenuto non riconducibile all'ordinamento e giuridico⁴⁵. L'art. 4-*bis* ord. penit., nella formulazione anteriore al giudizio di incostituzionalità, era espressione di questa sovrapposizione di categorie, perpetuando lo stato di pericolosità sociale di un criminale per il suo carattere di nemico dello Stato, attraverso una presunzione assoluta di irriducibilità ai valori dell'ordine costituito. Si arrivava, così, a sospendere l'umanità del nemico e le garanzie legali del criminale, trasformando la pena in altro da sé, non finalizzata più alla retribuzione in chiave di risocializzazione quanto piuttosto ad afflizione per ragioni preventive.

6. Conclusione

La ricostruzione del *Feindstrafrechte* presenta un ulteriore aspetto critico. Essa, una volta legittimata, non può rimanere confinata in un solo settore di applicazione, quale quello della criminalità organizzata. Proprio perché non si selezionano più condotte dannose per la società ma soggetti pericolosi, il diritto penale del nemico appare infatti destinato ad espandersi nei confronti di nemici di volta in volta identificati dal potere sovrano secondo lo schema dello stato d'eccezione schmittiano, selezionandosi un sempre maggior numero di tipi d'autore pericolosi a scapito di un numero di "cittadini" sempre più esiguo⁴⁶.

Ciò è testimoniato dall'evoluzione stessa dell'art. 4-*bis* ord. penit. che, nato per definire un diverso trattamento penale nei confronti dei colpevoli di delitti connessi alla criminalità organizzata, si è gradualmente non solo intensificato, arrivando all'introduzione della presunzione assoluta censurata, ma si è nel

⁴⁵ Ciò rende il diritto penale del nemico "una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale: la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza, dato che la figura del nemico appartiene alla logica della guerra, che del diritto è la negazione, così come il diritto è la negazione della guerra" (*Id.*, p. 88).

⁴⁶ *Id.*, p. 93.

corso degli anni esteso ricomprendendo gli autori dei più disparati crimini, selezionati secondo logiche emergenziali contingenti, finendo per slegare la disciplina dell'art. 4-*bis* dall'originario contesto.

Se ciò è vero, tracciare distinzioni fondamentali tra criminale e nemico nonché tra pena e guerra, rivalutando lo statuto ontologico umano e la questione fondamentale del collegamento tra la sfera dell'essere e del dover essere nel campo della fondazione della norma giuridica, rappresenta un imperativo categorico a cui il giurista non può sottrarsi⁴⁷, contro ogni indebita sovrapposizione, dovuta all'intendimento del soggetto come sottosistema di un sistema sociale, i cui diritti sono garantiti nella misura in cui risultano funzionali alla conservazione del secondo.

La declaratoria d'incostituzionalità esaminata ha avuto, quindi, il merito di riconoscere l'indebita sovrapposizione operata dal diritto penale per tipo d'autore attraverso la riconduzione del trattamento penale nel quadro costituzionale volto alla risocializzazione del reo, restituendogli lo *status* di criminale, con tutte le garanzie giuridiche che gli appartengono.

⁴⁷ C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1966, p. 83.

LA PROPORZIONALITÀ DELLA PENA
NELLA DIMENSIONE INTERNA E
SOVRANAZIONALE.
L'EQUILIBRIO FRA LEGALITÀ DELLA PENA E
DIVIETO DI AUTOMATISMI SANZIONATORI IN
MATERIA DI PENE ACCESSORIE*

COSIMO PEDULLÀ

SOMMARIO: 1. Il principio di proporzionalità della pena: fondamento, contenuto, funzione. – 2. La proporzionalità come fattore di equilibrio fra principio di legalità ed esigenze di personalizzazione della pena: i dubbi di compatibilità costituzionale delle pene fisse e degli automatismi sanzionatori. – 3. Il parametro di valutazione della proporzionalità della pena: il progressivo affrancamento dal requisito del *tertium comparationis*. – 4. Ambito oggettivo di applicazione: ogni misura *latu sensu* sanzionatoria. – 5. In particolare, proporzionalità delle pene accessorie. – 6. Reati di bancarotta fraudolenta. – 7. Reati stradali. – 8. Riflessioni finali.

Abstract: The essay aims to examine the principle of proportionality, as a necessary limit to the discretion of both the legislator, in the formulation of criminal cases, and the judge, in its concrete application. The provision of a more or less extensive edictal frame not only complies with the principle of legality, but also appears to be a constitutionally imposed solution, so that many issues of constitutional legitimacy have been raised on fixed penalties and sanctioning automatisms. After analysing basis, content and function of the principle of proportionality, the work reviews two of the most interesting practical applications through decisions regarding the duration of ancillary penalties (in

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

bankruptcy and road crime). These sentences express a renewed balance in the relationship between legislative discretion and constitutional review.

1. Il principio di proporzionalità della pena: fondamento, contenuto, funzione

Il “*perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev’essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a’ delitti, dettata dalle leggi*”¹.

Sin dal ‘700 si avvertiva chiaramente che uno dei requisiti essenziali di qualsivoglia misura sanzionatoria fosse da rintracciare nella necessaria proporzionalità fra condotta illecita e relativa risposta punitiva comminata dall’ordinamento.

Proporzionalità significa correlazione tra azione e reazione, tra condotta antiggiuridica del reo e risposta sanzionatoria dell’ordinamento. Se la pena costituisce il “*corrispettivo del male inflitto*”, questa può dirsi autenticamente tale solo se risulti proporzionata rispetto all’illecito posto in essere. È proprio nella proporzionalità che risiede la “*giustizia*” della pena.

Il principio di necessaria proporzione del trattamento sanzionatorio, insito nel concetto retributivo di pena, trova affermazione, sia pure in termini indiretti, negli artt. 3 e 27 Cost. A livello sovranazionale², è consacrato nell’art. 49 par. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’U.E., parte integrante dei Trattati Unionali (art. 6 par. 1 Trattato UE) e direttamente applicabile nel nostro ordinamento per il tramite dell’art. 117, comma 1, Cost., oltre che ai sensi dell’art. 11 Cost.

L’assoluta centralità del rango normativo del principio di proporzione consente di operare un sindacato costituzionale sulle scelte legislative in punto di individuazione dell’*an*, del *quomodo* e del *quantum* della risposta sanzionatoria, sì da vincolare lo stesso legislatore alla formulazione della sanzione in misura

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

² La dimensione europea del principio di proporzione è colta da C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. con.*, 2011.

proporzionata alla gravità della infrazione posta in essere dal suo autore. In tal modo, il principio di proporzione “*rappresenta un limite cui è soggetta ogni forma di esercizio del pubblico potere ed un canone di controllo sulle limitazioni dei diritti fondamentali*”³.

2. La proporzionalità come fattore di equilibrio fra principio di legalità ed esigenze di personalizzazione della pena: i dubbi di compatibilità costituzionale delle pene fisse e degli automatismi sanzionatori

Il principio di legalità non riguarda il solo precetto, ma abbraccia a pieno titolo anche la disciplina sanzionatoria. In tal senso, è chiaramente esplicativo il tenore letterale dell’art. 25 comma 2, Cost., secondo cui nessuno può essere “*punito*” se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto.

Prima facie, potrebbe apparire una contraddizione accostare il principio di legalità della pena alla necessaria proporzionalità della stessa. Legalità, infatti, impone sufficiente precisione, determinatezza, tassatività della fattispecie, rigore nella sua formulazione; proporzionalità, al contrario, evoca elasticità, flessibilità della norma, riconoscimento di potere discrezionale in capo all’interprete. L’apparente antinomia può essere risolta solo intendendo la legalità, riferita alla pena, in senso meno rigoroso rispetto alla legalità così come riferita al precetto.

La differente e meno rigida accezione della “legalità della pena” si giustifica proprio in considerazione della diversità del parametro di riferimento: se in relazione alla formulazione del precetto penale il principio di legalità va concepito in senso necessariamente rigoroso, con specifico riguardo al profilo sanzionatorio il principio di legalità si declina in modo inevitabilmente più elastico, sì da riconoscere al giudice il potere di adeguare la risposta punitiva alla specificità del caso concreto. In particolare, la discrezionalità in punto di pena si esercita, essenzialmente, nella individuazione della stessa all’interno della cornice edittale legale, facendo applicazione dei criteri di commisurazione *ex art. 133 c.p.*

³ V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell’anno del Diritto*, Roma, 2013.

In questo senso, il principio di proporzionalità, in prima battuta, orienta il legislatore nella scelta dei confini edittali ed impedisce che la norma sanzionatoria risulti eccessivamente lata e, quindi, sostanzialmente indeterminata, con eccessivo detrimento del principio di legalità *sub specie* di determinatezza. La “legalità della pena” si impoverisce del connotato della tassatività, nella sua accezione rigida e formale, ma si arricchisce di quello della proporzionalità, che comunque ne garantisce la determinatezza o quantomeno la determinabilità.

In seconda battuta, la proporzionalità guida l’interprete nella scelta della pena da applicare in concreto, muovendosi all’interno della cornice fissata in astratto dalla legge.

In questa accezione, la proporzionalità rappresenta il *trait d’union* che collega intimamente il principio – rivolto al legislatore – di legalità della pena, intesa come determinabilità *ex ante* della stessa sulla base di parametri legali, e quello – rivolto più direttamente al giudice – di personalità della pena, intesa come personalizzazione della risposta sanzionatoria per il relativo illecito.

In proposito, la previsione di un quadro edittale più o meno flessibile non solo è conforme al principio di legalità, ma appare essere una soluzione costituzionalmente imposta alla luce della necessaria personalità della responsabilità penale, tanto che sono stati evidenziati dubbi di costituzionalità in relazione alle c.d. pene fisse ed agli automatismi sanzionatori, che impediscono di gradare la risposta punitiva in base alle peculiarità del caso concreto.

Sul punto, la Consulta⁴ ha sottolineato “*l’esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, proporzionale, delle pene inflitte con le sentenze di condanna*”, aggiungendo che, “*in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale; ed il dubbio d’illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato*”. In definitiva, se la regola è rappresentata dalla

⁴ C. cost., 2 aprile 1980, n. 50; più di recente, C. cost., 25 settembre 2018, n. 222.

discrezionalità, “ogni fattispecie sanzionata con pena fissa è per ciò solo indiziata di illegittimità; e tale indizio potrà essere smentito soltanto in seguito a un controllo strutturale della fattispecie di reato che viene in considerazione, attraverso la puntuale dimostrazione che la peculiare struttura della fattispecie la renda proporzionata all’intera gamma dei comportamenti tipizzati”.

Ex multis, censurano la previsione di un irragionevole automatismo sanzionatorio le plurime decisioni di incostituzionalità dell’art. 69, ultimo comma, c.p., nella parte in cui vieta il giudizio di prevalenza sulla recidiva reiterata *ex art.* 99, comma 4, c.p. di alcune circostanze attenuanti “*particolarmente significative*”, come lo spaccio di lieve entità – inizialmente considerato circostanza e non ipotesi autonoma di reato – (C. cost. 5 novembre 2012, n. 251), la ricettazione di lieve entità (C. cost. 18 aprile 2014, n. 105), i fatti di violenza sessuale di minore gravità (C. cost. 18 aprile 2014, n. 106), la collaborazione nei reati di spaccio (C. cost. 7 aprile 2016, n. 74), il danno patrimoniale di speciale tenuità in ipotesi di bancarotta (C. cost. 17 luglio 2017, n. 205), il vizio parziale di mente (C. cost. 7 aprile 2020, n. 73).

3. Il parametro di valutazione della proporzionalità della pena: il progressivo affrancamento dal requisito del *tertium comparationis*

La proporzionalità, in quanto valore di rango costituzionale, può essere utilizzata come parametro per sindacare le scelte sanzionatorie del legislatore in ordine alla meritevolezza ed alla consistenza della pena. Occorre analizzare il meccanismo attraverso cui condurre detta verifica.

Per molto tempo, la Consulta ha mostrato “*un rigoroso self restraint nell’affrontare il tema del sindacato costituzionale su reati e pene, circoscrivendo il proprio ambito all’interno del controllo sulla non manifesta irragionevolezza delle scelte operate dal legislatore*”⁵, ritenuto unico parametro di apprezzamento compatibile con la riserva prevista dal Costituente nell’art. 25, comma 2 laddove attribuisce alla sola legge le scelte di politica criminale.

⁵ A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 33.

Questo spiega il motivo per cui l'approccio tradizionale della Corte è stato strettamente ancorato al metro del *tertium comparationis*: per giustificare una pronuncia di accoglimento, non era sufficiente l'eccessiva severità in sé del trattamento sanzionatorio, essendo piuttosto necessario individuare una condotta sostanzialmente omogenea (*tertium comparationis*) assoggettata ad una sanzione più mite rispetto a quella prevista per la fattispecie indiziata di incostituzionalità.

Secondo questa lettura, la proporzione è un attributo estrinseco della norma, che si apprezza e si accerta mediante il confronto con fattispecie analoghe. L'appurata irragionevole disparità di trattamento di due fattispecie similari è il sintomo della violazione del principio di proporzione e, quindi, dell'incostituzionalità della norma.

A ben vedere, la necessità di scorgere un parametro esterno di comparazione rappresentava il logico precipitato del fondamento costituzionale del principio *de quo*, ossia l'art. 3 cost., disposizione che implica un giudizio di ragionevolezza, di ordine inevitabilmente comparativo.

Emblematica in detta direzione è la pronuncia costituzionale del 19 luglio 1994, n. 341, che ha rilevato la sperequazione per eccesso della sanzione prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale, siccome *“in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché la rilevante differenza del trattamento sanzionatorio minimo ivi previsto rispetto a quello di cui agli artt. 594 e 61, n. 10 c.p. (ingiuria aggravata) non troverebbe adeguata giustificazione nella diversità del bene giuridico tutelato”*.

Sul punto, la Consulta ha affermato che, se *“la plurioffensività del reato di oltraggio rende certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'ingiuria”*, nondimeno occorre considerare che *“nei casi più lievi, il prestigio e il buon andamento della pubblica amministrazione, scalfiti da ben altri comportamenti, appaiono colpiti in modo così irrisorio da non giustificare che la pena minima debba necessariamente essere dodici volte superiore a quella prevista per il reato di ingiuria”*.

La stessa impostazione seguita nell'arresto sull'oltraggio a p.u. si rinviene in C. cost., 23 marzo 2012, n. 68, ove la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p., *“nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è 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 entità”, si fonda proprio sullo iato normativo tra la disciplina sanzionatoria del sequestro di persona a scopo di estorsione e la figura, “*strettamente affine e sostanzialmente omogenea rispetto a quella del sequestro estorsivo*”, del sequestro a scopo di terrorismo o di eversione, alla quale è invece applicabile l’attenuante di cui all’art. 311 c.p.

Proprio dalla idoneità del secondo delitto a fungere da *tertium comparationis* è derivata la constatazione della irragionevolezza della mancata previsione dell’attenuante anche in relazione al sequestro a scopo estorsivo, là dove la condotta concretamente posta in essere sia consistita in episodi “*non marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell’emergenza*”.

Fermo quanto detto, nella più recente giurisprudenza si registra, per vero, un rilevante mutamento di prospettiva nella conduzione del *test* di proporzionalità della sanzione legale.

L’affrancamento del principio di proporzione dal solo parametro della ragionevolezza (art. 3 Cost.) e la sua riconduzione anche al diverso fondamento sovranazionale di cui all’art. 49 par. 3 Carta di Nizza, uniti alla valorizzazione delle potenzialità insite nell’art. 27 Cost., hanno favorito una valutazione di tipo intrinseco della proporzionalità della pena, da misurarsi in termini autonomi ed assoluti, in considerazione della effettiva gravità della condotta in sé considerata, a prescindere, quindi, dal raffronto con ipotesi analoghe.

Il fulcro del giudizio costituzionale ruota “*attorno all’irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell’esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all’importanza del fine perseguito attraverso l’incriminazione*”⁶.

In tale prospettiva, si verifica una mutazione genetica del ruolo del *tertium*, che non viene più utilizzato, a monte, quale parametro per la valutazione della conformità della pena legale al principio di proporzione, ma è impiegato, a valle, una volta accertata l’irragionevolezza della previsione legale, per

⁶ F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. con.*, 2017.

ricostruire una disciplina sanzionatoria proporzionata, nel rispetto dei principi di legalità e di separazione dei poteri.

Procedendo in tal modo, la Consulta si muove sempre nello spettro delle “*rime obbligate*”⁷, senza invadere sfere di competenza riservate al legislatore, ma limitandosi ad intervenire sulla disposizione incostituzionale utilizzando “*grandezze già rinvenibili nell’ordinamento*”. Il sindacato di ragionevolezza non è più estrinseco e comparativo, ma intrinseco e del tutto emancipato dal *tertium comparationis*, che è richiamato solo ai fini della sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale, sì da declinare l’intervento di “*ortopedia giuridica*” secondo grandezze già rinvenibili nell’ordinamento⁸.

Espressione di questa rivoluzione copernicana è una recente decisione in materia di alterazione di stato, con cui la Corte⁹ evidenzia la “*manifesta sproporzione della cornice edittale censurata*” alla luce non già del raffronto con disposizioni analoghe, ma “*del reale disvalore della condotta punita*”. Il successivo richiamo alla diversa fattispecie di cui al comma 1 dell’art. 567 c.p., infatti, è soltanto funzionale a supplire alla rilevata sproporzione della pena legale attraverso il ricorso a “*soluzioni già esistenti*”.

Il citato mutamento di prospettiva è stato, di recente, riconosciuto dalla stessa Consulta¹⁰, che ha affermato come la giurisprudenza costituzionale è andata privilegiando “*un modello di sindacato sulla proporzionalità «intrinseca» della pena, che valuta direttamente se la pena comminata debba considerarsi manifestamente eccessiva rispetto al fatto sanzionato, ricercando poi nel sistema punti di riferimento già esistenti per ricostruire in via interinale un nuovo quadro sanzionatorio in luogo di quello colpito dalla declaratoria di incostituzionalità*”.

⁷ L’espressione risale a V. CRISAFULLI, *La Corte Costituzionale ha vent’anni*, in *Giur. cost.*, 1976.

⁸ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105.

⁹ C. cost., 10 novembre 2016, n. 236.

¹⁰ C. cost., 4 dicembre 2019, n. 284, la quale, invero, ha dichiarato infondate le censure di sproporzione mosse nei confronti del regime sanzionatorio dell’art. 341-*bis* c.p.

4. Ambito oggettivo di applicazione: ogni misura *latu sensu* sanzionatoria

Il valore di riferimento, il “termine di paragone” del principio di proporzione è rappresentato dalla *pena*. Occorre, pertanto, chiedersi in quale accezione essa vada intesa.

Non v'è dubbio che il terreno elettivo è rappresentato dalle misure penali in senso stretto. Si pensi, da ultimo, all'arresto del 23 gennaio 2019, n. 40, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U. in materia di stupefacenti), “*nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni*”. La declaratoria di incostituzionalità per difetto di proporzione ha riguardato, cioè, la misura della pena principale del reato di detenzione a fini di cessione di “*droghe pesanti*” nei casi “*non lievi*”.

Parimenti, la violazione del principio di proporzione ha giustificato, altresì, decisioni di incostituzionalità relative alla misura o alla tipologia di talune pene accessorie (C. cost., 25 settembre 2018, n. 222, in materia di durata delle pene accessorie in ipotesi di bancarotta fraudolenta – v. par. 6; C. cost., 19 febbraio 2019, n. 88, in materia di revoca della patente di guida in ipotesi di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime – v. par. 7).

Nondimeno, è dato ormai acquisito che la proporzionalità rappresenta un attributo che deve necessariamente permeare anche le sanzioni amministrative, a maggior ragione quelle che, aldilà del *nomen iuris*, siano da ritenere sostanzialmente penali in considerazione dei criteri suggeriti dalla giurisprudenza di Strasburgo¹¹. Sulla base di queste coordinate, la Consulta ha di recente censurato la previsione della confisca dell'intero prodotto di operazioni finanziarie illecite e dei “*beni utilizzati*” per commetterle, anziché del solo profitto, quale misura prevista

¹¹ Si allude ai noti “criteri Engel” (*i.e.*, la qualificazione formale dell'illecito nel Paese di riferimento; la natura dell'illecito e la *ratio* della sua previsione; la tipologia ed il grado di afflittività della sanzione inflitta), individuati dalla Corte EDU nella causa *Engel c. Paesi Bassi* (1976) al fine di “*verificare se un procedimento ha ad oggetto accuse in materia penale*”. La ricostruzione in chiave sostanzialistica della *matière pénale* è invalsa anche in seno alla Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza del 5 giugno 2012, C-489/10, punto 37, *Bonda*.

dall'art. 187-*sexies* d.lgs. 58/98 in conseguenza dell'applicazione delle sanzioni amministrative previste dal Capo III, Titolo I-*bis* del T. U. in materia di intermediazione finanziaria, affermando che “*il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative*”¹².

La proporzionalità è stata elevata, inoltre, a criterio guida per impedire la duplicazione delle sanzioni penali applicate in conseguenza del medesimo fatto illecito. In proposito, si è affermato che, pur in caso di coesistenza di procedimenti (penale in senso proprio e finanziario o tributario, il quale si concluda con l'applicazione di una misura sostanzialmente penale agli effetti CEDU), non sussiste violazione del divieto di *bis in idem* laddove fra i due procedimenti sia riscontrabile una “*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*”, da far sì che le due sanzioni possano essere considerate come segmenti dell'unitaria e *proporzionata* reazione punitiva apprestata dall'ordinamento nei confronti dell'illecito¹³.

5. In particolare, proporzionalità delle pene accessorie.

Le pene accessorie sono misure afflittive che comportano limitazioni di capacità, attività, funzioni ovvero accrescono l'afflittività della pena principale.

In giurisprudenza¹⁴ si è evidenziato che “*le pene accessorie, specie quelle interdittive ed inabilitative, collegate al compimento di condotte postulanti lo svolgimento di determinati incarichi o attività, sono più marcatamente orientate a fini di prevenzione speciale, oltre che di rieducazione personale, che realizzano mediante il forzato allontanamento del reo dal medesimo contesto operativo, professionale, economico e sociale, nel quale sono maturati i fatti criminosi e dallo stimolo alla violazione dei precetti penali per impedirgli di reiterare reati in futuro e per sortirne l'emenda*”.

¹² C. cost., 10 maggio 2019, n. 112.

¹³ Corte eur. dir. uomo, grande camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. N. 24130/11 e 29758/11. Sul piano unionale, la Corte di Lussemburgo, pur seguendo strutture argomentative formalmente divergenti da quelle percorse dalla Corte EDU, è giunta a risultati sovrapponibili valorizzando proprio il principio della necessaria *proporzionalità* della risposta sanzionatoria (C. giust. UE, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate*; C-596/16, *Di Puma*).

¹⁴ Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28910, *Suraci*, p. 30.

La valorizzazione della funzione specialpreventiva delle pene accessorie si rivela una preziosa chiave di lettura per indagare il profilo della proporzionalità che, come detto, connota tutte le tipologie di sanzioni.

Eppure, già dall'analisi *prima facie* di talune misure accessorie, emerge più di qualche perplessità in ordine al rispetto del principio di proporzione. In quest'ottica, l'atteggiamento di particolare rigore manifestato, di recente, dal legislatore sembra stridere con la profonda sensibilità mostrata dalla Consulta di fronte al tema della proporzione della risposta sanzionatoria. Si pensi, a titolo di esempio, all'inasprimento del regime delle pene accessorie nei reati contro la p.a. mediante la previsione in perpetuo delle sanzioni dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la p.a., a meno che la condanna non risulti inferiore a due anni o sia, comunque, riconosciuta una delle attenuanti di cui all'art. 322-*bis* c.p. (art. 317-*bis* c.p., come modificato dalla l. 3/2019 recante misure per il contrasto dei reati contro la p.a.).

Analogamente, possono richiamarsi le varie sanzioni accessorie irrogate in perpetuo in conseguenza della commissione di alcuni "delitti sessuali" (art. 609-*nonies* c.p.).

In proposito, è innegabile che la previsione di una pena accessoria "fissa" non appare in armonia con il principio di proporzione e di personalità della sanzione. Nondimeno, come già ricordato, il Giudice delle leggi avverte che "*il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato*"¹⁵.

In due casi la Consulta ha ritenuto di non poter superare questo vaglio di ragionevolezza: di qui, la declaratoria di incostituzionalità del *quantum* o della *species* di pena accessoria, rispettivamente, nei reati di bancarotta fraudolenta e nei reati stradali.

¹⁵ C. cost., 2 aprile 1980, n. 50, cit.

6. Reati di bancarotta fraudolenta

La prima decisione di incostituzionalità in materia di pene accessorie per violazione del principio di proporzionalità si registra in tema di reati fallimentari¹⁶.

L'art. 216 della l. fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267¹⁷) prevede che *“la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa”*.

Oggetto di censura innanzi alla Consulta è la previsione di un automatismo sanzionatorio che impone la durata fissa della pena accessoria. La “standardizzazione” nella durata necessariamente decennale delle pene accessorie impedirebbe al giudice qualsiasi gradazione in misura adeguata alle peculiarità del caso concreto, con conseguente mortificazione dei principi di proporzionalità e di necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

In proposito, se è indubbio che la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato sia operazione riservata alla discrezionalità del legislatore, in conformità alla riserva assoluta di legge posta dall'art. 25, comma 2, Cost., è dato parimenti acquisito la circostanza che *“tale discrezionalità incontra il proprio limite nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, limite che è superato allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato. In tal caso, si profila infatti una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa”* (ex multis, sentenze costituzionali n. 236 del 2016, n. 341 del 1994, cit.).

Come anticipato, le pene determinate in misura fissa non appaiono in linea con il *“volto costituzionale del sistema penale”* e, anzi, sono per ciò solo indiziate di illegittimità; la presunzione

¹⁶ C. cost., 25 settembre 2018, n. 222.

¹⁷ A far data dal 15 gennaio 2020, la l. fallimentare è stata sostituita dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Sul punto, 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.

– relativa – di incostituzionalità potrà essere superata soltanto in seguito a un controllo strutturale della fattispecie di reato, che dimostri come la peculiare conformazione della norma renda la sanzione fissa proporzionata all'intero spettro dei comportamenti tipizzati, senza opportunità di differenziazione in base alla gravità della condotta posta in essere.

Applicando le descritte coordinate ai reati di bancarotta, è evidente che le pene accessorie, sia pur temporanee, previste dalla disposizione censurata incidono in senso fortemente limitativo su una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato. Detta limitazione può sicuramente legittimarsi, al metro della proporzionalità, in relazione alle ipotesi più gravi di bancarotta fraudolenta, ma non può ritenersi ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato, in base al *test* di costituzionalità descritto dalla sentenza costituzionale n. 50/1980.

Del resto, l'art. 216 l. fallimentare – trasfuso nell'attuale art. 322 Codice della crisi di impresa – integra una disposizione a più norme, contemplando una serie di fattispecie che, già a livello astratto, esprimono un disvalore non omogeneo, testimoniato dal differenziato quadro sanzionatorio previsto per la bancarotta patrimoniale, documentale e preferenziale.

Senonché, alla gradazione punitiva della pena principale non corrisponde una altrettanto gradata pena accessoria, che resta, invece, indefettibilmente determinata in dieci anni. Una simile rigidità applicativa non può che generare risposte sanzionatorie sproporzionate per eccesso almeno con riferimento ai fatti meno gravi.

Una volta riscontrata l'illegittimità costituzionale della previsione normativa, il successivo passaggio logico imposto alla Corte consiste nel realizzare quell'operazione di "*ortopedia giuridica*", volta a colmare il *gap* normativo alla luce di "*grandezze già rinvenibili nel sistema*".

Sul punto, la Consulta ha escluso l'opzione di applicare il principio generale dell'art. 37 c.p., il quale tornerebbe a riespandersi in difetto di una *lex specialis*: ancorare la durata delle pene accessorie a quella della pena detentiva concretamente inflitta produrrebbe il paradossale effetto di sostituire l'automatismo censurato con un diverso automatismo. La Corte, invece, rinviene la soluzione proprio "*tra le rime obbligate*" della l. fall., guardando alle pene accessorie conseguenti ai fatti di

bancarotta semplice e di ricorso abusivo al credito. In proposito, gli artt. 217 e 218 prevedono che la durata delle stesse è stabilita discrezionalmente dal giudice “*fino a*” un massimo determinato dalla legge (due anni per la bancarotta semplice, tre anni per il ricorso abusivo al credito). La medesima logica, già presente e operante nel sistema, può agevolmente essere trasposta all’interno dell’art. 216 l. fall., attraverso la sostituzione della previsione legale della durata fissa di dieci anni con la previsione, modellata sugli artt. 217 e 218 della medesima legge, della loro durata “*fino a dieci anni*”.

Giova puntualizzare che la sostituzione ad opera della Consulta dell’espressione “*dieci anni*” con quella “*fino a dieci anni*” non è stata in grado di sopire il contrasto ermeneutico già in essere in seno alla giurisprudenza in ordine alla durata effettiva delle pene accessorie in materia di bancarotta¹⁸.

Secondo una prima lettura, le pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta devono considerarsi di natura non predeterminata, e come tali ricadere nello spettro applicativo dell’art. 37 c.p., atteso che la previsione “*fino a dieci anni*” si limita a regolare la pena accessoria soltanto nel suo massimo edittale, che per il resto rimane indeterminata (*ex multis*, sez. V, n. 15638/2015). Si tratta di un orientamento avallato, inizialmente, anche dalle Sezioni Unite *Basile* (n. 6240/2014), secondo cui rientrano nel novero delle pene accessorie di durata non espressamente determinata quelle per le quali sia previsto un minimo e un massimo edittale ovvero uno soltanto di tali limiti, mentre ne sono escluse solo le pene accessorie perpetue e quelle temporanee stabilite in misura puntuale dal legislatore. La durata delle prime deve essere uniformata, ai sensi dell’art. 37 c.p., a quella della pena principale.

Per contro, un diverso orientamento ha escluso la necessaria correlazione temporale tra pena principale e pena accessoria, suggerendo, anche alla luce delle indicazioni risultanti dalla decisione costituzionale n. 222/2018, di determinare la pena accessoria in modo autonomo rispetto alla pena principale, attraverso il ricorso ai criteri di commisurazione *ex art.* 133 c.p.

¹⁸ La divergenza di soluzioni interpretative è segnalata da Cass., sez. V, 12 dicembre 2018, n. 56458, che ha rimesso la questione alle sez. un.

Sollecitate sul punto, le Sezioni Unite¹⁹ affermano di dover superare la soluzione espressa nel 2014, optando per l'autonoma considerazione della misura della pena accessoria.

Argomento decisivo in tal senso, oltre alla sempre più radicata consapevolezza della tendenziale illegittimità delle pene fisse, è rappresentato proprio dalla funzione delle pene accessorie: la carica marcatamente specialpreventiva esige che l'entità della pena sia *“tagliata su misura”* rispetto alle peculiarità del caso e alla personalità dell'autore. Di contro, *“la perequazione automatica di cui all'art. 37 c.p. non consente risposte individualizzate e graduate in dipendenza delle peculiarità del caso, delle esigenze specifiche ad esso sottese, nonché delle caratteristiche di afflittività delle singole sanzioni accessorie”*. È evidente, infatti, che a caratteri distinti della pena principale ed accessoria devono poter corrispondere distinte ed autonome operazioni di dosimetria sanzionatoria, senza obbligo per il giudice di appiattirsi, in sede di determinazione della seconda, alla valutazione già svolta in occasione della individuazione della prima.

Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, sia pur espresso nella materia settoriale delle pene accessorie della bancarotta fraudolenta, contiene una vocazione di ordine sistemico, dal momento che risulta applicabile a qualsiasi pena accessoria temporanea per la quale sia prevista una cornice edittale autonoma o un limite entro il quale il giudice possa muoversi discrezionalmente.

Conseguentemente, l'alveo operativo dell'art. 37 c.p. può ormai dirsi circoscritto ai soli casi nei quali la legge prevede l'applicazione di una o più pene accessorie, senza nulla specificare in ordine alla loro durata (si pensi ad alcune delle pene accessorie contemplate, senza indicazione di durata, dall'art. 609-*nonies* c.p.).

Infine, resta sullo sfondo l'ulteriore questione della sorte delle pene accessorie applicate nella misura fissa di dieci anni a seguito di condanne per bancarotta fraudolenta e passate in giudicato prima della decisione costituzionale n. 222 del 2018. La rilevata incostituzionalità della pena fissa di cui all'art. 216 l. fall. finisce inevitabilmente per riflettersi su tutte le misure interdittive in precedenza applicate sulla sua base, rendendo la pena accessoria irrogata *illegale*.

¹⁹ Cass. pen., sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28910, *Suraci*, cit.

Non trattandosi di una norma “*strettamente*” incriminatrice – l’unica per la quale l’art. 673 c.p.p. ammette la revoca della sentenza – il solo rimedio utilmente percorribile consiste nella rideterminazione della pena *in executivis* ad opera del giudice dell’esecuzione (art. 666 c.p.p. in combinato con l’art. 30, commi 3 e 4, l. 87/1953), nel solco della soluzione già percorsa dalla giurisprudenza²⁰ a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell’aggravante della clandestinità (C. cost. n. 249/2010), dell’incostituzionalità dell’art. 7 d.l. 341/2000 (ritenuto dalla pronuncia costituzionale n. 210/2013 contrario all’art. 117 cost. e 7 CEDU laddove prevedeva, con effetti retroattivi, che l’espressione “*pena dell’ergastolo*” di cui al secondo periodo dell’art. 442, comma 2, c.p.p. come modificato dalla l. 479/99, dovesse intendersi riferita al solo ergastolo senza isolamento diurno, mentre, in caso di ergastolo con isolamento diurno, la pena applicabile in caso di opzione per il rito abbreviato fosse l’ergastolo) ovvero ancora delle plurime sentenze di illegittimità costituzionale relative all’art. 69, comma 4, c.p., nonché delle due decisioni di incostituzionalità in materia di stupefacenti (C. cost. n. 32/2014 e n. 40/2019).

Proprio in questo senso si è mossa, di recente, anche Cass., sez. I, 3 dicembre 2019 (dep. 27 gennaio 2020), n. 3290, in materia di pene accessorie fisse nella bancarotta fraudolenta.

7. Reati stradali

Una seconda decisione di incostituzionalità²¹ della pena accessoria per violazione del principio di proporzionalità riguardato le sanzioni accessorie in materia di reati stradali.

Per vero, più che di pene accessorie in senso stretto, si tratta, come si evince anche dalla rubrica normativa, di sanzioni amministrative accessorie, le quali, ad ogni modo, risultano comunque coperte dalla garanzia della proporzionalità, al pari di ogni misura dai connotati afflittivi (v. par. 4).

Nel dettaglio, l’art. 222 cod. strada (d.lgs. 285/1992), al quarto periodo del comma 2, dispone che “*alla condanna, ovvero all’applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di*

²⁰ Per tutte, Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, *Gatto*.

²¹ C. cost., 19 febbraio 2019, n. 88.

cui agli articoli 589-bis e 590-bis del codice penale consegue la revoca della patente di guida”.

La Consulta ha osservato come la presente disposizione manifesti chiari elementi di irragionevolezza e di sproporzione, anche alla luce della significativa asimmetria rispetto alla parallela disciplina delle conseguenze dell’illecito stradale sul piano penale. Il legislatore, infatti, pur avendo differenziato le fattispecie delle lesioni colpose (art. 590-*bis* c.p.) e dell’omicidio colposo (art. 589-*bis* c.p.) secondo specifiche violazioni del codice della strada e pur avendo attribuito un diverso disvalore alle condotte descritte come circostanze aggravanti, non ha poi trasposto tale distinzione nell’art. 222 cod. strada, laddove è prescritta in modo uniforme e indifferenziato la sola sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida.

In altri termini, ad una puntuale frammentazione della risposta penale, calibrata alla luce della diversa gravità della condotta posta in essere, non ha fatto riscontro, sul piano amministrativo, una altrettanto proporzionata risposta in termini interdittivi, atteso che l’unica misura accessoria contemplata si esaurisce nella revoca della patente.

Il descritto automatismo sanzionatorio (ad ogni ipotesi, aggravata o meno, corrisponde sempre ed indistintamente la revoca della patente) è stato ritenuto dalla Corte manifestamente irragionevole.

La Consulta, muovendosi nel sentiero già tracciato dalle citate sentenze costituzionali n. 50/1980²² e n. 222/2018, nonché, sempre in materia di circolazione stradale, dalla decisione n. 22/2018²³, rileva che l’automatismo sanzionatorio previsto dall’art. 222 cod. strada può giustificarsi solo per le più gravi violazioni contemplate dalle due citate disposizioni, quali quelle previste, come ipotesi aggravate e sanzionate con le pene

²² Decisione che, per vero, aveva ritenuto la previsione in misura fissa della pena edittale in esame non sproporzionata rispetto alla relativa figura di reato (contravvenzione connessa alla circolazione degli autoveicoli industriali), atteso che *“la funzione preventiva o cautelare del divieto, sollecitante i più scrupolosi controlli sui carichi trasportati, non consente di ritenere irrazionale la equiparazione fra dolo e colpa rispetto all’illecito di pericolo”.*

²³ Si fa riferimento a C. cost., 9 febbraio 2018, n. 22, la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 120, comma 2, cod. strada, nella parte in cui – con riguardo all’ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del T.U. Stupefacenti, che intervenga in data successiva a quella di rilascio della patente di guida – dispone che il prefetto “provvede” – invece che “può provvedere” – alla revoca della patente.

rispettivamente più severe, dal secondo e dal terzo comma dell'art. 589-bis e dell'art. 590-bis c.p.

È evidente che *“porsi alla guida in stato di ebbrezza alcolica oltre la soglia di tasso alcolemico consentita o sotto l'effetto di stupefacenti costituisce un comportamento altamente pericoloso per la vita e l'incolumità delle persone, posto in essere in spregio del dovuto rispetto di tali beni fondamentali”*. In queste specifiche ipotesi – e soltanto in queste – si giustifica sempre ed in ogni caso la più radicale misura preventiva per la sicurezza stradale, cioè la revoca della patente di guida.

Al contrario, al di sotto di questo livello vengono in rilievo comportamenti pur gravemente colpevoli, ma in misura inferiore, *“sicché non è compatibile con i principi di eguaglianza e proporzionalità la previsione della medesima sanzione amministrativa. In tal caso, l'automatismo della sanzione amministrativa più non si giustifica e deve cedere alla valutazione individualizzante del giudice”*.

8. Riflessioni finali

Il sistema delle pene accessorie e del relativo sindacato di proporzionalità si è rivelato un osservatorio privilegiato per testare la tenuta dei rapporti fra legislatore e Giudice delle leggi.

Il principio democratico della separazione dei poteri, di cui è immediato corollario quello di legalità, *sub specie* di riserva di legge, esige una netta differenziazione funzionale tra i ruoli del legislatore, cui compete la formulazione delle leggi, e della Consulta, cui spetta il sindacato di legittimità delle leggi stesse alla luce di un parametro super-legislativo, quale la Costituzione.

In materia penale, la discrezionalità del legislatore (preferibilmente) ordinario coinvolge ogni profilo della disciplina della fattispecie punitiva, comprese le valutazioni in ordine alla dosimetria sanzionatoria. L'intervento della Consulta è soltanto eventuale, successivo e giustificato da scelte normative palesemente arbitrarie o irragionevoli, che evidenzino un uso distorto di tale discrezionalità. In questo quadro di riferimento si legittima il sindacato costituzionale sulle disposizioni normative irrispettose del principio di proporzionalità.

Nel condurre detto vaglio di ragionevolezza, l'approccio tradizionale della Corte è sempre stato estremamente scrupoloso nel non sovrapporre la propria valutazione a quella del Parlamento, *“giacché obiettivo del controllo sulla manifesta*

*irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico*²⁴.

La sentenza sulle pene accessorie in materia di bancarotta segna, tuttavia, una nuova tappa dei rapporti fra legislatore e Corte, spostando sensibilmente più in là il confine entro il quale può spingersi il sindacato costituzionale. Emblematico di questa evoluzione è il passaggio ove si afferma che *“non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima. Essenziale, e sufficiente, è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» – esse stesse immuni da vizi di legittimità, ancorché non «costituzionalmente obbligate» – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela”*.

In altri termini, non occorre che la soluzione prescelta sia l’unica costituzionalmente percorribile, ma soltanto che sia quella che, sempre muovendosi all’interno del sistema e senza andare mai *“oltre le rime”* legislative, risulti preferibile fra le possibili alternative.

In questo modo, si assiste alla migrazione dalle strettoie delle *“rime obbligate”* a soluzioni *“costituzionalmente adeguate”*, benché non obbligate, con notevole incremento del margine di autonomia proprio della Consulta²⁵.

L’*escamotage* delle *“rime obbligate”*, individuato in origine per allargare i margini di intervento della Corte, sì da giustificare sentenze di tipo manipolativo, al giorno d’oggi ha finito per costituire una sorta di ostacolo all’azione della Consulta. Il superamento delle *“rime obbligate”*, nella sua ricostruzione tradizionale, consente di compiere *“un salto tale per cui si ammette che la Corte possa entrare nei terreni della discrezionalità politica, che fino ad ora sono stati considerati propri ed esclusivi del legislatore”*²⁶.

²⁴ C. cost., n. 236/2016, cit.

²⁵ D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente adeguate*, benché non *“obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 696.

²⁶ R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2566.

L'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 222/2018 è stato riproposto nella citata sentenza n. 40/2019 in materia di stupefacenti, ove pure vi erano state, in passato, pronunce di inammissibilità proprio per mancanza di soluzioni obbligate²⁷. Senonché nell'ultima occasione, forte anche del precedente approdo in materia di pene accessorie nella bancarotta fraudolenta, la Consulta è giunta alla conclusione che *“la misura della pena individuata dal rimettente [6 anni], benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati”*.

Il filo rosso che corre lungo le ultime due citate decisioni della Corte, nn. 222/2018 e 40/2019, si muove in una direzione inedita, che indica una svolta decisa verso la discrezionalità. È evidente che si tratta di una trasformazione radicale, *“rischiosa”*, che potrebbe incidere sulla configurazione stessa del nostro ordinamento, facendo *“della Corte più che un Giudice delle leggi, una sorta di «terza camera»”*²⁸.

Ad ogni buon conto, è innegabile la considerazione per cui, almeno in relazione all'universo della proporzionalità della pena, il denunciato allargamento delle maglie della discrezionalità della Corte abbia prodotto come effetto positivo proprio quello, per dirlo con le parole del Beccaria, di non far apparire la pena, siccome sproporzionata, *“la violenza di uno o di molti contro un privato cittadino”*.

²⁷ C. cost. n. 179/2017; ord. n. 184/2017; n. 148/2016.

²⁸ L'osservazione, sicuramente d'impatto, è sempre di R. BARTOLI, *Op. cit.*

IL POTERE SANZIONATORIO PENALE NEL CASO DI SUICIDIO ASSISTITO TRA LEGALITÀ COSTITUZIONALE E DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE*

LAURA SANSONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo della recente giurisprudenza in tema di fine vita: il monito fatto al legislatore con l'ordinanza 207/2018 e la sentenza 242/2019. – 3. Il *caso Englaro* e la l. 219/2017. Le disposizioni anticipate di trattamento non come pretesa ma come esercizio di un potere. – 4. Diritto alla vita o valore alla vita? Riflessioni sul fondamento della sentenza della Corte costituzionale. – 5. Quale spazio per il legislatore? Un quadro ancora incerto e lacunoso.

Abstract: The article analyses the recent judgements of the Italian Constitutional Court on the case *Dj Fabo - Marco Cappato*. The case deals with the prohibition of suicide aid to patients who are subject to specific medical treatment under Italian law. Those judgments represent a starting point for an in-depth analysis of the legal issues involved. Specifically, the Constitutional Court decided to tackle a gap which may have been arisen in the area concerning suicide aid. Therefore, the Court highlighted that it is for the Parliament to legislate, as it is its prerogative. Finally, this contribution traces the evolution of suicide aid in the Italian legislation, as well as the Italian judges' role in promoting a new legal framework.

1. Premessa

La giurisprudenza nazionale è stata pioniera nella formulazione di posizioni avanguardistiche in tema di fine vita che quasi sempre sono state affrontate con un approccio problematico, mai scevro dalle peculiarità del singolo caso. Proprio i balzi in avanti compiuti dai giudici nella risoluzione di casi concreti hanno rappresentato lo spunto per la regolamentazione, in termini di generalità e astrattezza, di queste materie. È un esempio in tal senso la disciplina della l. 22 dicembre 2017, n. 219 (“*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”)¹ plasmata sui contenuti della sentenza della Corte suprema di cassazione sul *caso Englaro*².

La recente pronuncia della Corte costituzionale sul *caso Dj Fabo - Marco Cappato* ha confermato quanto anticipato nella dibattuta ordinanza 207/2018 che non aveva mancato, per le sue innovative soluzioni, di creare divergenze tra i commentatori³.

Infatti, l’audace posizione non aveva trovato un consenso unanime nella dottrina ma aveva segnato un punto di svolta fondamentale nel proficuo dibattito sul tema del suicidio assistito, costringendo a riportare l’attenzione sulla necessità di coprire lo *spazio libero* lasciato dal diritto positivo in materia. Infatti, è stata l’ordinanza 207/2018 a imporre al legislatore di

¹ Per l’ampia dottrina costituzionale in materia, si v. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018. Sul tema, si v. anche C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. con.*, 12/2017, pp. 123 ss.; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante “Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento”)* in *Riv. it. dir. med. leg.*, 3/2017, pp. 975 ss.; U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *lacostituzione.info*, 15 dicembre 2017.

² T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, 3/2009, p. 483.

³ Per un ampio approfondimento del dibattito sviluppatosi a seguito dell’ordinanza 207/2018, si vedano i commenti in F.S. MARINI - C. CUPELLI, (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019.

affrontare l'ostruzionismo di posizioni opposte mettendolo davanti alla necessità di legiferare in tema di morte assistita⁴.

Tuttavia, il Parlamento ha perdurato nella sua inerzia portando la Consulta a decidere per l'esclusione del potere sanzionatorio nel *caso Cappato*, privilegiando la legalità costituzionale alla discrezionalità del legislatore ma non mancando di destare più di un dubbio sia sulla modalità che sui contenuti.

Dopo aver ricostruito le caratteristiche delle decisioni da cui tale riflessione trae origine, si indagherà con quale intensità la Corte costituzionale sia intervenuta e ci si soffermerà sullo spazio lasciato al legislatore nella disciplina del suicidio assistito.

2. Il ruolo della recente giurisprudenza in tema di fine vita: il monito fatto al legislatore con l'ordinanza 207/2018 e la sentenza 242/2019

La sentenza 242/2019⁵ è solo il più recente dei passi compiuti dalla giurisprudenza nell'ambito del tema del fine vita. Con

⁴ Sui lavori del Parlamento si rinvia a F.P. BISCEGLIA, *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita*, in *Dir. pen. con.*, 13 marzo 2019; C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Dir. pen. con.*, 19 aprile 2019.

⁵ I termini della vicenda traggono origine dall'ordinanza di remissione del 14 febbraio 2018 emessa dai giudici della Corte di Assise di Milano nel processo a carico di Marco Cappato. Sull'ordinanza si veda, tra gli altri, il contributo di C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sist. pen.*, 12/2019, pp. 34 ss.; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3/2018, pp. 139 ss. A seguito del proposito di Fabiano Antoniani (*Dj Fabo*), che a causa di un incidente stradale era rimasto affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze intollerabili e non autonomo nello svolgimento di comuni necessità quali la respirazione, l'alimentazione e l'evacuazione, ma comunque capace di prendere decisioni libere e consapevoli, di porre fine alla sua esistenza, Marco Cappato decideva di aiutarlo. Dopo averlo accompagnato presso una struttura in Svizzera nella quale venivano verificate le condizioni di salute di Dj Fabo, la possibilità che fosse lui stesso ad assumere il farmaco letale azionando uno stantuffo attraverso il quale veniva iniettato nelle vene e il persistere del consenso, avveniva il suicidio. Di ritorno dal viaggio Marco Cappato si

questa pronuncia ampiamente dibattuta⁶ e che non ha trovato un consenso unanime tra i commentatori, la Corte costituzionale ha dichiarato *“l’illegittimità costituzionale dell’art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n.219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, (...) agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”*⁷. Tale

autodenunciava ai Carabinieri di Milano per l’aiuto prestato a Dj Fabo accompagnandolo presso la struttura. Dopo una prima richiesta di archiviazione da parte della Procura della Repubblica, veniva disposta l’imputazione coatta per Marco Cappato che veniva tratto a giudizio davanti alla Corte di Assise di Milano. Veniva poi sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. nella parte in cui *“incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio”* per contrasto con gli artt. 2, 13, comma 1 e 117 in relazione agli artt. 2, 8 della CEDU; e nella parte in cui *“prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell’aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione”* per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost.

⁶ Tra gli altri, R. BIN, *“Tanto tuonò che piovve” Pubblicata finalmente la sentenza sull’aiuto al suicidio (“caso Cappato”)*, in *lacostituzione.info*, 22 novembre 2019; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, cit., pp. 33 ss.; A. RIMEDIO, *“Eccezioni” di aiuto al suicidio? Osservazioni critiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2020, pp. 65 ss.; F.S. MARINI - C. CUPELLI, (a cura di), *Op. cit.*; S. CORBETTA, *Caso “DJ Fabo”: le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale*, in *quotidianogiuridico.it*, 25 novembre 2019; F. GIUNTA, *L’insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *disCrimen*, 25 novembre 2019.

⁷ C. cost., 22 novembre 2019, n. 242.

approdo, che recupera e ricalca la strada già battuta nell'ordinanza 207/2018, si colloca tra i più importanti passi in avanti della giurisprudenza rispetto al legislatore che viene invitato a fare il punto sullo stato della disciplina. Infatti, l'ordinanza che ha preceduto la conclusione del *caso Cappato*, che da alcuni era stata definita "ibrido"⁸ o ad "incostituzionalità differita"⁹, rappresentava il monito al legislatore di colmare la lacuna giuridica dovuta alla propria inerzia nell'adozione di una disciplina specifica in tema di fine vita.

Nello stesso solco si è posta la sentenza 242/2019¹⁰ che, proseguendo nella direzione di supplire all'immobilismo delle Camere, ha indicato i presupposti in presenza dei quali la configurazione del reato previsto dall'art. 580 c.p. non è da ritenersi costituzionalmente legittima, nella parte in cui prevede che in presenza di determinate condizioni, l'agevolazione del proposito suicidario autonomamente e liberamente formatosi è penalmente rilevante.

È la stessa Consulta a ribadire che la sentenza "*si salda, in consecuzione logica*", ai rilievi e alle conclusioni dell'ordinanza n. 207 del 2018, sostenendo che in casi in cui "*una persona a) affetta da una patologia irreversibile e b) fonte di sofferenze*

⁸ Per una sintesi delle diverse posizioni si v., tra gli altri, A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *giurcost.org*, 3/2018, pp. 571 ss.

⁹ C. CUPELLI, *Il Caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. con.*, 3 dicembre 2018; A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in F.S. MARINI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, cit.

¹⁰ Per la dottrina costituzionalistica si v., tra i numerosi contributi L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana (a partire dell'ord. N. 207/2018 sul "caso Cappato")*, in *federalismi.it*, 3 luglio 2019; P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia" dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2020, pp. 5-23; R. BIN, *"Tanto tuonò che piovve" Pubblicata finalmente la sentenza sull'aiuto al suicidio ("caso Cappato")*, in *lacostituzione.info*, 22 novembre 2019; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *giustiziansieme.it*, 27 novembre 2019.

fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli” si ravvisa una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa.

Infatti, prosegue la Corte, in questi casi *“la decisione di accogliere la morte potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti di terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua”*.

A queste premesse sono affiancati i richiami alla l. 38/2010 (*“Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore”*) e la disciplina già citata della l. 219/2017 deducendo che *“il medico possa, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari”* e che questa previsione *“non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate nel paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l’idratazione o l’alimentazione artificiali: scelta che innesta un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte”*. Tuttavia, il caso concreto si discosta dalla fattispecie ricavabile dal precedente ragionamento della Corte e, infatti, il paziente aveva reputato tale prospettiva *“non dignitosa”* perché la morte sarebbe sopravvenuta dopo un periodo di apprezzabile durata *“quantificabile in alcuni giorni”*.

Così la Consulta segue un altro ragionamento per il quale non sarebbe possibile escludere l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari, *“anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)”* e prosegue sostenendo che *“non vi è ragione per la quale il medesimo valore (della vita) debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all’anzidetta*

interruzione dei presidi di sostegno vitale". In altre parole, la Corte accoglie il principio per cui *il più comprende il meno* e prospetta la possibilità, in questo senso, di tutelare una siffatta richiesta da parte del malato purché quest'ultimo sia capace di intendere e volere.

Infatti, la conclusione recupera la libertà di autodeterminazione del paziente, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost. e pone tale il diritto come prevalente rispetto all'ordinaria disciplina dell'art. 580 c.p.

Per anticipare le conclusioni, di fronte al tema del potere sanzionatorio penale la Corte Costituzionale ha privilegiato la salvaguardia della legalità costituzionale in coerenza con il proprio ruolo piuttosto che la discrezionalità del legislatore, la quale invero, è fatta salva dalla possibilità di stringere il campo applicativo dello spazio tracciato dal Giudice delle leggi promuovendo i canoni di tipicità e determinatezza. Nonostante alcuni affermino che *"il messaggio che oggi ci viene indirizzato dal giudice delle leggi è che, laddove una disciplina normativa giudicata costituzionalmente necessaria non dovesse venire alla luce per mano del legislatore, sarà il giudice costituzionale a farsene carico, senza limite di sorta"*¹¹, la Corte costituzionale chiude il *caso Cappato* tutelando beni della vita di cruciale rilievo e ponendo l'accento sul consenso del paziente che, in questa pronuncia come nella richiamata legge 219/2017 appare centrale.

3. Il caso Englaro e la l. 219/2017. Le disposizioni anticipate di trattamento non come pretesa ma come esercizio di un potere

L'analogia con quanto messo in evidenza dalla Corte di cassazione nel *caso Englaro*¹² entra in gioco dal momento che anche il Giudice delle leggi, nell'impossibilità di prescindere dalle peculiarità del singolo caso, ha indirettamente deciso per l'innocenza dell'imputato *Cappato* perimetrando le circostanze che avrebbero dovuto diventare il punto di partenza per una legge

¹¹ In senso critico, A. RUGGERI, *Op. cit.*

¹² S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1561.

sull'aiuto al suicidio, ma che a causa dell'immobilismo legislativo sono rimaste solo il fondamento della motivazione giurisprudenziale.

Volendo procedere con ordine, è opportuno riprendere brevemente il caso richiamato dalla stessa sentenza 242/2019¹³, *caso Englaro*, in cui il fondamento delle tesi avanguardistiche professate dalla giurisprudenza era stato da questa valorizzato con largo anticipo rispetto all'intervento del legislatore.

Nella sentenza della Corte suprema di cassazione 16 ottobre 2007, n. 27145, vengono infatti gettate le basi per l'emanazione (oltre dieci anni dopo) della legge 22 dicembre 2017, n. 219, che ampliando l'orizzonte dell'intervento ha il vanto di legiferare nell'ambito di una materia per lungo tempo rimasta fuori dall'ombrello del diritto, là dove probabilmente si era preferito non regolare per non legittimare.

Già la Corte di cassazione, nel corpo della sentenza n. 21748/2007, aveva sottolineato l'importanza del "consenso informato" posto "alla base del rapporto medico paziente" che costituisce "norma di legittimazione del trattamento sanitario" (altrimenti illecito), parole che sono diventate il fondamento della legge sul consenso informato¹⁴. A ciò si aggiunga che la Corte non manca di correlare il "consenso informato" alla capacità giuridica del paziente, ossia alla capacità e alla facoltà "di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale". Già in questa pronuncia si metteva in evidenza l'opportunità di godere del proprio diritto alla salute in

¹³ Punto 1.2 del *Considerato in fatto*.

¹⁴ Al riguardo, v. art. 1, comma 5, della l. 22 dicembre 2017, n. 219: "ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi". L'intervento è ispirato alla tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma non tralascia la volontà di garantire all'operatore sanitario maggiori certezze nel contesto professionale in continuità con la l. *Gelli-Bianco*. Per un'analisi della l. 24/2017 si v. C. CUPELLI - C. FRANCHINI (a cura di), *Le nuove responsabilità in ambito sanitario dopo la legge Gelli-Bianco*, Napoli, 2017.

forma passiva, scegliendo liberamente di non sottoporsi a un trattamento sanitario (non imposto per legge) e di autodeterminarsi sulla base delle proprie “*convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche*” a prescindere dal fatto che le conseguenze di questa scelta portino tragicamente alla morte¹⁵.

Ma la pronuncia sul *caso Englaro* tocca un punto ulteriore, destinato ad avere un’eco di portata fondamentale quando ammette che anche per il soggetto non in grado di “*manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificatamente indicato, attraverso dichiarazione di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare*” si possa decidere, se “*abbia manifestato (...) attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l’inaccettabilità per sé dell’idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente*” di interrompere i trattamenti sanitari che lo mantengono in vita.

A questo traguardo vengono aggiunte necessarie precisazioni in ordine ai vincoli esistenti per coloro che traducono la volontà del soggetto di agire nell’interesse esclusivo dell’incapace, “*ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza*”.

Sulla scorta degli elementi indicati dalla giurisprudenza è stata formulata la legge sulle disposizioni anticipate di trattamento che non può che essere considerata l’espressione di una società con valori mutati rispetto al passato¹⁶. Secondo l’insegnamento che qui si condivide¹⁷, il diritto al testamento

¹⁵ E la citata legge 219/2017, infatti, riconosce a ogni persona capace di agire “*il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso*”.

¹⁶ I valori non hanno carattere deontologico e non esprimono un “*dovere essere*”, ma costituiscono “*il presupposto assiologico delle singole manifestazioni normative*” G. GUZZETTA - F.S. MARINI, *Diritto pubblico ed europeo*, Torino, 2018; sul tema di principi e valori costituzionali si veda A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012.

¹⁷ D. MORANA, *La salute*, cit., pp. 123 e ss. ove si conclude che il diritto a dettare disposizioni anticipate di trattamento sia un potere di autonomia

biologico configurato come diritto a che vengano (o meno) praticati eventuali trattamenti sanitari futuri nel caso in cui il titolare del diritto non sia più in grado di autodeterminarsi, non può essere considerato un diritto che trova una protezione costituzionale ma solo il prodotto della legittima discrezionalità del legislatore, che si manifesta attraverso la legge n. 219/2017. Infatti, un'attenta disamina del diritto al testamento biologico mette in evidenza alcuni elementi che confermano quanto detto come il fatto che la persona che dispone le DAT può individuare un fiduciario che operi scelte relative alla sua salute quando non sarà più in grado di autodeterminarsi e crea un vincolo giuridico in capo al medico finalizzato a richiedere o interdire attività terapeutiche.

Da quanto messo in evidenza consegue che sarebbe un errore considerare la previsione delle disposizioni anticipate di trattamento come “*inevitabile conseguenza della tutela costituzionale della salute quale diritto di libertà ex art. 32 Cost. Le disposizioni anticipate di trattamento, infatti, hanno natura di atto negoziale e sono da ritenersi, pertanto, frutto dell’esercizio di un potere giuridico*”¹⁸. A vantaggio di questa conclusione, è utile ricordare che la libertà consiste in una pretesa¹⁹ a che i consociati si astengano dall’intervenire nell’ambito materiale di chi lo esercita. Al pari delle altre libertà giuridiche, quella di salute²⁰ implica che la forma di godimento di questa libertà si accompagni ad un mero *non facere* da parte di tutti gli altri. Al contrario, nelle DAT non solo medici e sanitari sono vincolati a praticare o meno alcune attività terapeutiche, ma la persona che le dispone può anche nominare un fiduciario in contrasto con la caratteristica della *personalità*²¹ dei diritti di libertà²².

negoziale da tenere distinto dal diritto costituzionale alla salute inteso come diritto di libertà.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Sulla libertà come pretesa, su tutti si v. P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, pp. 235 ss.

²⁰ Sulla differenza tra libertà e poteri relativi alla salute si v. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002.

²¹ Personalità intesa come godimento diretto del personale che non può essere delegato, come chiarito da P. GROSSI, *Op. cit.*

²² *Ibidem.*

In conclusione, con la legge sulle DAT viene disciplinato un mero *atto negoziale*²³ che non trova un fondamento nell'art. 32 della Costituzione.

4. Diritto alla vita o valore alla vita? Riflessioni sul fondamento della sentenza della Corte costituzionale

Come messo in evidenza in una lucida disamina del tema del diritto alla vita²⁴, la cui qui condivisa posizione è il punto di partenza della riflessione che segue, non è possibile astrarre dalla Costituzione e più in particolare dall'art. 32²⁵ o attraverso un'estensiva interpretazione dell'art. 2 con la quale si tutelerebbero diritti non espressamente previsti a livello costituzionale²⁶, un generale diritto alla vita e quindi *a contrario*, un diritto a darsi la morte.

Invero, la logica dietro al riconoscimento del diritto alla vita nella Costituzione nonostante la mancanza di una disposizione che lo disciplini e in particolare la sua riconducibilità nell'art. 2, segue metodi che lasciano eccessivo spazio all'arbitrarietà dell'interprete. Infatti, quest'ultimo potrebbe inserire garanzie costituzionali non specificatamente previste²⁷ secondo le sue personali convinzioni.

Il diritto del paziente a rifiutare cure mediche e trattamenti specifici non può essere sovrapposto a quello di porre fine alla propria vita: rifiutare un determinato trattamento medico prescinde dal risultato, che può arrivare ad essere la morte, ma si limita ad essere declinato come possibilità di godere in forma

²³ D. MORANA, *Op. cit.* p. 125

²⁴ L. PIROZZI, *Op. cit.*

²⁵ C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004.

²⁶ Per una siffatta ricostruzione si v. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss.

²⁷ Inoltre, "gli ulteriori diritti così introdotti mancherebbero di coordinate certe anche con riguardo ai rispettivi limiti, finendo così per risultare paradossalmente più garantiti dei diritti enumerati, la cui limitazione è invece puntualmente definita dalla Costituzione", non convince neanche la possibilità che la scelta sia guidata da valori, risultando quest'ipotesi "insoddisfacente proprio sul terreno della relatività e opinabilità delle conseguenze normative", in L. PIROZZI, *Op. cit.* p. 7.

passiva del proprio diritto alla salute, inteso come diritto di libertà.

Pertanto, non potendo considerare il diritto alla vita come diritto costituzionalmente riconosciuto, in rapporto di logica consequenzialità con quanto già sostenuto appare inappropriato anche quel riferimento nella sentenza sul *caso Englaro* per cui “*la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consenta di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi*”. Infatti, anche nel caso di DAT, non essendo possibile parlare di un diritto posto come inevitabile conseguenza della tutela costituzionale ma dell’esercizio di un potere, è stato necessario che il legislatore ne perimetrasse i caratteri con una legge.

Se quindi non è rinvenibile un diritto alla vita nella Costituzione, al fine di indagare il fondamento di quella parte di sentenza che per giustificare l’incostituzionalità dell’art. 580 c.p. delinea i caratteri di una disciplina sul suicidio assistito, sarà necessario concentrare l’attenzione sui valori.

I valori, com’è noto, non esprimono un dover essere giuridico²⁸, ma “*rappresentano semmai il presupposto assiologico delle singole manifestazioni normative*”²⁹, ossia entità che esigono la propria concretizzazione. Fin da subito si allontanerà l’equivoco per cui il giudice possa utilizzarli come fondamento delle proprie decisioni, in quanto questo comporterebbe che a seconda del giudice potrebbero verificarsi scenari diametralmente opposti laddove il giudice è soggetto solo alle leggi.

Tuttavia, sebbene non si possa escludere che i valori abbiano contribuito a plasmare i lavori dell’Assemblea costituente e, anche volendo prendere in considerazione il cambiamento della società e la possibilità che alcuni valori prima ignorati o solo marginalmente considerati oggi diventino preminenti, ammetterne la prevalenza rispetto al rango costituzionale porterebbe al rischio di sovvertire il sistema stesso.

Per tale ragione, la lettura della sentenza emanata sul *caso Cappato* deve concentrarsi sullo spazio lasciato alla singola

²⁸ A. D’ATENA, *Op. cit.*, pp. 21 ss.

²⁹ G. GUZZETTA - F.S. MARINI, *Diritto Pubblico italiano ed europeo*, cit.

personale decisione del paziente mettendo al primo posto la sua libertà di autodeterminazione e riconoscendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. per contrasto con gli articoli 2, 13, 32 Cost. Sembra quindi potersi affermare, dato che *“il comportamento suicidario – come si ritiene – non è oggetto né di un diritto, né di un divieto da parte della Costituzione, ciò non significa che esso vada a collocarsi tra le situazioni giuridicamente indifferenti o interessate da una mera libertà di fatto. Esso, piuttosto, sul piano costituzionale è da considerarsi quale comportamento lecito benché non garantito”*³⁰. Pertanto, al legislatore spetterebbe soltanto il compito di tradurre quella liceità in un *potere*³¹.

Questa necessità, giunta nel *caso Englaro* ad essere anticipata da pronunce giurisprudenziali, si estende anche al tema del suicidio assistito.

Spetta quindi al legislatore perimetrare le condizioni per esercitare quello che resterebbe, a ben vedere, un mero atto negoziale e come tale subordinato a un comportamento attivo del soggetto che lo pone in essere. Da qui il carattere fondamentale del consenso che nel *caso Cappato* si è declinato non solo come esplicita richiesta del paziente di essere accompagnato, ma anche come capacità di darsi la morte attraverso l'avvio dello stantuffo che ha provocato l'iniezione del siero letale.

Resta da ultimo la necessità di individuare le motivazioni della decisione di illegittimità costituzionale presa dalla Consulta piuttosto che la (consueta) scelta di dichiarare l'inammissibilità della questione sollevata. Sul punto, sembra opportuno enfatizzare il carattere del tutto eccezionale non solo del caso concreto ma anche della scelta di anteporsi al legislatore. Infatti, nel *caso Cappato* si evidenzia che *“per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti”* la Corte non ha potuto, in mancanza di una sopravvenuta legge regolatrice della materia, lasciare che la disciplina continuasse a operare³². In quest'ottica appare evidente come nel

³⁰ L. PIROZZI, *Op. cit.*

³¹ Per un approfondimento sulla differenza tra potere e libertà si v. anche G. GUZZETTA - F. S. MARINI, *Op. Cit.*

³² Già con riferimento all'ordinanza G. RIVOSECCHI, *Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile “seguito”*: una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto, in *forumcostituzionale.it*, 22 giugno 2019.

bilanciamento tra la discrezionalità del legislatore, a cui era stato consegnato il tempo per disciplinare la materia e la non applicazione di una norma ritenuta incostituzionale, si è deciso per la preminenza di quest'ultima necessità.

D'altra parte, se un riferimento al diritto alla vita non è rinvenibile esplicitamente all'interno della Costituzione italiana, è invece sancito chiaramente dall'art. 2 della CEDU³³.

Sul tema, gli Stati contraenti della CEDU hanno ampio margine per una disciplina degli aspetti attinenti al rispetto del diritto alla vita, tra cui un sistema sanzionatorio in caso di illegittima lesione del diritto alla vita. Conformemente a tale ragionamento la legislazione penale deve concretamente dissuadere dal commettere una lesione al bene della vita, prevenendo e sanzionandone la violazione³⁴. Coerentemente, quindi, l'art. 580 c.p., nella parte in cui prevede condotte di istigazione e rafforzamento del proposito di suicidio aderisce alla disciplina di rango costituzionale e sovranazionale.

E anche l'interpretazione di questo diritto nel campo del fine vita ha portato la Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere che la legge nazionale possa sia prevedere il divieto di atti di assistenza al suicidio³⁵, con la qualificazione degli stessi come reato, sia ammettere il contrario lasciando dunque agli Stati un margine di apprezzamento³⁶.

Quanto detto avalla ulteriormente l'approdo per cui l'aiuto al suicidio possa considerarsi *lecito* ma che tale disciplina è rimessa alla discrezionalità del legislatore.

³³ Art. 2 CEDU: "1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione".

³⁴ S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 58

³⁵ C. eur. dir. uomo, 29 luglio 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02.

³⁶ C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, ricorso n. 31322/07.

5. Quale spazio per l'intervento del legislatore: un quadro ancora incerto e lacunoso

L'intervento della Corte costituzionale ha preceduto quello, necessario, del legislatore. Così come avvenuto in passato, la necessità di garantire la conformità costituzionale alle leggi, in particolare in ambito sanzionatorio, come nel caso da cui tale riflessione prende le mosse, ha prevalso sulla discrezionalità del potere legislativo. Tuttavia, questo non basta a sostenere che ci sia stata una sostituzione della Consulta al Parlamento: infatti lo spazio per l'intervento legislativo appare ampio, oltre che auspicabile.

Restano incerti, infatti, i criteri di operatività di una legge sul suicidio assistito che, benché mossa dai migliori intenti, attiene a un terreno su cui le visioni non sono condivise.

Proprio nel fatto che sul punto non ci sia una comune opinione rende l'opera del legislatore non solo auspicabile ma anche necessaria. Nel consesso della rappresentanza è infatti possibile intavolare un dibattito e arricchirlo con critiche costruttive, scambiare punti di vista e promuovere le proprie idee nel rispetto degli elementi di garanzia offerti dall'*iter* legislativo ordinario, il quale rappresenta un momento essenziale nell'esercizio del principio democratico.

È peraltro la stessa Consulta a ribadire la necessità di una regolazione della materia per evitare che si ripetano casi analoghi. Nella sentenza 242/2019 la Corte richiama alcuni spazi che il legislatore dovrebbe colmare come *“la modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo processo medicalizzato, l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura”*.

Sul punto è tuttavia possibile sottolineare altri aspetti, quale, per esempio, che se è vero che il più comprende il meno e che le DAT sono lacunose della condizione di attualità della richiesta manifestata dal paziente, una legge sul suicidio assistito potrebbe colmare quest'aspetto.

Nello stesso solco si inserisce l'opinione che sarebbe possibile, caso per caso, decidere quali condizioni della vita siano considerate inaccettabili in quanto ogni soggetto, nell'esercizio del proprio diritto di autodeterminazione, potrebbe ritenere questa o quella condizione di vita accettabile o meno. Tuttavia, lo spazio per il legislatore sarebbe in questa sede altrettanto auspicabile quanto delicato perché dovrebbe tutelare soggetti più deboli, psicologicamente instabili e inclini al condizionamento. In questo senso, si potrebbero recuperare le incertezze sul fatto che cure palliative debbano essere accettate (e non solo proposte) prima di prendere una decisione definitiva.

A ben vedere, in conclusione, se da una parte gli elementi generali richiamati dalla Corte costituzionale suscitano perplessità per la loro applicabilità a casi diversi, dall'altra lasciano al legislatore un ampio spazio di intervento, diretto a rispondere ai necessari criteri di generalità e astrattezza richiesti a una legge.

SEZIONE TERZA

IL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO

TECNICA E POTERE: BREVI RIFLESSIONI
SULLE SANZIONI *ANTITRUST* DOPO IL D.LGS. N.
3/2017*

MARCO MARIA CELLINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La discrezionalità tecnica: cenni, anche di una critica. – 3. Tecnica e sanzioni *antitrust*. – 4. Conclusioni.

Abstract: The work reconstructs the characteristics of administrative discretion to highlight the differences with the figure of technical discretion which, as the same way as the first mentioned, gave rise to the traditional tendency towards a limited judge.

This approach is recurrent also in the field of antitrust sanctions, despite the influence of supranational legislation, and also according to the art. 7 of Legislative Decree no. 3/2017.

In this regard, an attempt will be made to give a correct interpretation to the provision, which could make the whole system coherent, also because of the overcoming of technical discretion.

1. Introduzione

La legge 10 ottobre 1990, n. 287 riconosce in capo all’Autorità garante della concorrenza e del mercato una funzione sanzionatoria in caso di accertata violazione da parte degli

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

operatori, principalmente, delle disposizioni relative al divieto di intese restrittive o di abuso di posizione dominante.

L'Autorità, nel corso del procedimento per la verifica della sussistenza della pratica anticoncorrenziale, deve valutare la corrispondenza di questa con i parametri dettati dalle disposizioni normative di riferimento.

In particolare, per ciò che concerne le intese, è necessario accertare l'efficienza causale del comportamento dell'impresa al fine di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato di riferimento¹. Rispetto all'abuso di posizione dominante, invece, è richiesta una verifica dello sfruttamento abusivo della posizione dominante di un operatore nel mercato preso in considerazione².

Tradizionalmente, si sostiene che l'amministrazione eserciti, nell'accertamento di tali compositi requisiti, una discrezionalità di tipo tecnico.

La soluzione della questione, specifica, della natura della discrezionalità dell'amministrazione nell'ambito del procedimento sanzionatorio finisce quindi per dipendere dalla ricostruzione che si intenda offrire ad una delle categorie fondamentali dell'intero diritto amministrativo, cioè alla discrezionalità tecnica.

Infatti, l'amministrazione deve applicare delle regole tecniche nel "riempimento" dei concetti, inevitabilmente elastici³

¹ Su questi temi, senza pretesa di esaustività, v. F. GHEZZI - G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2013, pp. 114 ss., L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, pp. 245 ss.; A. CATRICALÀ - E. GABRIELLI, *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011.

² Sul punto il diritto vivente è stratificato: per una ampia disamina del panorama giurisprudenziale v. B.O. SCHNABEL, *Öffentliche Unternehmen in der Europäischen Union*, Saarbrücken, 2014, pp. 127 ss.

³ Per un approfondimento sugli elementi imprecisi della fattispecie attributiva del potere e sulle conseguenti problematiche relative alla prevedibilità dell'attività amministrativa discrezionale, si rinvia alle riflessioni di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative - gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997 e agli amplissimi riferimenti bibliografici ivi riportati.

come quelli, a titolo meramente esemplificativo, di *market squeezing*⁴ oppure di *mercato rilevante*⁵.

Al riguardo, va verificato se l'accertamento tecnico sia *interno* all'esercizio della discrezionalità amministrativa o, piuttosto, ne costituisca un *presupposto*.

Il tentativo di risoluzione di un tale interrogativo, già di per sé ambizioso, richiede una concisa ricostruzione della dibattuta figura della discrezionalità tecnica, anche al fine di comprendere l'intensità della relazione tra l'amministrazione e la tecnica nell'ambito del procedimento sanzionatorio *antitrust*.

Resta, prima di concludere queste brevi considerazioni introduttive al problema, da avvertire il lettore che, coerentemente anche ai limiti imposti al presente lavoro, inutilmente si cercherebbe in esso una formulazione concettuale definitiva rispetto a un tema, quello della discrezionalità tecnica, che non solo appare come una sorta di "chiave di volta" del diritto amministrativo, ma ha anche impegnato alcune tra le menti più illuminate della scienza giuridica.

2. La discrezionalità tecnica: cenni, anche di una critica

La locuzione "discrezionalità tecnica"⁶ è stata al centro di accesi dibattiti dottrinali, che hanno caratterizzato l'ascesa e la

⁴ Per un approfondimento, v. G. FAELLA - R. PARDOLESI, «*Squeezing price squeeze*»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, pp. 50 ss.

⁵ Quest'ultima presente nei testi fondamentali della disciplina *antitrust* nazionale ed europea: v. artt. 2 e 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287 e artt. 101 ss. T.F.U.E.

⁶ Sull'argomento, la bibliografia è amplissima e, oltre agli autori riportati nel prosieguo, possono essere sin d'ora richiamati: F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, pp. 275 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, pp. 16 ss.; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1972, pp. 997 ss.; C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, pp. 136 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; P. VIRGA, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, pp. 95 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 64 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MORTATI, *Voce Discrezionalità*, in *Nss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1968, pp. 1098 ss.; P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità amministrativa per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, in *Studi in*

onore di *Gioacchino Scaduto*, vol. V, Padova, 1970, pp. 163 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 ss.; F. CINTIOLI, *Voce Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir. (annali)*, II, Milano, 2008, p. 471 ss. in cui vengono sintetizzate anche tutte le recenti fasi del sindacato giurisdizionale; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, pp. 247 ss., già in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 372 ss.; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli appalti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, pp. 405 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, pp. 3165 ss.; G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Politica del diritto*, 1989, pp. 347 ss.; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione nel sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in *Cons. St.*, 1992, pp. 1565 ss.; G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario: un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 158 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica (Nota a T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. III, 12 maggio 1997, n. 586, Istituto autonomo case popolari c. IACP di Milano, Impresa Pessina)*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 1727 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 1179 ss.; M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 1101 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 185 ss.; P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 212 ss.; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, pp. 2587 ss.; S. SPINELLI, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, pp. 3272 ss.; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, pp. 1385 ss.; A. MILONE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, pp. 1342 ss.; C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, pp. 1185 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 983 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, pp. 439 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio*

maturazione della categoria nell'ambito della scienza amministrativa, che ricomprende l'insieme delle valutazioni compiute dall'amministrazione alla stregua di conoscenze di regole tecniche, dei fatti posti dalla legge a presupposto del suo operare⁷.

Al riguardo, va riferito che alcuni studiosi riconoscono nei presupposti fissati dalla legge per l'esercizio del potere amministrativo due tipi di fatti: semplici e complessi⁸.

I fatti semplici sono quelle circostanze la cui esistenza è confermata dall'amministrazione in ragione del mero, meccanico raffronto della realtà sulla base di un criterio obiettivo che si incentra sulla coppia "sussistenza-insussistenza": l'amministrazione, in questi casi, compie degli accertamenti tecnici sulla base della mera constatazione⁹.

2000 N. 205, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 659 ss.; C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, pp. 1359 ss.; C. FALITI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla discrezionalità tecnica con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta nelle gare d'appalto*, in *Giur. merito*, 2007, pp. 1141 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 791 ss.; P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 823 ss.; A. PRONTERA, *L'agire discrezionale dell'Amministrazione. Tra "vuoti" e "pieni" normativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 278 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 133 ss.; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 385 ss.; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 513 ss.; F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 694 ss.; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, pp. 705 ss.

⁷ La definizione è di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 594 che la distingue dalla discrezionalità amministrativa in quanto nella c.d. discrezionalità tecnica la scelta della ponderazione degli interessi sarebbe compiuta *a priori* dal legislatore.

⁸ Primo, in questo senso, E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, pp. 10 ss., che ha posto le basi per la categorizzazione della discrezionalità tecnica, pur riconoscendo nell'insindacabilità delle soluzioni tecniche un anacronistico relitto del *Polizeistaat*.

⁹ In questo senso, v. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1962, p. 107; ID., *Manuale cit.*, pp. 526

Rispetto a queste circostanze il potere amministrativo sembra recessivo e relegato alla mera dichiarazione di sussistenza di quanto previsto dalla fattispecie astratta: è questo il campo degli accertamenti.

Dai fatti semplici, la dottrina tradizionale ha tenuto distinti i fatti complessi, la cui verifica attiene a valutazioni specialistiche opinabili: è questo il terreno elettivo della discrezionalità tecnica, che può quindi essere ancora definita come quel particolare tipo di potere accordato all'amministrazione di valutare fatti o situazioni in ragione della scelta opinabile di una tra le varie regole di carattere specialistico disponibili per il loro accertamento, tutte più o meno attendibili, ciascuna delle quali conduce a un esito differente.

Appare quindi evidente che il fine dei teorici della discrezionalità tecnica è essenzialmente quello di limitare il sindacato del giudice rispetto ai fatti il cui apprezzamento è opinabile per la naturale opinabilità della scelta operata dall'amministrazione tra le varie regole specialistiche a disposizione.

Questa impostazione sembra così rivelare l'esistenza di un legame tra accertamento valutativo e merito amministrativo, normalmente non accessibile al giudice speciale.

Tale dottrina ricostruiva, però, soffre di un'incoerenza di fondo in quanto si basa sulla distinzione tra fatti semplici e complessi, che si mostra, piuttosto, come una mera petizione di principio.

Infatti, va escluso che all'interno della discrezionalità amministrativa, e quindi di qualsivoglia fattispecie attributiva di potere, possa rilevare il fatto, in qualunque modo composto.

In questo senso, la discrezionalità è un attributo di un particolare potere autoritativo dell'amministrazione che pondera in concreto il corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e gli interessi compresenti nel caso concreto. Solo all'esito dell'operazione di bilanciamento, si rivela il merito amministrativo, normalmente insindacabile e composto dal modo di modificazione del reale scelto dalla pubblica amministrazione tra i tanti possibili.

Allo stesso modo, devono essere distinti i presupposti di fatto o di diritto della fattispecie attributiva del potere dal

successivo momento dell'azione amministrativa discrezionale (o vincolata) in cui l'ente bilancia in autonomia gli interessi compresenti nella vicenda al suo esame (o prende atto della ponderazione avvenuta *ex ante* a livello normativo). Al completamento della sequenza procedimentale, l'amministrazione sceglie liberamente la modalità concreta più adeguata a perseguire l'interesse pubblico: solo in quest'ultimo tratto si evidenzia, come detto, il merito amministrativo.

Questa premessa fa ben comprendere, quindi, la comunanza del primo tratto procedimentale dell'azione amministrativa tra gli atti di mera attuazione della legge (o vincolati) e quelli discrezionali¹⁰, nonché la profonda diversità tra il momento di attuazione o discrezionale e il merito amministrativo.

È dunque conseguenziale, dal punto di vista logico, sostenere che nella prima fase, comune a entrambe le attività amministrative, la pubblica amministrazione proceda all'accertamento della sussistenza, in concreto, dei presupposti per la spendita del suo potere discrezionale o vincolato.

L'analisi dei presupposti giuridici in senso stretto non riguarda specificamente tale lavoro e si risolve nella ricerca della definizione del concetto giuridico operata da un'altra fonte.

Rispetto ai presupposti fattuali, invece, l'amministrazione si limita ad accertare la sussistenza nella realtà fenomenica dei fatti, quali essi siano, previsti nella fattispecie attributiva quale presupposto per l'esercizio del potere.

In altre parole, la distinzione tra fatti semplici e complessi risulta arbitraria e non in linea con la conformazione del potere amministrativo, nelle due declinazioni sopra esaminate.

La non dimostrata coerenza sistematica della premessa maggiore dell'impostazione dominante porta alla falsificazione delle conseguenze applicative che si deducevano dalla distinzione in esame. Ciò, quindi, travolge la validità sistematica della stessa categoria della discrezionalità tecnica, legata indissolubilmente alla supposta (e, come visto, indimostrata) esistenza di fatti complessi.

¹⁰ Con la precisazione che, comunque, tutta l'attività amministrativa è attuazione della legge: se così non fosse, infatti, gli atti sarebbero illegittimi. L'espressione "mera attuazione delle legge" tende solo a evidenziare il carattere automatico della determinazione dell'amministrazione che, rispetto alla fattispecie concreta posta al suo esame, non ha discrezionalità, perché l'opzione più in linea con l'interesse pubblico è stata scelta *ex ante* dal legislatore, al ricorrere di certi presupposti. Sul punto, v. A. PIRAS, *Op. cit.*, pp. 69 ss.

E, infatti, l'amministrazione accerta il presupposto di fatto di qualsiasi fattispecie attributiva di potere a prescindere dalle esigenze di cura concreta dell'interesse pubblico: questo perché i presupposti, siano essi semplici o complessi (per la loro imprecisione), sono da considerare *fissi* nell'ambito della fattispecie del potere¹¹.

L'amministrazione, dunque, si limita ad accertare il fatto e non sceglie su di esso o a causa di esso la soluzione migliore per la cura dell'interesse pubblico.

Tale accertamento, peraltro, deve avvenire sulla base della migliore scienza al momento disponibile: il riferimento alla scienza migliore, anche relativamente, permette peraltro all'interprete (e al giudice) di verificare direttamente l'operato dell'amministrazione.

Infine, oltre all'incompatibilità logico-sistematica della discrezionalità tecnica, deve essere stigmatizzata la mancanza di una copertura normativa della discrezionalità tecnica, circostanza risolutiva in un ordinamento a legalità rigida nella previsione delle fattispecie attributive di potere *ex art. 97 Cost.*

3. Tecnica e sanzioni *antitrust*

La ricorrenza della discrezionalità tecnica nell'ambito del particolare settore della concorrenza del mercato ha comportato l'applicazione alle fattispecie ivi operanti del tradizionale, limitato sindacato del giudice amministrativo, anche rispetto ai provvedimenti sanzionatori adottati dall'autorità di settore.

Una siffatta compressione della tutela giurisdizionale finisce per caratterizzare un settore con importanti interessi in gioco¹² e soggetto all'influenza del diritto europeo (di qui, peraltro, la

¹¹ E, in linea con questo ragionamento, “*su di essi non è ammessa valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione titolare del potere*” (V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità*, cit., p. 483).

¹² Per la corretta ricostruzione della natura della posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della autorità amministrative indipendente, specificamente dell'AGCM, una parte autorevole della dottrina parla di “*tramonto della neutralità*” e ritiene che l'Autorità spenda un potere discrezionale cui si commisurano interessi legittimi (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 250); per altra parte, invece, l'AGCM farebbe generalizzato uso di poteri amministrativi vincolati cui corrispondono posizioni di diritto soggettivo (F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 257 ss.).

numerosa ricorrenza di concetti giuridici indeterminati¹³) e delle carte dei diritti di derivazione sovranazionale.

In particolare, si rappresenta l'apparente distonia tra il tradizionale sindacato giurisdizionale e la contemporanea spinta sovranazionale alla garanzia di un giusto processo di piena giurisdizione, da riconoscere anche nel caso in cui le sanzioni inflitte siano formalmente amministrative¹⁴.

Per ragioni di coerenza con la premessa, e di concisione nella trattazione di una materia su cui però autorevoli autori hanno speso molte delle loro energie¹⁵, deve essere esaminato in questa sede unicamente l'impatto dell'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3¹⁶, introdotto dal legislatore per recepire la direttiva n.

¹³ Tant'è che si osserva che il problema in materia, più che incrociare la questione della discrezionalità tecnica, non vada piuttosto a convergere verso la constatazione che il diritto europeo faccia uso dei concetti giuridici indeterminati per vincolare *ex post* i legislatori dei vari stati membri. In questo senso, v. F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 974.

¹⁴ Infatti, la giurisprudenza della Corte EDU, sin dal fondamentale arresto Engel e altri c. Paesi Bassi, riconosce la natura giuridica di sanzioni sostanzialmente penali anche alle misure formalmente amministrative, perché afflittive sulla base di determinati criteri.

¹⁵ Sul punto, senza pretesa di esaustività, v. G.F. FERRARI, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 999 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, Torino, 2000, pp. 5 ss.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, pp. 471 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; ID., *Discrezionalità tecnica ed autorità indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, pp. 339 ss.; M.E. SCHINAIÀ, *Il giudice e le autorità indipendenti*, in *Cons. St.*, 2002, pp. 1861 ss.; ID., *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, pp. 3160 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, pp. 175 ss.; R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, pp. 201 ss.; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, pp. 3858 ss.; A. PAJNO, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLVIII [XLIX] Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 2003, Milano, 2004, pp. 341 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 1042 ss.

¹⁶ Che così, testualmente, dispone: "1. ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una

2014/104/UE che, nel caso di ipotesi di discrezionalità tecnica nella materia concorrenziale, sembra riconoscere la necessità di un sindacato non pieno, legittimando la costruzione tradizionale della categoria in esame.

In particolare, ci si interroga sul senso da riconoscere alla specificazione per cui “*il sindacato del giudice [...] si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità*”, che sembra recepire l’orientamento tradizionale, anche in giurisprudenza.

E, infatti, il giudice amministrativo riconosce tutt’ora la validità della categoria della discrezionalità tecnica e, rispetto ai provvedimenti sanzionatori *antitrust*, opera un sindacato ritenuto pieno solo rispetto all’attendibilità delle operazioni tecniche compiute, senza possibilità di censurare la valutazione opinabile¹⁷.

Da ciò si desume che il sindacato del giudice amministrativo rispetto alle valutazioni tecniche concernenti la tutela della concorrenza è ancorato alla forma di sindacato intrinseco di attendibilità, in cui è possibile per il giudice verificare l’attendibilità della soluzione tecnica adottata, opinabile, fra tante più o meno attendibili, senza che sia possibile sostituire il proprio

decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno.

2. La decisione definitiva con cui una Autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell’autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove.

3. Le disposizioni del presente articolo lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell’articolo 267 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea”.

¹⁷ Altrimenti, si evidenzia, il giudizio diverrebbe sostitutivo di una valutazione di merito. Questo orientamento è largamente maggioritario in giurisprudenza, anche recente: v., al riguardo, Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e Id., 30 giugno 2016, n. 2947, nonché Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

giudizio a quello dell'amministrazione nella scelta della soluzione che, all'esito del processo, è apparsa più attendibile¹⁸.

L'approdo tradizionale della giurisprudenza, così, finisce per legittimare una categoria che, come visto, presenta criticità teoriche, già solo per la scorretta riconduzione dei presupposti di fatto della fattispecie all'interno della discrezionalità amministrativa.

Deve essere ora verificato se l'intervento normativo del 2017 possa legittimare la giurisprudenza tradizionale o, addirittura, riconoscere la natura di istituto alla discussa figura della discrezionalità tecnica.

In altri termini, va chiarito se la presa di posizione del legislatore sia da intendere come effettivamente limitativa del sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni *antitrust* o se, viceversa, debba essere intesa in senso convenzionalmente orientato a favore di un sindacato sostitutivo pieno del giudice amministrativo nello specifico settore in esame¹⁹.

La seconda soluzione sembra essere quella preferibile.

¹⁸ È chiaro che una limitazione del sindacato, così motivata, “*significati senz'altro depotenziare il ruolo del giudice, al quale evidentemente è precluso quel completo riesame delle questioni, anche in diritto, che pure si vuole debba essere completamente assicurato per evitare una violazione del principio dettato dall'art. 6 della Convenzione*” (G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2018, pp. 212-213).

¹⁹ Analizza con dovizia di particolari le varie tendenze (con argomenti a favore e obiezioni) F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 1207 ss. il quale però evidenzia una possibile *terza via* per comprendere l'impatto della normativa sopravvenuta, “*dato che la percentuale di annullamenti giurisdizionali in Italia testimonia certamente un controllo effettivo, va considerata la situazione concreta. La risposta non sta nell'uso di formule ormai stereotipate, come quella di controllo debole o forte, di sindacato esterno o interno, di judicial review anziché full jurisdiction, ma sta nel modo in cui il controllo è sostanzialmente esercitato dal Giudice*”: l'attenzione, in questo senso, va volta al concreto atteggiarsi del processo amministrativo e alle sue fasi.

Sul punto, la giurisprudenza, confermando sostanzialmente l'orientamento consolidato, ha osservato che “*tale disposizione, interpretata in senso costituzionalmente conforme, richiama il giudice amministrativo al dovere di accertamento «diretto» di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo dal contemporaneo dovere di accertamento «critico» degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria*” (Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990). Per un commento della sentenza, v. L. ARNAUDO - R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, pp. 533 ss.; S. GORZA, *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*, in *Dir. ind.*, 2020, pp. 30 ss.

In primo luogo, l'interpretazione letterale della disposizione risulta essere equivoca: l'espressione per cui il sindacato “*si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità*” può essere intesa come obbligo minimo che il vaglio del giudice del ricorso, cioè del giudice amministrativo, si estenda all'attendibilità della regola scelta dall'amministrazione.

In questo senso, ai sensi dell'art. 12 prel., quando l'interpretazione letterale risulti infruttuosa, perché equivoca, si rende necessaria l'applicazione del canone ermeneutico logico, se del caso integrato con riferimenti sistematici²⁰.

Sembra evidente che il legislatore, con l'introduzione del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 abbia voluto garantire una tutela effettiva al danno da illecito *antitrust*, cioè a quel pregiudizio patito da chi abbia subito un danno a causa di una accertata violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese.

Tale tutela effettiva, di natura risarcitoria, va richiesta dinanzi al giudice ordinario che nella ricostruzione degli elementi dell'illecito civile, valuta anche il provvedimento dell'AGCM e l'eventuale statuizione del giudice amministrativo sulla legittimità del medesimo.

Il giudicato speciale, in questi casi, coprirebbe per intero la questione dell'*an* dell'illecito, riverberando così i suoi effetti sui diritti soggettivi vantati dagli altri consociati: per questa ragione risulta in linea con il sistema permettere un sindacato penetrante, anche sostitutivo, e comunque al minimo intrinseco (come prescritto dalla legge), sul provvedimento sanzionatorio adottato dall'AGCM.

Questa conclusione è l'unica sistematicamente accettabile, visto anche che la giurisprudenza civile sostiene da decenni la piena responsabilità dei soggetti di diritto in caso di violazione del principio generale del *neminem laedere*, nel senso che non possono essere opposte dinanzi al giudice civile limitazioni di responsabilità fondate sulla decisione amministrativa in campo tecnico (e, quindi, anche sul limite di sindacato giurisdizionale svolto sulla medesima) in caso di danno da lesione di diritto soggettivo²¹.

²⁰ Evidenzia il collegamento quasi necessario tra interpretazione logica e sistematica T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2010, p. 93.

²¹ Impostazione consolidatasi a partire da Cass., sez. un., 19 gennaio 1970, n. 102.

L'interpretazione proposta, peraltro, sembra l'unica idonea a restituire coerenza al sistema, anche in conseguenza del necessario superamento della figura della discrezionalità tecnica²².

4. Conclusioni

Il risultato interpretativo avanzato sembra l'unico coerente con i canoni ermeneutici prescritti dall'art. 12 prel. che impongono la ricostruzione della logica e del sistema, ogni qualvolta sia equivoco il dato letterale.

Infatti, come visto, gli stessi limiti al sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM, perché caratterizzati dall'applicazione di regole opinabili, sono insoddisfacenti e, soprattutto, infondati visto l'equivoco teorico su cui si fonda la c.d. discrezionalità tecnica.

Questa posizione, peraltro, viene patrocinata anche dall'apertura di taluno, per lo meno negli intenti, a una forma di sindacato *“di maggiore attendibilità della scelta amministrativa conseguente alle valutazioni di ordine tecnico poste alla base della stessa; valutazioni che possono e devono essere sindacabili non al fine di sostituire la scelta del giudice a quella dell'autorità, ma al fine di verificare che la scelta effettuata sia quella maggiormente attendibile anche in comparazione con altre scelte possibili, ivi comprese quelle offerte dai privati”*²³.

²² Per un approfondimento sul punto, v. *supra* par. 2.

²³ F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura nell'incontro di studio sul tema su *I rimedi per una tutela effettiva dei diritti dei consumatori*, Scandicci, 6 giugno 2017, in *giustizia-amministrativa.it*.

LA NATURA SANZIONATORIA DELLA
RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-
CONTABILE:
UNA RIFLESSIONE A SEGUITO DEI RECENTI
ARRESTI GIURISPRUDENZIALI*

GABRIELE DAMMICCO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le diverse tesi dal r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 alle leggi 14 gennaio 1994, nn. 19 e 20. – 3. Il nuovo Codice di Giustizia Contabile e le ipotesi sanzionatorie “tipiche”: la duplicazione della responsabilità amministrativo-contabile. – 4. L’ordinanza delle sez. un. della Corte di Cassazione 4 ottobre 2019, n. 24859. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract: the following paper analyses the impact of the Italian Court of Cassation Decision no. 24859 dated 4 October 2019 on the discussion on the nature of the administrative and accounting liability under Italian legal system. In this regard, different positions have been expressed throughout the years. According to part of the scholars, it falls under the broader category of civil liability, as linked to an economic impairment for the Italian Public Administration. Other authors, on the contrary, consider it as a penalty and it is therefore similar to criminal liability.

The debate is of outstanding interest, as it is not merely academic: depending on the interpretation of this form of liability, significant practical consequences, for instance on the procedural rights of the defendants in the proceedings before the Italian Court of Auditors, occur.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo confrontate circa la natura della responsabilità amministrativo-contabile.

Un primo orientamento ne sottolinea il carattere pubblicistico e rinviene in essa una funzione essenzialmente repressivo-sanzionatoria. Tale forma di responsabilità risulterebbe dunque simile alla responsabilità penale, come reso evidente da alcuni tratti caratteristici: l'azione del p.m. contabile ha luogo d'ufficio; la figura del danneggiante (dipendente pubblico) ha un ruolo centrale rispetto a quella del soggetto danneggiato (la P.A.); è, di regola, intrasmissibile agli eredi (*ergo* l'illecito è personale)¹. I sostenitori di tale teoria evidenziano inoltre che il regime della responsabilità amministrativa, in sintonia con quella penale, si fonda tradizionalmente sulla doverosa valutazione dell'elemento psicologico. Ciò, a differenza di quanto previsto per la responsabilità civile, in cui il ruolo dell'elemento psicologico ha progressivamente perso di importanza, con l'introduzione di ipotesi di responsabilità oggettiva, allo scopo di offrire una maggiore tutela al soggetto danneggiato².

Per altro orientamento, viceversa, la responsabilità amministrativo-contabile non assolverebbe una funzione "sanzionatorio-punitiva"³ e dovrebbe piuttosto considerarsi

¹ Sul punto cfr. P. MADDALENA, *Le prospettive del controllo e della giurisdizione della Corte dei conti alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale e nel contesto dell'attuale crisi economico-finanziaria*, in *Cerimonia per il centocinquantenario della Corte dei conti*, Bologna, 15 novembre 2012, p. 11; F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. C. conti*, n. 2/1996, pp. 293 ss.; per una ricostruzione degli argomenti a favore della tesi sanzionatoria cfr. N. RUGGIERO, *Le fattispecie tipizzate e la responsabilità sanzionatoria*, in E.F. SCHLITZER - C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018, pp. 388 ss.; M. ORICCHIO, *La Giustizia Contabile: guida alle funzioni giurisdizionali e di controllo della Corte dei conti*, Napoli, 2001, pp. 147 ss.; V. TENORE, (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, pp. 24 ss.; in giurisprudenza v. C. conti, sez. giur. Veneto, 17 giugno 2015, n. 98.

² Cfr. V. TENORE, *Op. cit.*, pp. 25 ss.

³ Tale è l'opinione espressa, a livello sovranazionale, da C. eur. dir. uomo, 23 maggio 2014, *Rigolio c. Italia*, n. 20148/09; cfr. P.L. REBECCHI,

specie, sia pur particolare, della comune responsabilità civile per danno⁴. Tale impostazione fa leva principalmente sulla circostanza per cui, una volta accertata la responsabilità del pubblico funzionario, il *quantum* da corrispondere equivale di norma al danno cagionato all'Amministrazione. Ciò varrebbe a dimostrare come l'azione della Corte dei conti sia essenzialmente diretta a reintegrare le casse erariali della perdita patrimoniale subita⁵.

Taluni aderenti a tale teoria riconducono, poi, la responsabilità amministrativa a quella civile da fatto illecito, consistente nella violazione del principio del *neminem laedere*⁶. Per altri, viceversa, tale figura sarebbe assimilabile a quella della responsabilità contrattuale, in quanto connessa alla violazione di obblighi specifici facenti parte del rapporto di servizio che lega il funzionario responsabile all'Amministrazione di appartenenza⁷.

A fronte di una puntuale disciplina della materia con le leggi 14 gennaio 1994, nn. 19 e 20, la teoria sanzionatoria è parsa affermarsi con maggiore successo⁸. Per altri autori, invece, la questione era stata ritenuta addirittura del tutto superata; la responsabilità amministrativa poteva ormai ritenersi costituire un *tertium genus* rispetto alle figure di illecito civilistico e

Osservazioni in tema di giurisprudenza CEDU, "ne bis in idem" e natura della responsabilità amministrativa, in contabilità-pubblica.it, 15 luglio 2015; F.M. LONGAVITA, Il divieto del ne bis in idem e la responsabilità erariale, in Diritto e Conti, 1/2019, pp. 33-56.

⁴ A tale teoria aderiscono, per es., E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, pp. 623 ss.; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, 2003, pp. 178 ss.

⁵ Cfr. V. TENORE, *Op. cit.*, p. 21; riconosce la finalità "essenzialmente risarcitoria" della responsabilità amministrativa M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 305.

⁶ In questo senso e in chiave critica della tesi contrattuale (illustrata *infra*) cfr. F. GARRI - G. DAMMICCO - A. LUPI - P. DELLA VENTURA - L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, 2007, pp. 229 ss.

⁷ Tale posizione è stata espressa storicamente, fra gli altri, da E. VICARIO, *La Corte dei conti in Italia*, Milano, 1938, pp. 510 ss.; C. VITTA, *Contrattualità della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione pubblica*, in *Riv. C. conti*, 1/1950, pp. 13 ss. In giurisprudenza, cfr. in tal senso C. conti, sez. I, 4 luglio 1949, n. 32. Per una ricostruzione delle posizioni civilistiche v. V. TENORE, *Op. cit.*, pp. 21 ss.; M. ORICCHIO, *Op. cit.*, pp. 147 ss.

⁸ Sulla prevalenza della funzione sanzionatoria di tale forma di responsabilità cfr. P. MADDALENA, *Op. cit.*

penalistico⁹ e l'azione giuscontabile come di natura “*pubblica-risarcitoria*”¹⁰. La giurisprudenza è parsa condividere tale posizione, avendo riconosciuto in essa la “*combinazione di elementi restitutori e di deterrenza*” (C. cost., 20 novembre 1998, n. 371).

L'assetto così delineato ha tuttavia subito una nuova trasformazione, sia in ragione della proliferazione nell'ordinamento di fattispecie di responsabilità “tipizzate”, le quali appaiono piuttosto assimilabili alla responsabilità sanzionatoria che a quella patrimoniale¹¹, sia a seguito dell'entrata in vigore del Codice di Giustizia Contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174). Secondo una pluralità di autori, la cui opinione è riportata *infra*, può così ritenersi consumata la disgregazione dell'unità della responsabilità amministrativo-contabile, ormai distinta in una responsabilità c.d. “generica”, di tipo risarcitorio, e in una molteplicità di ipotesi tipiche di natura sanzionatoria.

I tratti fondamentali del quadro normativo di riferimento sono stati messi nuovamente in discussione dalla recente ordinanza delle sez. un. della Corte di cassazione 4 ottobre 2019, n. 24859, analizzata più nel dettaglio nel prosieguo della trattazione.

Ciò che risulta dalla disamina oggetto del presente articolo è la complessità del sistema delle fonti, collocate temporalmente anche a grande distanza l'una dall'altra, e fra le quali l'interprete può difficilmente orientarsi.

Ci si augura, in conclusione, un prossimo intervento di riordino normativo ovvero, in alternativa, un utile scambio di prospettive fra i diversi plessi giurisdizionali, teso a fornire una visione interpretativa comune sui punti cardine di tale forma di responsabilità.

⁹ In questo senso per es. F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2019, p. 493.

¹⁰ Cfr., per es., V. RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come “clausola generale” e le fattispecie sanzionatorie*, in *lexItalia.it*, 5/2014, pp. 1-22; V. TENORE, *Op. cit.*, pp. 27 ss.; M. ORICCHIO, *Op. cit.*, p. 148.

¹¹ A. CAROSI, *La Corte dei conti nell'ordinamento italiano*, in *Gazzetta Forense*, 5/2018, p. 823.

2. Le diverse tesi dal r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 alle leggi 14 gennaio 1994, nn. 19 e 20

In una prospettiva storica, occorre osservare innanzitutto come, fino agli anni '40 del secolo scorso, prevalesse in dottrina e in giurisprudenza la teoria che assimilava la responsabilità amministrativa a quella civile da fatto illecito. Tale tesi si fondava su un'interpretazione letterale dell'art. 82 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (c.d. Legge generale di contabilità di Stato) a mente del quale *“l'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo”*. Mancando qualsiasi riferimento alla violazione degli obblighi di servizio e risultando sufficiente che il danno fosse procurato dal funzionario nell'esercizio delle proprie funzioni, era possibile ricavare la natura extra-contrattuale della responsabilità amministrativa¹².

Il suddetto indirizzo è mutato a partire dagli anni '50 per ragioni prevalentemente pratiche. La disciplina della responsabilità contrattuale è infatti più favorevole al danneggiato rispetto a quella della responsabilità extracontrattuale, sul piano della maggiore durata del termine di prescrizione (dieci anni anziché cinque) e del regime probatorio (inversione dell'onere della prova in relazione alla presunzione di colpa)¹³.

La giurisprudenza si è sforzata di fornire una giustificazione sul piano teorico a tali considerazioni in maniera più o meno convincente. Con la decisione n. 32 del 15 dicembre 1949 la Sezione I della Corte dei conti ha così affermato che la responsabilità amministrativo-contabile di agenti e funzionari sorge in conseguenza della violazione di vincoli ed obblighi precostituiti di servizio. La relativa fonte dell'obbligazione sarebbe così riconducibile non al fatto illecito previsto dal diritto

¹² M. ORICCHIO, *Op. cit.*, pp. 147 ss.; V. RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come “clausola generale” e le fattispecie sanzionatorie*, cit.

¹³ F.G. SCOCA, *Op. cit.*, p. 492; V. RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come “clausola generale” e le fattispecie sanzionatorie*, cit.

comune negli artt. 2043 e ss. c.c., bensì alla violazione degli obblighi connessi al rapporto di impiego e di servizio¹⁴.

Ad ulteriore consolidamento delle teorie contrattuali, è successivamente entrato in vigore lo Statuto degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3) il quale, all'art. 18, ha esplicitato come l'illecito sia in effetti connesso con la violazione di obblighi di servizio, stabilendo a chiare lettere che "l'impiegato è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio"¹⁵. Emerge, così, il tratto caratteristico della contrattualità, consistente nella inosservanza di doveri di comportamento, più o meno specifici, precostituiti e connessi al rapporto di servizio¹⁶.

L'istituto della responsabilità amministrativa, così come era stato plasmato nel corso di più di un secolo con il contributo di dottrina e giurisprudenza, ha subito una profonda trasformazione¹⁷ per effetto delle leggi 14 gennaio 1994, nn. 19 e 20 che hanno determinato la "definitiva rottura"¹⁸ con il modello dell'illecito civile (contrattuale o extracontrattuale).

È stato evidenziato a questo proposito come la nuova normativa abbia esaltato svariati elementi di specialità dell'istituto, quale l'officiosità dell'azione contabile, la personalità dell'illecito, la necessità della valutazione dell'elemento psicologico, nonché il potere di riduzione dell'addebito. Quest'ultimo in particolare rappresenta, come rilevato dalla più attenta dottrina, uno dei principali elementi sintomatici della specialità della disciplina che regola la responsabilità amministrativa¹⁹. Proprio la valorizzazione di

¹⁴ V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in *federalismi.it*, 1/2010, pp. 1-27.

¹⁵ Cfr. a tal proposito E. CASSETTA, *Op. cit.*, che nella natura della "sanzione" prevista (il risarcimento del danno) ravvisa, in termini più generali, l'argomento principale per ricondurre la responsabilità amministrativo-contabile al genere della responsabilità civile.

¹⁶ V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, cit.

¹⁷ M. ORICCHIO, *Op. cit.*, p. 148.

¹⁸ L'espressione è di V. RAELI, in *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, cit.

¹⁹ A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, pp. 141 ss. Il potere di riduzione può determinare anche la totale

quest'ultima peculiarità renderebbe evidente come, con la responsabilità amministrativo-contabile, il Legislatore abbia inteso sanzionare il comportamento del responsabile e, solo in secondo piano, miri alla riparazione del danno cagionato all'erario pubblico²⁰.

Con l'avvento delle predette leggi di riforma si è affermata anche altra teoria che ha invece riconosciuto l'affermazione di un vero e proprio *tertium genus* di illecito. Quest'ultimo, disciplinato all'interno di un proprio completo *corpus* normativo, risulterebbe permeato di profili civilistici e penalistici, tendenzialmente ben coordinati tra di loro²¹.

Si è sul punto osservato, quasi a saldare le diverse teorie espresse, come in realtà ogni responsabilità per colpa sia caratterizzata da una funzione complessa, allo stesso tempo compensativa, sanzionatoria (rispetto al comportamento colpevole del danneggiante) e preventiva (volta a stimolare il comportamento diligente, efficace ed efficiente del pubblico dipendente²²), e la diversa concezione di essa dipenda solo dall'aspetto che si ritiene prevalente o che si vuole far emergere²³. Si è quindi da ultimo giunti ad affermare che la responsabilità amministrativa, pur finalizzata in via di principio ad assicurare la reintegrazione patrimoniale dell'Amministrazione danneggiata, presenta anche una rilevante connotazione personalistica, per cui la relativa azione può definirsi come "*pubblica-risarcitoria*"²⁴.

I sostenitori di tale tesi avevano peraltro puntualizzato la natura ormai puramente teorica e accademica della questione. Prescindendo dal problema ontologico, infatti, la riconducibilità dell'illecito in esame a quello penale o civile non presentava più,

esclusione di qualsiasi addebito; per un (raro) precedente cfr. C. conti, sez. I app., 5 ottobre 2001, n. 291/A.

²⁰ Sulla valorizzazione degli aspetti sanzionatori della responsabilità amministrativo-contabile cfr. P. MADDALENA, *Op. cit.*

²¹ V. TENORE, *Op. cit.*, pp. 27 ss.; F.G. COCA, *Op. cit.*, p. 494.

²² Cfr. F.G. COCA, *Op. cit.*, p. 494; N. RUGGIERO, *Op. cit.*, p. 388; V. RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, cit.; M. ORICCHIO, *Op. cit.*, p. 148.

²³ M. ORICCHIO, *Op. cit.*, p. 148.

²⁴ V. RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, cit.; V. TENORE, *Op. cit.*, pp. 27 ss.; M. ORICCHIO, *Op. cit.*, p. 148.

come in passato, divergenti corollari applicativi, essendo la materia ormai compiutamente disciplinata dalle leggi 19 e 20 del 1994. Si segnala, a titolo esemplificativo, il caso delle regole in materia di onere probatorio o di termine prescrizione: la nuova disciplina aveva chiarito come l'onere probatorio in ordine alle componenti strutturali dell'illecito gravasse sulla Procura erariale e la prescrizione fosse sempre quinquennale²⁵.

Tale posizione è stata quella più largamente condivisa dalla giurisprudenza. A questo proposito, si cita l'importante decisione della Corte costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998 che, da un lato, ha ritenuto la responsabilità amministrativo-contabile quale istituto giuridico provvisto di una propria connotazione intrinseca, rappresentata dalla *"combinazione di elementi restitutori e di deterrenza"* e, dall'altro, ha rilevato come l'elemento della colpevolezza in tale forma di responsabilità sia volto a definire *"quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per i dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo"*²⁶.

3. Il nuovo Codice di Giustizia Contabile e le ipotesi sanzionatorie "tipiche": la duplicazione della responsabilità amministrativo-contabile

La situazione, così come delineatasi alla luce del quadro normativo appena descritto, è tuttavia più di recente profondamente mutata.

L'inizio del millennio ha visto infatti il moltiplicarsi di interventi normativi contenenti fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa di natura spiccatamente sanzionatoria.

Tale carattere si rileva in quanto le suddette ipotesi ruotano intorno alla lesione di beni-valori di particolare importanza della contabilità pubblica, come quello del rispetto degli equilibri di bilancio (*ex artt. 81 e 119 Cost.*), della sostenibilità del debito pubblico (*ex art. 97 Cost.*), del coordinamento della finanza

²⁵ V. TENORE, *Op. cit.*, pp. 27 ss.

²⁶ Cfr. nello stesso senso C. cost., 30 dicembre 1998, n. 453.

pubblica e dell'unità economica del Paese (ex art. 117 Cost.) in rapporto anche agli impegni assunti dall'Italia in ambito UE²⁷. La responsabilità sorge, così, in conseguenza di condotte tenute in violazione di determinati precetti normativi, che il Legislatore medesimo individua *a priori* come punibili a prescindere dalla prova della produzione di un danno certo, concreto e attuale²⁸.

Talvolta, il Legislatore individua addirittura *ex ante* il *quantum* del danno risarcibile, senza che sia necessaria una valutazione in concreto del danno effettivamente cagionato all'erario pubblico; è del resto proprio nel carattere dell'irrelevanza del danno (pur se presente) che si riconosce la cifra distintiva di tali fattispecie²⁹.

Si segnalano, a titolo esemplificativo, due fra le ipotesi più significative.

L'art. 53, comma 7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165³⁰ contiene la regola secondo la quale “*i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza*”. Si aggiunge che “*in caso di inosservanza del divieto (...) il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente (...)*”. Per quanto di maggiore interesse in questa sede, si segnala come la norma prosegue al comma successivo affermando che “*l'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di*

²⁷ F.M. LONGAVITA, *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare, il danno erariale*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici*, 5/2018; nello stesso senso anche la giurisprudenza (cfr. C. conti, sez. riun. in s.g., 31 luglio 2019, n. 26).

²⁸ C. PAGLIARIN, *I riti speciali: problematiche interpretative*, in *Riv. C. conti*, 1/2018, *Pubblicazione atti del convegno “Il nuovo processo contabile”*, Venezia, gennaio 2017.

²⁹ In questo senso v. P. EVANGELISTA, *Le frontiere della responsabilità amministrativa fra atipicità, fattispecie normate e ipotesi sanzionatorie*, in *Diritto e Conti*, 20 settembre 2019.

³⁰ Trattasi, invero, di fattispecie assai discussa nella giurisprudenza contabile (v. per es. la recente pronuncia Corte dei conti, sez. riun. in s.g., 31 luglio 2019, n. 26).

responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti”.

Con specifico riferimento ad una di quelle fattispecie in cui il Legislatore si è occupato di individuare *a priori* l'ammontare del danno, si cita l'art. 248 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, concernente le verifiche annuali svolte dalle Sezioni Regionali della Corte dei conti sul corretto funzionamento dei meccanismi di controlli contabili interni degli enti locali. In caso di rilevata inadeguatezza (o, addirittura, di assenza) delle metodologie e degli strumenti impiegati, *“le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti irrogano agli amministratori responsabili la condanna ad una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino ad un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda dovuta al momento di commissione della violazione”* (comma 4)³¹.

La questione si è poi resa ancora più complessa a seguito dell'entrata in vigore nell'ordinamento del Codice di Giustizia Contabile con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174. Quest'ultimo, infatti, oltre a prevedere una netta distinzione fra i *“giudizi aventi per oggetto l'irrogazione di sanzioni pecuniarie e gli altri giudizi nelle materie specificate dalla legge”* (cfr. art. 1, comma 2, c.g.c.), ha introdotto un rito speciale applicabile in tutti quei casi in cui *“la legge prevede che la Corte dei conti”* irroghi *“ai responsabili della violazione di specifiche disposizioni normative, una sanzione pecuniaria, stabilita tra un minimo ed un massimo edittale”* (art. 133 c.g.c.). Ricorrendo tali requisiti, senza previo invio al soggetto nei cui confronti si procede di un invito a dedurre, il p.m. promuove il giudizio con ricorso dinanzi al giudice monocratico presso la Sezione giurisdizionale regionale territorialmente competente, il quale è definito con decreto motivato, sentite le parti presenti, entro sessanta giorni dal deposito del ricorso (art. 134 c.g.c.).

Preme sottolineare come il suddetto rito sia stato evidentemente pensato per soddisfare esigenze di celerità³² nonché in funzione deflattiva del contenzioso. Ciò, tuttavia, a

³¹ Sul carattere “sanzionatorio” di tale ultima disposizione cfr. F. SUCAMELI, *Novità in materia di sanzioni agli amministratori comunali*, in *Diritto e conti*, 8 luglio 2019.

³² C. PAGLIARIN, *Op. cit.*

scapito di alcune garanzie procedurali fondamentali per il convenuto in giudizio (vedasi, per esempio, la totale assenza di un momento di contraddittorio con la procura procedente durante la fase preprocessuale) e lasciando irrisolte alcune fondamentali questioni. In disparte, in questa sede, il contrasto sorto in giurisprudenza circa l'applicazione del procedimento *ex art. 133 c.g.c.* a singole fattispecie di responsabilità³³, non risulta chiara l'applicabilità (o meno) di tutti gli istituti tipici della responsabilità amministrativo-contabile "ordinaria", con particolare riferimento alla necessità dell'accertamento dell'elemento psicologico.

Al riguardo, sono emersi in dottrina e giurisprudenza orientamenti non univoci. Oltre a coloro che ritengono non potersi riconoscere, da questo punto di vista, alcuna peculiarità rispetto alle regole generali³⁴, si segnala un orientamento che ritiene sufficiente la colpa lieve o ancora che la colpa grave sia *in re ipsa*, atteso che è stato lo stesso Legislatore ad aver considerato, a monte, la gravità della condotta³⁵. Secondo altro orientamento, infine, per la responsabilità sanzionatoria può ammettersi, a livello probatorio, la presunzione della colpa, con onere del convenuto di provare l'assenza della gravità della colpa o l'esistenza di esimenti³⁶.

Come significativamente sottolineato dalla più recente dottrina³⁷, il Codice, dettando la disciplina di un rito dedicato alle fattispecie sanzionatorie, ha dunque completato un quadro già composito e articolato e ha disgregato definitivamente l'unità, anche sotto il profilo processuale, della responsabilità amministrativa, come in passato ricostruita in via interpretativa e sistematica dalla dottrina.

Secondo la suddetta tesi, la norma di cui all'art. 133 c.g.c. fornisce argomenti per ritenere non più sostenibile la configurazione della generale responsabilità amministrativa

³³ Per quanto riguarda le ipotesi di cui agli artt. 53, d.lgs. 165/2001 e 248, d.lgs. 267/2000, citate sopra, v. rispettivamente sez. riun. in s.g., 31 luglio 2019, n. 26 e Corte conti, sez. giur. Abruzzo, 12 novembre 2019, n. 27. Cfr. P. EVANGELISTA, *Op. cit.*

³⁴ In questo senso E. CASSETTA, *Op. cit.*, p. 625; A. CAROSI, *Op. cit.*, p. 823.

³⁵ N. RUGGIERO, *Op. cit.*, p. 398.

³⁶ P. EVANGELISTA, *Op. cit.*

³⁷ C. PAGLIARIN, *Op. cit.*

come una responsabilità di natura sanzionatoria³⁸. Proprio perché diversa per processo, ma anche per struttura, rispetto alla responsabilità sanzionatoria pecuniaria, la responsabilità amministrativa (che significativamente il Codice stesso appella “*responsabilità amministrativa per danno all'erario*”), sarebbe tornata a connotarsi per i suoi caratteri principalmente restitutori. In tal modo, il Codice ha inciso sulla questione qualificatoria della responsabilità, a lungo dibattuta³⁹.

Svariati interpreti, dunque, preso atto della ormai definitiva trasformazione avvenuta con il d.lgs. 174/2016, sono soliti ormai distinguere fra responsabilità erariale risarcitoria “ordinaria” e responsabilità sanzionatoria, in ragione dei caratteri peculiari di ciascuna delle due figure, nonché della loro rispettiva funzione, essenzialmente recuperatoria della perdita patrimoniale, in un caso, e sostanzialmente di deterrenza, tesa a prevenire la condotta vietata, nell'altro⁴⁰.

4. L'ordinanza delle sez. un. della Corte di cassazione 4 ottobre 2019, n. 24859

È in tale complesso e articolato contesto che si colloca la recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 4 ottobre 2019, n. 24859.

Nel riconoscere come “*l'azione di responsabilità per danno erariale e quella con la quale le amministrazioni interessate possono promuovere le ordinarie azioni civilistiche di responsabilità*” siano “*reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali*”, la pronuncia afferma significativamente come, mentre il giudizio in sede civile è volto “*al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola amministrazione attrice*”,

³⁸ Sull'argomento si veda quanto recentemente osservato da P. GRASSO, *Analisi delle attività svolte dalle procure regionali*, in *Quaderni della Riv. C. conti*, 1/2020, p. 49, che ha sottolineato “*la natura (...) risarcitoria e non sanzionatoria della responsabilità erariale*”.

³⁹ C. PAGLIARIN, *Op. cit.*

⁴⁰ F.M. LONGAVITA, *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare, il danno erariale*, cit.

quello che si svolge dinanzi alla Corte dei conti tende “*alla tutela dell’interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse pubbliche con funzione prevalentemente sanzionatoria*”. L’unica interferenza che può eventualmente determinarsi tra le suddette azioni “*pone esclusivamente un problema di proponibilità dell’azione di responsabilità (nonché di eventuale osservanza del principio del ne bis in idem), senza dar luogo a questione di giurisdizione*”; si citano a tale ultimo proposito alcuni precedenti della Corte medesima⁴¹.

È, all’evidenza, l’inciso circa la natura prevalentemente sanzionatoria della responsabilità amministrativo-contabile a destare perplessità.

Tale affermazione si pone innanzitutto in aperto contrasto con i recenti sviluppi legislativi. Come visto, infatti, valorizzando adeguatamente gli indissolubili legami tra disciplina sostanziale e processuale, si rileva come la responsabilità amministrativo-contabile risulti ormai scissa nelle sub-categorie di responsabilità (per così dire) generale e di responsabilità speciale, la quale include tutte quelle ipotesi di carattere sanzionatorio puntualmente previste dal Legislatore. Sembra dunque difficilmente sostenibile, alla luce della frattura ormai consumatasi a livello normativo, una riunione sotto una sola categoria di natura prevalentemente pubblicistica della responsabilità in parola.

Prescindendo dalle problematiche di carattere classificatorio, ciò che merita di essere considerato con grande attenzione sono i risvolti di carattere pratico che comporta l’affermazione contenuta nella citata ordinanza.

In primo luogo, riconoscendo alla responsabilità amministrativo-contabile unitaria natura sanzionatoria, non pare potersi ammettere la presenza di regole differenziate in ordine all’accertamento degli elementi costitutivi (con particolare riferimento al danno, al nesso di causalità e all’elemento soggettivo) delle diverse fattispecie in cui essa si articola. Tra la figura generale di responsabilità e le varie ipotesi puntualmente

⁴¹ In particolare, Cass., sez. un., 21 ottobre 2005, n. 20343; Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6581; Cass., sez. un., 4 gennaio 2012, n. 11; Cass., sez. un., 28 novembre 2013, n. 26582; Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 26659.

previste dal Legislatore, non sussisterebbe infatti alcuna differenza di carattere ontologico.

Se dunque non si giustifica alcuna peculiarità di sorta per le fattispecie sanzionatorie tipiche dianzi analizzate, bisognerebbe allora desumere che, alternativamente: (i) per le stesse occorrerebbe sempre dimostrare tutti gli elementi costitutivi all'atto della promozione dell'azione contabile, in tal modo, però frustrando le esigenze di riduzione del contenzioso e di speditezza processuale che il Legislatore ha inteso tutelare con l'introduzione dell'art. 133, c.g.c.; ovvero (ii) estendere *in malam partem* le regole di minor tutela attualmente previste specificatamente per le fattispecie di responsabilità sanzionatoria. Tale seconda ipotesi, seppure in termini generali del tutto logica alla luce dell'interpretazione sistematica da ultimo fornita, pare, invero, difficilmente sostenibile all'atto pratico in quanto, almeno per le fattispecie di responsabilità non tipizzate occorrerebbe determinare il *quantum* del danno; ciò, a differenza delle ipotesi sanzionatorie, per cui l'ammontare della condanna è predeterminata dal Legislatore.

Da un punto di vista più strettamente processuale, in secondo luogo, risulta difficilmente sostenibile la razionalità di due riti separati per l'accertamento di una responsabilità, quella appunto amministrativo-contabile, unitaria sul piano sostanziale.

Un ultimo aspetto attiene alla coerenza della medesima argomentazione articolata dalla Corte di cassazione. Quest'ultima afferma, infatti, che nessun problema dal punto di vista della giurisdizione si pone, in ragione dei differenti scopi perseguiti dal giudizio in sede civile e quello in sede contabile. Argomentando *a contrario*, sembrerebbe allora potersi concludere che, qualora alla responsabilità amministrativo-contabile fosse effettivamente riconosciuto carattere risarcitorio (ciò più in linea con le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza), si solleverebbero problematiche sotto il profilo della giurisdizione (e, dunque, non solo di procedibilità) che dovrebbero essere opportunamente rilevate dal giudice.

Tutti i suddetti aspetti sono lasciati in sospeso da ciò che appare una considerazione formulata frettolosamente dalla Corte e che mal si concilia con il quadro normativo di riferimento e con l'interpretazione che ne è stata fatta, in chiave di applicazione pratica degli istituti rilevanti, da parte di interpreti e operatori.

Ciò che pare trascurata, in buona sostanza, è una considerazione delle conseguenze della pronuncia in parola sul piano pratico-applicativo.

5. Considerazioni conclusive

Ciò che può senz'altro rilevarsi, in definitiva, è l'elevato grado di complessità della disciplina della responsabilità amministrativo-contabile, già frammentata in un articolato sistema di fonti, anche molto risalenti nel tempo, a fatica ricondotta a sistema grazie all'opera instancabile della giurisprudenza e della dottrina.

Ad avviso dello scrivente il Codice, sebbene abbia avuto senz'altro il merito di riunire in un unico *corpus* normativo le regole di rito, prima disperse in un gran numero di testi di legge, ha reso al contempo più complessa la ricostruzione, a livello sostanziale, di tale tipo di responsabilità posto che, come sottolineato, la ricostruzione dei suoi elementi strutturali non può non tenere conto anche della disciplina che ad essa è dedicata a livello processuale.

Pare dunque imprescindibile un prossimo intervento del Legislatore che riordini le numerose fonti di disciplina di tale forma di responsabilità e che ne delinei con maggiore chiarezza i caratteri fondamentali. In tal modo, potrà efficacemente porsi rimedio ai numerosi aspetti problematici evidenziati nel testo che precede, tuttora rimasti in sospenso. Particolarmente urgente è un intervento chiarificatore circa l'applicabilità degli istituti tipici della responsabilità amministrativo-contabile "ordinaria" anche alle fattispecie sanzionatorie, date le conseguenze circa la tutela del soggetto convenuto nel corso del processo contabile e, in termini più generali, sull'azione amministrativa posta in essere dai funzionari pubblici, che può essere fortemente condizionata, come la prassi dimostra, dalle assai diverse interpretazioni che del quadro normativo di riferimento possono essere fornite.

Pur in assenza di un esplicito intervento a livello legislativo, pare in ogni caso opportuno, in chiave di applicazione pratica degli istituti in discorso, quantomeno un confronto proficuo fra le Corti delle rispettive giurisdizioni, in termini di armonizzazione, sotto l'egida della Suprema Corte. Così facendo, potrà garantirsi un'applicazione uniforme e coerente

della normativa rilevante in materia di responsabilità amministrativo-contabile e potranno evitarsi contrasti interpretativi su aspetti particolarmente sensibili, quale quello sopra evidenziato.

LUCI E OMBRE DEL SISTEMA SANZIONATORIO CONTABILE A UN QUINDICENNIO DALL'INAUGURAZIONE*

EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sistema sanzionatorio contabile. – 3. Il coordinamento tra attività di controllo e giurisdizione contabile. – 4. I tratti distintivi del giudizio per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie. – 5. La cumulabilità tra responsabilità sanzionatoria e altre forme di responsabilità. – 6. Conclusioni.

Abstract: The paper examines how the Italian accounting sanctioning system protects the equilibrium of local government's budget. The analysis of the aforementioned system is carried out along three dimensions: the role of the general principle of equilibrium in national or local budget system, the analysis of the sanctioning liability set for its protection and how this means is influenced by the *ne bis in idem* principle contained in the European Convention on Human Rights. The relationship between the sanctioning function and the judicial function, often analyzed in the field of criminal law, is declined in the context of public accounting judgments, where it produces its effects in accordance with national and supranational principles. However, the sanctions imposed by the judicial activity of the *Corte dei conti* (Court of Auditors) are not ancillary to other forms of liability, constituting a *unicum* in our regulatory system. The phenomenon of exercising certain administrative functions affecting public finances with the formality of contentious jurisdiction extends its sphere of action, causing numerous consequences both from a substantial and procedural point of view.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

L'esigenza di mantenere finanze pubbliche sane e sostenibili nonché di evitare eccessivi disavanzi, manifestata, in sede europea, attraverso l'adesione di alcuni tra gli Stati membri al trattato sul c.d. *fiscal compact* e, in sede nazionale, mediante la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio¹, ha provocato un irrobustimento progressivo delle misure di *enforcement* poste a tutela dei conti dell'erario. Considerate le tre declinazioni² che il principio riserva all'interprete, in un'ottica non solo statale e territoriale, ma includente l'intera pubblica amministrazione, era sin dal principio evidente che il sindacato di sostenibilità sulle politiche finanziarie effettuate dai diversi livelli istituzionali di cui si compone la Repubblica dovesse essere effettuato da un organo dotato di una struttura funzionale a impianto federale³ e legittimato da una tradizione storica plurisecolare nell'esercizio delle funzioni di *audit*⁴.

Nell'ambito di queste forme di controllo, l'equilibrio di bilancio ricopre il ruolo di parametro, assumendo significati

¹ L'introduzione del principio all'interno della Costituzione repubblicana è avvenuta a opera della legge di revisione costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, che ha sostituito integralmente l'art. 81, novellando gli artt. 97, 117 e 119 della Carta. Come previsto dal legislatore costituente del 2012, al principio è stata data attuazione attraverso una legge "rinforzata", giacché modificabile solo a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. Trattasi della legge 24 dicembre 2012, n. 243.

² Il principio dell'equilibrio di bilancio statale è contenuto nell'art. 81, comma 1, Cost. Il principio dell'equilibrio di bilancio degli enti territoriali è contenuto nell'art. 119, comma 1, Cost. Il principio dell'equilibrio di bilancio delle pubbliche amministrazioni è contenuto nell'art. 97, comma 1, Cost.

³ L'esercizio delle funzioni di controllo mediante sezioni regionali è opera del "Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti", approvato con deliberazione delle sezioni riunite 16 giugno 2000, n. 14, e, da ultimo, modificato con delibera del Consiglio di presidenza del 19 giugno 2008.

⁴ La Camera dei conti di Torino, antecessore della Regia Corte dei conti del Regno di Sardegna, poi d'Italia, nonché dell'attuale magistrato erariale, fu istituita nel 1560, sotto il ducato di Emanuele Filiberto di Savoia. Costui trasferì la capitale dello Stato nel capoluogo piemontese e dette vita a una serie di riforme tese a riconoscere alla Camera dei conti vaste attribuzioni in campo finanziario, di natura sia amministrativa sia giudiziaria. Per ulteriori approfondimenti sulla storia dell'istituzione, si vedano le seguenti opere: F.

differenti a seconda del grado di approfondimento territoriale e del contesto storico-politico in cui si trova a operare. L'ottica statale, descritta dall'art. 14 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, ravvede il raggiungimento del parametro nel conseguimento, in tutti i documenti di programmazione finanziaria (bilancio di previsione e rendiconto generale), di un saldo netto da finanziare o da impiegare coerente con l'obiettivo di medio termine⁵, come definito in sede comunitaria. Condizione di coerenza che si ritiene rispettata se, in fase di programmazione, gli obiettivi programmatici sono calibrati in modo tale da consentire il raggiungimento dell'obiettivo di medio termine o, quantomeno, il rispetto del percorso di avvicinamento a tale obiettivo e se, in fase di rendiconto, si verifica il conseguimento dell'obiettivo di medio termine o il rispetto del già menzionato percorso. Diversamente, dagli artt. 9 e 13 della medesima legge si ricava come i bilanci approvati, rispettivamente, dagli enti pubblici territoriali e non territoriali si considerino in equilibrio quando, sia nella fase di previsione che

CAPRÉ, *Traité historique de la Chambre des comptes de Savoie*, Lione, 1662, pp. 72 ss.; F. SCLOPIS, *Storia della antica legislazione del Piemonte*, Torino, 1833, pp. 254 ss.

⁵ Ai sensi dell'art. 2-bis del regolamento CE 7 luglio 1997 n. 1466, ciascuno Stato membro ha uno specifico obiettivo a medio termine (OMT), calcolato sulla base della propria posizione di bilancio, che può divergere dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo. Detto saldo viene detto "strutturale", in quanto è calcolato in termini corretti per il ciclo e al netto delle misure temporanee e *una tantum*. Per gli Stati membri con un rapporto debito/PIL superiore al 60% il disavanzo strutturale non può eccedere lo 0,5% del PIL; tale soglia sale all'1% per le nazioni con un debito inferiore al 60% del PIL. Per quegli Stati che non rispettano l'OMT, è previsto un percorso di avvicinamento, che consiste in un incremento annuo del saldo strutturale pari a 0,5% punti di PIL, fino al raggiungimento dell'obiettivo. Deviazioni temporanee dal percorso possono essere accettate, in presenza di eventi eccezionali o nel caso in cui un paese abbia effettuato riforme strutturali rilevanti, purtuttavia mantenendo il deficit entro la soglia del 3% del PIL. L'OMT dell'Italia è il pareggio di bilancio, calcolato in termini strutturali, e l'equilibrio si intende conseguito al rispetto del percorso di avvicinamento.

di rendiconto, conseguano un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali⁶.

Se il mancato raggiungimento della condizione di equilibrio nel bilancio dello Stato provoca reazioni indirizzate all'entità statale e di esclusiva provenienza europea⁷, l'inosservanza del parametro perpetrata da un ente territoriale comporta conseguenze dirette⁸ nei riguardi non solo della persona giuridica pubblica⁹, bensì anche del singolo amministratore che, mediante la sua condotta antigiuridica, abbia messo a rischio, impedito o artificiosamente realizzato la predetta condizione. Tuttavia, se la perseguibilità di queste ultime due condotte è concatenata alla discussa possibilità di configurare due distinte ipotesi di responsabilità amministrativa¹⁰, la semplice compromissione dell'equilibrio di bilancio è tuttora punita da numerose sanzioni,

⁶ Quali voci, rispettivamente, di entrata e di spesa rientrano in queste categorie lo si legge al comma 1-*bis* del medesimo art. 9 della legge 24 dicembre 2012, n. 243.

⁷ Si veda l'art. 8 del c.d. *Fiscal compact*, ove è prevista la comminazione di sanzioni allo Stato membro inadempiente a opera della Corte di giustizia.

⁸ Le criticità di una simile disparità di trattamento derivano da semplici analisi di carattere economico, dalle quali si desume come il mancato rispetto del parametro da parte di questi enti provochi delle conseguenze decisamente più lievi rispetto a quelle che conseguono a una gestione dissoluta delle finanze statali. L'obiezione è stata sollevata da A. POLICE, in *Le responsabilità per danno agli equilibri di finanza pubblica*, intervento al "Convegno nazionale di contabilità pubblica" sul tema *la dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica* (Pisa 6-7 dicembre 2018).

⁹ Con riferimento agli enti locali, l'art. 148-*bis* del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, permette, in caso di mancata copertura del saldo di gestione, la preclusione, a opera delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, dell'attuazione dei programmi di spesa finanziariamente insostenibili o scoperti. Fautrice di un'interpretazione estensiva del c.d. blocco della spesa, il Giudice erariale ne ha rivendicato l'applicabilità a ogni programma di spesa finanziato dall'ente in base alla sua discrezionalità (cfr. C. conti, sez. riun., 27 febbraio 2019, n. 5, in *corteconti.it*). Quanto agli enti regionali, alla magistratura contabile è consentito sollevare una questione di legittimità costituzionale nell'ambito del controllo di legittimità-regolarità sul bilancio di previsione. Sul punto, si veda C. cost., 20 febbraio 2019, n. 18, in *Foro it.*, 1/2020, pp. 75 ss.

¹⁰ L'abrogazione del sistema di *enforcement* (c.d. di premi e sanzioni) posto a tutela dell'equilibrio di bilancio a opera della legge 30 dicembre 2018, n. 145, ha condotto alcune dottrine isolate a ritenere perseguibile il mancato raggiungimento del parametro o il suo artificioso conseguimento, tramite condotte elusive, attraverso il veicolo della responsabilità amministrativa.

che differiscono per intensità e numero di destinatari a seconda della gravità dell'offesa al bene giuridico tutelato. Queste sanzioni compongono il sistema sanzionatorio contabile.

2. Il sistema sanzionatorio contabile

L'ordinamento giuridico italiano si caratterizza per la convivenza tra una potestà sanzionatoria dell'autorità amministrativa, maggiormente diffusa e in grado di assumere una portata definitiva, e una potestà sanzionatoria dell'autorità giudiziale¹¹. Trattasi di una convivenza affatto recente, soprattutto in materia penale, dove la legge prevede ipotesi di connessione tra infrazione amministrativa e infrazione penale, in relazione alle quali la sanzione amministrativa viene applicata in sede processuale con sentenza del giudice penale¹². Appartiene, invece, a tempi recenti la straordinaria frequenza con cui il legislatore ricorre allo strumento sanzionatorio irrogato in sede processuale, "concedendo" la potestà sanzionatoria non più soltanto ai giudici penali, ma anche a giudici civili¹³, amministrativi¹⁴ e, *dulcis in fundo*, contabili.

¹¹ Cfr. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, pp. 18-19.

¹² Emblematico è l'esempio offerto all'interprete dall'art. 24, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, che rappresenta la regola generale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, in base al quale: "*Qualora l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa*".

¹³ In sede civile, sanzioni amministrative pecuniarie sono state introdotte dai decreti legislativi 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8, che, in attuazione della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, ne hanno previsto l'irrogazione attraverso un'apposita procedura innestata nell'ambito di un ordinario processo di risarcimento del danno, in luogo di alcuni reati di cui è stata prevista l'abrogazione (ingiuria, falsità in scrittura privata, ecc.).

¹⁴ Nell'ambito del processo amministrativo, al collegio è attribuita, dall'art. 123 c.p.a. ("*Sanzioni alternative*"), una potestà sanzionatoria esercitabile nelle ipotesi di illegittima aggiudicazione, qualora il contratto non venga dichiarato inefficace o l'inefficacia abbia natura temporanea, e di inosservanza del termine di *standstill* o di sospensione della stipulazione, qualora la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi

Tuttavia, se la prima, risalente, ipotesi di responsabilità sanzionatoria attribuita alla Corte dei conti¹⁵ era, in linea con quanto deferito alle eterogenee magistrature sopraelencate¹⁶, caratterizzata dall'accessorietà nei riguardi di un giudizio di contabilità pubblica, quale è quello per la resa del conto, le nuove fattispecie sanzionatorie, introdotte a partire dalla legge finanziaria per il 2003, difettano di un simile collegamento. L'anomalia conferma la scelta del legislatore di attribuire alla Corte dei conti l'esercizio di una funzione amministrativa¹⁷, nel caso di specie sanzionatoria, da esercitarsi, vista l'estrema necessità di mantenere in equilibrio i bilanci degli enti territoriali in un contesto finanziario sfavorevole, attraverso la formalità della giurisdizione contenziosa. Una scelta affatto isolata, se si considera che la stessa formalità già riveste l'esercizio di alcune delle funzioni di controllo della magistratura erariale¹⁸, e

di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle sue possibilità di ottenere l'affidamento.

¹⁵ Trattasi della responsabilità sanzionatoria pecuniaria scaturente dal combinato disposto degli articoli 45, comma 2, lett. c), e 46, comma 1, del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, dovuta alla ritardata od omessa presentazione del conto giudiziale da parte dell'agente contabile. La fattispecie è ora disciplinata all'art. 141, comma 6, c.g.c.

¹⁶ Con riferimento alla materia penale, si veda l'art. 24, comma 6, della legge 24 novembre 1981, n. 689, che prevede la cessazione della competenza del giudice penale in ordine alla violazione non costituente reato, ritornando, in una simile eventualità, competente l'autorità amministrativa preposta. Allo stesso modo, la potestà sanzionatoria può essere esercitata dal giudice civile solo in quelle ipotesi in cui concorra con un'ipotesi di responsabilità civile, così come il giudice amministrativo ne fa uso quale conseguenza obbligata dell'esercizio del potere demolitorio attribuitogli: l'annullamento dell'aggiudicazione.

¹⁷ Cfr. A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F.G. SCOCA - A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2014, p. 35. La pensa diversamente G. COLOMBINI, *Il «nuovo» sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in *Riv. C. conti*, 3-4/2015, pp. 592 ss. L'autrice sostiene che tutte le funzioni della Corte dei conti, sia quelle attribuite per dettato costituzionale che quelle attribuite per legge ordinaria, si siano poste al di fuori dell'attività amministrativa e abbiano assunto i caratteri di un "giudizio obiettivo ed imparziale dotato di alcuni connotati tipici dell'attività giurisdizionale, anche nell'espletamento del controllo".

¹⁸ Sono esercitate con la formalità della giurisdizione contenziosa sia la funzione di controllo che investe i conti degli agenti contabili, effettuata

giustificata dalla volontà di sfruttare a pieno le potenzialità, soprattutto in termini di terzietà e di intangibilità della decisione, che un organo dalla natura magistraturale può offrire¹⁹.

La classificazione delle sanzioni erariali aventi natura pecuniaria²⁰ va effettuata valorizzando l'opera congiunta delle sezioni di controllo e delle sezioni giurisdizionali. Di tal guisa, è possibile individuare sanzioni (cc.dd. autarchiche) che si caratterizzano per l'essere imputate, a opera delle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti, a prescindere da una eventuale iniziativa di segnalazione da parte delle rispettive sezioni di controllo²¹ e sanzioni (cc.dd. dipendenti) che vengono irrogate a seguito di segnalazione dell'illecito erariale da parte di queste ultime²². Con riferimento alle seconde, il legislatore ha

attraverso il giudizio sul conto, sia la funzione di controllo che si spiega sul rendiconto statale o degli enti regionali, espletata in un giudizio detto "di parificazione".

¹⁹ Le motivazioni che giustificano il ricorso alla giurisdizione contenziosa per il controllo dei conti degli agenti contabili sono indicate in A. BUSCEMA, intervento al già citato "*Convegno nazionale di contabilità pubblica*", p. 35. Le motivazioni che giustificano il ricorso alla giurisdizione contenziosa per il controllo sui rendiconti sono indicate in P. SANTORO, *Le due anime del giudizio di parificazione*, in *contabilità-pubblica.it*, p. 6.

²⁰ Sull'irrogabilità di sanzioni aventi natura non pecuniaria a opera della Corte dei conti si veda A. CANALE - F.M. LONGAVITA, *La responsabilità sanzionatoria pecuniaria*, in A. CANALE - D. CENTRONE - F. FRENI - M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti: responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2019, p. 433.

²¹ Appartengono a questa categoria le sanzioni inerenti alle seguenti fattispecie: illecito indebitamento dell'ente locale (art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289); dissesto dell'ente locale (art. 248, comma 5, ultimo alinea, e comma 6, ultimo alinea, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267); superamento dei limiti al trattamento economico dei dipendenti pubblici (art. 3, comma 44, della legge 24 dicembre 2007, n. 244); stipula illegittima di contratto di assicurazione per responsabilità erariale a favore dei dipendenti pubblici (art. 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244).

²² Appartengono a questa categoria le sanzioni inerenti alle seguenti fattispecie: inadeguatezza del sistema dei controlli interni all'ente locale (art. 148, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267); mancata adozione del piano di razionalizzazione delle partecipazioni societarie (art. 20, comma 7, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175); elusione dell'equilibrio di bilancio (art. 1, comma 481, della legge 11 dicembre 2016, n. 232). Le sanzioni pecuniarie dirette a contrastare quest'ultima ipotesi di illecito erariale sono state recentemente abrogate (v. nota 10).

introdotto nell'ordinamento contabile una nuova forma di coordinamento tra le attività di controllo e di giurisdizione.

3. Il coordinamento tra attività di controllo e giurisdizione contabile

L'esistenza di un nesso logico-giuridico tra le due funzioni svolte dalle sezioni regionali della Corte dei conti sembrerebbe spostare l'antica funzione collaborativa delle attività di controllo su un piano cogente-comminatorio nonché "servente" rispetto al successivo rito per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie²³, instaurabile a seguito di un'attività di sorveglianza dall'esito infausto. Che questa forma di controllo abbia sviluppato una natura repressiva o comminatoria va escluso, considerato che la comminazione della sanzione non avviene all'esito dell'attività di verifica, che si conclude con l'adozione di una delibera dal valore di referto, destinata alla stessa amministrazione controllata e contenente un invito a effettuare interventi di autocorrezione. Allo stesso modo va esclusa la natura "servente" del procedimento di controllo, giacché la segnalazione dell'illecito alla procura contabile consiste in un onere a sé stante, dovendo essere effettuata ogni qual volta le sezioni di controllo, nello svolgimento delle loro attività, vengano a conoscenza di fatti da cui possa derivare responsabilità erariale, ai sensi dell'art. 52, comma 4, c.g.c.²⁴ Pertanto, il controllo non ha sviluppato una natura repressiva o comminatoria e mantiene inalterato il suo carattere collaborativo.

Non perde di attualità la risalente critica che vedeva nelle diverse attività svolte dai due rami della magistratura contabile un effetto "duplicatorio" dell'*iter* procedimentale, rilevando come a un procedimento instaurato presso la sezione di controllo

²³ Per un'analisi critica sul ruolo "servente" dell'operato delle sezioni di controllo rispetto alla funzione giurisdizionale, si veda A. GRIPPAUDO, *I controlli della Corte e la responsabilità*, in A. GRIPPAUDO - R. PATUMI (a cura di), *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 691.

²⁴ Per un approfondimento sull'obbligo di denuncia in materia giuscontabile, si veda V. TENORE, *Profili ricostruttivi dell'obbligo di denuncia alla Corte dei conti di fatti e comportamenti dannosi per l'Erario*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 1236 ss.

segua una comunicazione alla procura regionale e l'apertura di un secondo procedimento (giudiziario) presso la sezione giurisdizionale. Parte della dottrina²⁵ aveva ritenuto maggiormente conforme a ragioni di speditezza l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie in questione da parte delle stesse sezioni di controllo, titolari anch'esse, in alcuni rarissimi casi, di potestà sanzionatorie²⁶. La tesi venne tempestivamente sconfessata dalla Corte costituzionale²⁷, che affermò come la natura giurisdizionale non spettasse ai procedimenti di controllo effettuati dalle sezioni regionali della Corte dei conti, se non limitatamente all'ipotesi del giudizio di parificazione, e, più di recente, dal legislatore, che, istituendo un rito speciale per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, da svolgersi innanzi alle sezioni giurisdizionali regionali della magistratura contabile, ha definitivamente precluso ogni possibile soluzione al problema (tuttora esistente) che fosse orientata nel senso sopra esposto.

4. I tratti distintivi del giudizio per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie

Le sanzioni pecuniarie sinora descritte sono irrogate attraverso un giudizio speciale, disciplinato in un Capo *ad hoc* del Codice di giustizia contabile, composto dagli artt. 133-136²⁸. Trattasi di un giudizio che, nonostante la collocazione codicistica, è strutturalmente e funzionalmente difforme dal giudizio di responsabilità amministrativa. L'esigenza di coniugare, quantomeno in ipotesi, i caratteri della snellezza e della celerità con l'elevato grado di tecnicità che caratterizza i giudizi di contabilità pubblica ha spinto il legislatore a scindere il giudizio in due fasi: quella disciplinata dagli artt. 133 e 134 c.g.c., dal carattere sommario, che si svolge dinanzi a un giudice

²⁵ Cfr. G. MARTINI, *Il potere sanzionatorio della Corte dei conti per fatti di cattiva amministrazione*, in M. ANDREIS - R.M. PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, p. 125.

²⁶ Un esempio ne è la sanzione comminata dall'art. 13, comma 7, della legge 6 luglio 2012, n. 96, per l'omesso deposito dei consuntivi delle spese elettorali da parte di partiti, movimenti politici e liste.

²⁷ Cfr. C. cost., 9 febbraio 2011, n. 37, in *Riv. C. conti*, 3/2011, pp. 338 ss.

²⁸ Un'approfondita analisi del giudizio in questione è contenuta in A. CANALE - F.M. LONGAVITA, *Op. cit.*, pp. 427 ss.

monocratico previamente designato dal presidente della sezione giurisdizionale regionale territorialmente competente; quella disciplinata dagli artt. 135 e 136 c.g.c., in opposizione, ove i caratteri di speditezza e semplificazione vanno bilanciati con l'esigenza di una cognizione piena, soprattutto se nel precedente grado di giudizio sono state sollevate problematiche la cui soluzione non può prescindere da un'analisi approfondita della materia controversa.

Nonostante l'opinione contraria del legislatore²⁹, in dottrina³⁰ e in giurisprudenza³¹ prevale la qualificazione del giudizio per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie come giudizio (in materia) di contabilità pubblica. Una simile scelta permette di giustificare sia la giurisdizione erariale, attraverso l'art. 103, comma 2, della Costituzione, sia l'applicazione di quegli aspetti strutturali e funzionali indicati all'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20³². Tuttavia, a un orientamento³³, maggioritario, che ravvede nella responsabilità sanzionatoria una *species* del più ampio *genus* di responsabilità amministrativa se ne contrappone un secondo³⁴, minoritario, che

²⁹ Dalla lettura dell'art. 1 c.g.c. si evince la collocazione sistematica del rito speciale sanzionatorio tra *gli altri giudizi nelle materie specificate dalla legge*.

³⁰ Cfr. N. RUGGIERO, *Le fattispecie tipizzate e la responsabilità sanzionatoria*, in C. MIRABELLI - E.F. SCHLITZER (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018, p. 396.

³¹ Cfr. C. conti, sez. riun., 25 giugno 2018, n. 255, in *corteconti.it*.

³² Aspetti comuni a tutte le forme di responsabilità imputate nei giudizi di contabilità pubblica sono la personalità, declinata nell'intrasmissibilità dell'obbligazione risarcitoria agli eredi che non abbiano conseguito indebito arricchimento, e l'elemento psicologico del dolo o colpa grave.

³³ Cfr., *ex multis*, C. conti, sez. giur. Lazio, 17 aprile 2019, n. 172, in *corteconti.it*. Ivi si sostiene, attraverso un parallelismo con la responsabilità penale, che nell'ambito del *genus* responsabilità amministrativo-contabile sarebbero configurabili una responsabilità di tipo risarcitorio, ove, come nei reati di danno, la punibilità è condizionata al verificarsi del danno ingiusto, e una responsabilità di tipo sanzionatorio, ove, come nei reati di pericolo, la soglia di perseguibilità sarebbe anticipata al mero pericolo.

³⁴ Sul punto, la dottrina si è pronunciata in modo non univoco. Si veda S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, 2017, p. 163. L'autore ritiene che le fattispecie sanzionatorie debbano essere tenute distinte da quelle ordinarie di responsabilità amministrativa e che alle stesse vadano applicati i canoni probatori previsti dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, fra cui l'imputabilità per colpa lieve.

non condivide la menzionata concezione “unitaria” e che riconosce nel giudizio disciplinato dagli artt. 133 e ss. c.g.c. la formalità della giurisdizione contenziosa attraverso cui la magistratura contabile esercita la gran parte delle funzioni amministrative sanzionatorie di sua competenza.

Tratto distintivo della responsabilità sanzionatoria pecuniaria è l'assenza del danno erariale e del relativo nesso causale che lo lega alla condotta antigiuridica³⁵, con la conseguente commisurazione della somma liquidata a titolo di responsabilità non al pregiudizio subito dall'amministrazione, bensì a valori astratti predeterminati dal legislatore in misura fissa o variabile, ossia oscillante tra un minimo e un massimo, nell'arco di una “forchetta edittale”. Pertanto, l'opera di sussunzione affidata all'interprete si sostanzia in un giudizio di sovrapposibilità tra la condotta realizzata dall'agente pubblico e quella descritta nella fattispecie che astrattamente ne contempla l'antigiuridicità, contestualmente verificando la presenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave.

Sotto l'aspetto funzionale, dottrina e giurisprudenza si interrogano sull'utilizzabilità nel giudizio speciale sanzionatorio di quegli strumenti, previsti dall'art. 1, comma 1-*bis*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, che caratterizzano l'opera di liquidazione del danno erariale, ossia il c.d. potere riduttivo dell'addebito e la

Della medesima opinione è C. conti, sez. giur. Sicilia, 7 novembre 2006, n. 3198, in *amcorteconti.it*. Si veda, inoltre, P. SANTORO, *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, in *Foro amm. CdS*, 2007, pp. 3568 ss. L'autore esclude l'applicabilità dello statuto della responsabilità amministrativa alle fattispecie sanzionatorie, in quanto maturato in un contesto che non poteva razionalmente tener conto delle fattispecie sanzionatorie sopravvenute e diretto a disciplinare solo un tipo di responsabilità da cui consegue il diritto al risarcimento del danno.

³⁵ Cfr. C. conti, sez. riun., 27 dicembre 2007, n. 12, in *Riv. C. conti*, 6/2007, pp. 88 ss. Riportando quanto autorevolmente affermato dal supremo consesso della magistratura contabile, la responsabilità sanzionatoria “può sussistere pur allorquando non si sia verificato alcun danno patrimoniale rilevante per le finanze dell'ente di appartenenza dell'amministratore o del dipendente pubblico che abbia violato il precetto previsto dalla legge, e a cui la legge stessa riconnette l'applicazione di una sanzione”, in quanto, ai fini della sussistenza della stessa, è sufficiente che il giudice “accerti la mera violazione del precetto previsto dalla legge, oltre, ovviamente, l'elemento psicologico”.

c.d. *compensatio* contabile. Il primo dei due istituti³⁶ consente al Giudice contabile di porre a carico dell'agente pubblico solo una parte dell'importo corrispondente al danno accertato, attraverso l'esercizio di un potere ordinatorio e allo stesso tempo doveroso, giustificato da ragioni di equità morale e sociale, che non di rado nel pubblico impiego impongono un riequilibrio tra l'entità del danno causato e il grado di colpevolezza del convenuto³⁷. Il secondo strumento, invece, obbliga il Giudice contabile a liquidare il danno erariale attraverso una singolare opera di bilanciamento, strutturalmente vicina alla *compensatio lucri cum damno* civilistica, con i vantaggi apportati all'amministrazione di appartenenza o ad altra amministrazione ovvero alla comunità amministrata, sottraendo l'entità di tali vantaggi al valore del danno³⁸. Intervenute sul punto, dottrina³⁹ e giurisprudenza⁴⁰ hanno escluso l'applicabilità al giudizio speciale sanzionatorio di detti istituti, inutilizzabili in mancanza di un danno erariale che è

³⁶ Per ogni approfondimento in merito, si veda R. CAPUNZO, *La potestà riduttiva dell'addebito erariale: una ipotesi di discrezionalità del giudice contabile*, in D. CROCCO (a cura di), *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli, 2014, pp. 303 ss.

³⁷ Cfr. A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012, p. 49. L'autore ravvede nell'istituto l'applicazione di una teoria che milita per l'equa distribuzione della sopportazione del rischio di eventi dannosi tra gli amministratori o funzionari responsabili e la pubblica amministrazione, che dell'attività di costoro si avvale, e che viene catalogata come "principio del giusto addebito". Detto principio, che pretende una congrua motivazione dalla Corte ogni qualvolta la riduzione venga concessa, ne preclude l'esercizio quando, a sorreggere la condotta antigiusdizionale, venga ravvisato l'elemento soggettivo del dolo, che rende sempre prevalente, nel predetto bilanciamento, l'interesse dell'erario a un completo ristoro. Sull'argomento si è pronunciata C. conti, sez. III app., 29 luglio 2019, n. 142, in *corteconti.it*, che ha sostenuto l'incompatibilità del potere riduttivo dell'addebito, "che ha una funzione perequativa del danno rispetto alla responsabilità, con la presenza di una violazione intenzionale e consapevole della norma".

³⁸ Sull'argomento, si veda L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 3347 ss. Cfr. anche G. BOTTINO, voce *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 2017, pp. 756 ss.

³⁹ Cfr. A. CANALE - F. M. LONGAVITA, *Op. cit.*, pp. 425-426.

⁴⁰ Cfr. C. conti, sez. giur. Abruzzo, decr. 29 aprile 2019, n. 1, con nota di F. SUCAMELI, *Novità in materia di sanzioni agli amministratori comunali*, in *Dir. e conti*, 8 luglio 2019.

estraneo alla struttura delle fattispecie sanzionatorie pecuniarie in discussione, limitandone, pertanto, l'impiegabilità a vicende strettamente risarcitorie. L'inapplicabilità della parte più rilevante dello "statuto" della responsabilità amministrativa, inclusi quegli strumenti, quale il potere riduttivo, utilizzabili anche in giudizi di contabilità pubblica di diverso genere⁴¹, origina dubbi sulla riconducibilità di questo rito sanzionatorio ai giudizi di responsabilità. Tuttavia, non è l'unica conseguenza della diversità di natura tra le due tipologie di responsabilità erariale, foriera di rilevanti ricadute sulla possibilità di un loro cumulo nel rispetto del divieto di *bis in idem*.

5. La cumulabilità tra responsabilità sanzionatoria e altre forme di responsabilità

L'assenza dell'elemento oggettivo del danno erariale nella struttura delle fattispecie sanzionatorie non esclude che dalla condotta illecita possa derivare un pregiudizio all'erario, con conseguente imputazione del relativo importo all'agente pubblico a titolo di responsabilità amministrativa⁴². La diversità di natura tra le due forme di responsabilità, l'una sanzionatoria e l'altra restitutoria⁴³, permette di superare ogni eventuale

⁴¹ L'esercitabilità della riduzione dell'addebito nei giudizi di conto è stata riconosciuta da C. conti, sez. riun., 13 marzo 1974, n. 160, in *Foro amm.*, 3/1975, pp. 60 ss. Per un approfondimento sul tema, si veda S. GIRELLA, *Precisazioni storiche e terminologiche sulla responsabilità dell'agente contabile*, in *Riv. C. conti*, 3/1994, pp. 228 ss.

⁴² L'eventualità è presentata dal legislatore stesso, che, all'art. 133 c.g.c., ha previsto l'instaurazione del giudizio speciale diretto all'irrogazione delle sanzioni pecuniarie "*ferma restando la responsabilità di cui all' articolo 1 della legge 14 gennaio 1994 n. 20, e successive modificazioni*". Il medesimo avvertimento è contenuto nel testo della quasi totalità delle disposizioni che disciplinano le fattispecie sanzionatorie pecuniarie sotto esame.

⁴³ La natura risarcitoria (e non sanzionatoria) della responsabilità amministrativa è stata riconosciuta nella sentenza della C. eur. dir. uomo, *Rigolio c. Italia*, 13 maggio 2014, ricorso n. 20148/09, che ne ha decretato la cumulabilità con la responsabilità penale. Ai punti 38 e 39 della sentenza, la Corte di Strasburgo, rispettivamente, ha escluso che l'azione di responsabilità amministrativa possa essere qualificata come "*accusation en matière pénale*" e ha affermato la natura compensatoria della medesima responsabilità, avente a oggetto una "*contestation sur les droits et obligations de caractère civil du requérant*". Alcune riflessioni, anche di diritto comparato, sulla pronuncia si leggono in F. GOISIS, *Giudizio di responsabilità avanti alla Corte dei conti e*

difficoltà di coordinamento con il principio di *ne bis in idem*, relegando a unico aspetto problematico la scelta del rito applicabile. Come noto, il nuovo Codice processuale, all'art. 3, rivendica per la giurisdizione contabile il principio di concentrazione delle tutele, affinché venga rispettato il canone costituzionale della ragionevole durata del processo. Tuttavia, la mancata previsione di una normativa di raccordo e la compresenza degli elementi costitutivi di entrambe le forme di responsabilità comportano l'apertura di due distinti procedimenti: uno risarcitorio, disciplinato dagli artt. 51 e ss. c.g.c., e uno sanzionatorio, disciplinato dagli artt. 133 e ss. c.g.c. Una simile evenienza costituisce un passo indietro sul fronte dell'economia processuale, considerato che, prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice di rito, le sanzioni pecuniarie venivano irrogate dal Giudice erariale con la medesima sentenza che statuiva sulla responsabilità amministrativa del pubblico agente. Inoltre, sussiste il rischio che l'esito del rito sanzionatorio pecuniario (o quantomeno della sua fase monocratica), più spedito nel suo *iter*, influenzi le risultanze dell'istruttoria, in ipotesi ancora non conclusa, del concorrente giudizio di responsabilità o che si ponga in contrasto con le stesse, carpite alla luce di un quadro fattuale più nitido perché scaturito da un procedimento che offre maggiori garanzie di completezza, verificandosi un contrasto tra giudicati. Una soluzione all'*empasse* potrebbe ravvedersi, volendo cogliere i frutti di una trattazione dottrinale dell'argomento⁴⁴, nell'esame congiunto delle concorrenti responsabilità nel corso del medesimo procedimento. Un procedimento che, per ragioni costituzionali di giustificatezza, ragionevolezza e aderenza ai criteri del giusto processo, andrebbe individuato, tra i due possibili modelli alternativi, in quello disciplinato dagli artt. 51 e ss. c.g.c., se non altro per le maggiori garanzie di difesa che offre al convenuto.

Di recente formazione e tuttora abbisognevole di ulteriore elaborazione è la tematica della cumulabilità tra responsabilità erariale sanzionatoria e responsabilità penale, possibile qualora

art. 6 CEDU: una riflessione a fronte del Codice della giustizia contabile, in Riv. C. conti, 1-2/2017, p. 695, e in P.L. REBECCHI, *Osservazioni in tema di giurisprudenza CEDU, "ne bis in idem" e natura della responsabilità amministrativa*, in *contabilita-pubblica.it*.

⁴⁴ Cfr. A. CANALE - F.M. LONGAVITA, *Op. cit.*, p. 432.

la condotta dell'agente pubblico integri sia un reato sia un illecito contabile di natura sanzionatoria. Trattasi di un argomento che, considerato l'incremento del numero delle fattispecie sanzionatorie operato del legislatore, parte della dottrina ha iniziato ad affrontare, analizzando le due ipotesi di responsabilità sotto i profili indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU⁴⁵. Se le due tipologie di sanzione differiscono certamente per natura, essendo previste in diversi rami dell'ordinamento, coloro i quali si ritengono favorevoli al cumulo, attribuiscono alle sanzioni giuscontabili una finalità non repressiva, ma di "prevenzione specifica"⁴⁶ o di "salvaguardia dei «cardini» della contabilità pubblica"⁴⁷, che gli consentirebbe di concorrere con le sanzioni penali senza violare il divieto di *bis in idem*. Inoltre, con riferimento alla gravità della sanzione, parte della dottrina⁴⁸ ha evidenziato come sia altamente improbabile che le sanzioni giuscontabili, dirette a creare un grande disvalore e un ancora maggiore allarme sociale, in relazione alla tenuta dei conti pubblici e alla possibilità di assicurare concretamente i servizi essenziali, siano sproporzionate rispetto al disvalore complessivo del fatto al quale vanno applicate, anche in concorrenza con altre sanzioni di natura penale. Alla luce delle considerazioni sinora svolte e nell'attesa che la giurisprudenza scelga quale sentiero

⁴⁵ In base alla sentenza della C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, per individuare la vera natura delle sanzioni applicate nello Stato partecipante, è necessario verificare i seguenti elementi: a) la natura dell'infrazione, secondo il diritto interno; b) la natura della sanzione, desunta dallo "scopo" della previsione normativa (punitivo, deterrente, riparatorio, di prevenzione ecc.); c) la gravità della sanzione, desunta anch'essa dalla previsione astratta della sanzione stessa e non dalla sua consistenza in concreto. I c.d. *Engel criteria* sono stati riaffermati da C. eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, e rivisitati da C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ricorsi n. 24130/11 and 29758/11, alla luce del criterio della *sufficiently close connection in substance and time*.

⁴⁶ Cfr. F.M. LONGAVITA, *Le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nell'esperienza dell'attività del controllo e suo raccordo con la giurisdizione*, in *Riv. C. conti*, 2/2019, p. 59.

⁴⁷ Cfr. P. SANTORO, *Il bis in idem nel processo contabile e dintorni*, in *Riv. C. conti*, 1/2019, p. 85.

⁴⁸ Cfr. F.M. LONGAVITA, *Il divieto del ne bis in idem e la responsabilità erariale*, in *Bilancio comunità persona*, 1/2019, p. 33.

percorrere, sembra chiaro che la dottrina che si è occupata di analizzare questa peculiare ipotesi di cumulo non vi ravveda una violazione del divieto di *bis in idem*, bensì l'ordinario svolgimento di due distinti processi, nel pieno rispetto dei canoni previsti dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali.

6. Conclusioni

A distanza di un ventennio dall'inaugurazione del sistema sanzionatorio contabile, la potestà sanzionatoria del Giudice erariale ha definitivamente ottenuto una sua sistemazione logica all'interno dell'ordinamento, affiancandosi alle altre due attività, quella di controllo e quella giurisdizionale, che la Costituzione gli attribuisce *in subjecta materia*. Dottrina e giurisprudenza ne hanno decifrato la natura, la struttura nonché la funzionalità e si sono pronunciate sui suoi rapporti con il controllo e con altre forme di responsabilità, mentre il legislatore ha stabilito attraverso quali modalità debba essere esercitata dal Giudice erariale. Non deve stupire che ciò avvenga con la formalità della giurisdizione contenziosa, in quanto se la regola vuole che la funzione amministrativa, nella quale rientra la potestà sanzionatoria, e la funzione giurisdizionale siano esercitate nelle rispettive sedi, esigenze vitali per la finanza pubblica possono indurre il legislatore a scegliere, per la comminazione di sanzioni, lo strumento processuale. Una scelta poco decorosa, vista la struttura elementare delle fattispecie, ma con un enorme ritorno in termini di effettività e che, pertanto, rappresenta un costo, anche in termini di attività giurisdizionale, che un'istituzione come la Corte dei conti, profondamente dedita alla salvaguardia della finanza pubblica e attenta alla concretezza degli istituti che compongono l'ordinamento giuscontabile, può accogliere volentieri.

CONTROLLI E SANZIONI IN MATERIA DI INCENTIVI ALLE FONTI ENERGETICHE RINNOVABILI: IL POTERE AMMINISTRATIVO DEL GSE*

FEDERICA PALOMBA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Politica legislativa e fondamenti del potere. – 3. L'incostituzionalità della sanzione interdittiva decennale. – 4. La decadenza accertativa oltre il potere di autotutela e il potere sanzionatorio. – 5. La stretta correlazione tra potere di accertamento e potere sanzionatorio: dialogo tra GSE e ARERA – 6. Conclusioni.

Abstract: This paper aims to analyse the system of controls and penalties provided for farms powered by renewable energy source which receive public incentives.

The legislative decree no. 28/2011, implementing Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources, gives to the Energy Service Manager (*Gestore dei Servizi Energetici* – GSE) a special power to control right and requirements to receive incentives in the renewable energy sector. Following its verification proceedings, the GSE can adopt various kind of measures, such as the rejection of the application for admission to the incentives, the loss of the incentives and the recovery of the amounts unduly received or the reduction of the incentive, if minor violations are detected.

In the light of the relevant case-law and recent regulatory interventions, this paper intends to investigate the nature of the GSE measures, considering their distinctive features from the typical power of administrative self-protection and sanctioning power in the strict sense.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

Il Gestore dei Servizi Energetici viene istituito nell'ambito del processo di liberalizzazione del settore elettrico italiano, con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, il quale prevedeva la costituzione, da parte di Enel S.p.A., di una società volta alla gestione della rete elettrica e all'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, originariamente denominata Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN).

Le competenze inizialmente attribuite al Gestore concernevano la compravendita di energia elettrica, l'emissione di titoli di efficienza energetica, nonché l'attività relativa all'implementazione delle direttive europee in materia di promozione dell'energia rinnovabile.

Progressivamente sono state attribuite al GSE ulteriori e più rilevanti funzioni, quale *in primis* il riconoscimento delle qualifiche di impianti alimentati da fonti rinnovabili (IAFR), che costituisce il prerequisite per il riconoscimento degli incentivi¹.

Il Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A. è ad oggi il soggetto che, pur nella veste di società per azioni, partecipata unicamente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, svolge funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare in tema di incentivazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile².

Il potere amministrativo del GSE in materia di incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili si fonda sul decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28.

In particolare, l'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 attribuisce al GSE la competenza per l'erogazione e la gestione degli incentivi, ivi incluso il potere di verifica in ordine alla veridicità dei dati forniti ed al possesso dei requisiti per l'accesso ai benefici.

¹ E. PICOZZA - S.M. SAMBRI (a cura di), *Il diritto dell'energia*, in *Trattato di diritto dell'economia*, vol. X, Padova, 2015, pp. 165 ss.

² Cass., sez. un., 10 aprile 2019, n. 10020, in *Foro.it*, par. 4. In senso analogo v. anche Cass., sez. un. 4 maggio 2017, n. 10795; Cass., sez. un., 24 febbraio 2014, n. 4326.

Anche a seguito di recenti interventi normativi, all'esito dei controlli, il GSE può adottare diversi provvedimenti, proporzionati alle violazioni commesse, come il rigetto della domanda di ammissione agli incentivi, la decadenza dall'incentivo e il recupero delle somme indebitamente percepite, ovvero la decurtazione dell'incentivo ove siano accertate violazioni di minore gravità.

Il presente contributo intende indagare la natura di tali provvedimenti, traendo spunti di riflessione dagli orientamenti della giurisprudenza rilevante e sottolineandone i tratti distintivi rispetto al potere di autotutela amministrativa e al potere sanzionatorio in senso stretto della pubblica amministrazione.

Al riguardo, la recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9/2019, ha avuto cura di evidenziare la "stretta correlazione" tra l'atto di autonomo accertamento dell'inadempienza da parte del GSE ed i meccanismi di riparazione, rappresentati dall'applicazione delle sanzioni pecuniarie di competenza dell'Autorità di Regolazione delle Reti e dell'Ambiente.

2. Politica legislativa e fondamenti del potere

La sensibilità sovranazionale verso la promozione delle fonti di energia rinnovabile è ispirata alla volontà di affrontare un tema che si estende al di là dei confini politici tra Stati, ossia quello della tutela dell'ecosistema, a partire dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e dal relativo Protocollo di Kyoto³.

Ed infatti, al fine di realizzare un approccio integrato degli Stati Membri nel settore ambientale ed energetico, l'Unione Europea ha introdotto il c.d. *Climate and Energy Package*, teso a perseguire entro il 2020 tre obiettivi principali: i) riduzione del 20% delle emissioni di gas a effetto serra (rispetto ai livelli del 1990); ii) raggiungimento del 20% del fabbisogno energetico

³ M. D'AURIA, *Il protocollo di Kyoto*, in F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Climate Change: la risposta del diritto*, Napoli, 2010, pp. 21 ss.

ricavato da fonti rinnovabili; *iii*) il miglioramento del 20% dell'efficienza energetica⁴.

Il *Climate and Energy Package* (o *Pacchetto 20-20-20*) è stato consacrato con l'adozione di due atti: la direttiva 2009/29/CE, recante la finalità di perfezionare ed estendere il sistema comunitario per lo scambio di quote di emissione di gas a effetto serra, e la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, rispettivamente recepite nell'ordinamento con il d.lgs. n. 30/2013 e con il d.lgs. n. 28/2011.

In particolare, il decreto legislativo n. 28/2011 ha l'espressa finalità di definire gli strumenti, i meccanismi, gli incentivi e il quadro istituzionale, finanziario e giuridico, necessari per il raggiungimento degli obiettivi fissati al 2020 in materia di quota complessiva di energia da fonti rinnovabili.

La disciplina è complessivamente tesa ad assicurare un'equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio, al fine di incoraggiare i privati alla produzione di energia rinnovabile. Gli incentivi sono quindi assegnati tramite convenzioni di diritto civile fra il soggetto responsabile dell'impianto e il GSE, sulla base di un contratto-tipo predefinito dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente⁵.

D'altra parte, il d.lgs. n. 28/2011 risponde anche all'esigenza di assicurare un meccanismo di controllo nei confronti dei soggetti che percepiscono contributi pubblici.

I controlli sugli impianti, per i quali i soggetti preposti dal GSE rivestono la qualifica di pubblico ufficiale, sono svolti anche senza preavviso per tutto il periodo di incentivo ed hanno

⁴ Sulla base dei dati diffusi dall'Eurostat nell'Agosto 2019, quanto al primo obiettivo si è raggiunta la riduzione del 21.7% dei gas serra; quanto al secondo obiettivo il 17.5% dell'energia risulta attualmente prodotta da fonti rinnovabili; per raggiungere il terzo l'obiettivo nel triennio 2017-2020 si dovrebbe ridurre ulteriormente il 5% dell'energia totale richiesta dal paese (c.d. *primary energy consumption*) e il 3% dell'energia consumata dagli utenti finali (c.d. *final energy consumption*). In Italia nel 2018 la quota di energia da FER sui consumi finali totali è stata pari a circa il 18%.

⁵ Sui modelli contrattuali, in particolare relativi ai Titoli di Efficienza Energetica, v. M. FERMEGLIA - R. LECCIA, *Il Contratto Tipo per il riconoscimento dei Titoli di Efficienza Energetica: problemi teorici e questioni operative*, in *Contr. impr.*, 4/2018, p. 1265.

ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione e le modalità di connessione alla rete elettrica.

All'esito delle verifiche, qualora vengano riscontrate delle violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE ha il potere di disporre "*il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate e trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni*" (art. 42, co. 3, d.lgs. n. 28/2011).

Nel rinviare a quanto si analizzerà *infra* rispetto alla trasmissione degli atti all'ARERA per l'applicazione delle sanzioni (par. 5), si reputa opportuno evidenziare in questa fase come rispetto all'originaria formulazione della disposizione citata, la legge di bilancio per l'anno 2018 e la recente legge 2 novembre 2019, n. 128, il potere del GSE risulta ampliato ed inquadrato all'interno di fattispecie proporzionate alle violazioni commesse.

In ossequio al principio di proporzionalità, il GSE ha oggi il potere di disporre la sola decurtazione dell'incentivo, in misura ricompresa fra il 10% e il 50% in ragione dell'entità della violazione, in alternativa al più radicale provvedimento di decadenza ed obbligo di restituzione integrale dei contributi percepiti.

Con le nuove disposizioni è stato altresì introdotto un meccanismo premiale ispirato ai programmi di c.d. *leniency*, diffusi in materia di violazione delle regole poste a tutela della concorrenza e dei mercati. Nel caso in cui le violazioni in materia di incentivi alle fonti rinnovabili siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile, al di fuori di un procedimento di verifica e controllo, le decurtazioni possono essere ulteriormente ridotte della metà.

In attuazione dell'art. 42, co. 5, con il D.M. 31 gennaio 2014 è stato stilato un elenco delle violazioni rilevanti che costituiscono il presupposto del provvedimento di decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate, quali, tra quelle più frequentemente riscontrate, la presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, ovvero la mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi, l'inefficacia del titolo

autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto, l'insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, l'utilizzo di componenti contraffatti o rubati⁶.

L'elenco non ha carattere esaustivo, atteso che l'art. 11, co. 1, secondo periodo, del D.M. prevede che il GSE possa adottare i medesimi provvedimenti qualora rilevi, al di fuori delle ipotesi espressamente menzionate, violazioni, elusioni o inadempimenti che producano l'indebito accesso agli incentivi.

La natura non tassativa delle violazioni rilevanti indicate nel D.M. ha suscitato diverse contestazioni, soprattutto in ordine al contrasto con il principio di certezza delle regole la cui violazione comporta l'applicazione di sanzioni⁷.

Al riguardo, acquisisce rilievo dirimente sul piano pratico la possibilità di ricondurre i provvedimenti del GSE all'esercizio di un potere sanzionatorio⁸.

Anticipando per un momento le considerazioni più diffusamente illustrate *infra* (par. 4), la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che il potere esercitato dal Gestore non possiede connotazioni sanzionatorie, ma ha natura ripristinatoria, "(...) risultando inapplicabili le disposizioni della l. n. 689/81 e i principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità; ciò che risulta chiaro ove si ponga mente all'esigenza, avuta di mira dalla norma, di consentire il recupero di risorse pubbliche indebitamente percepite"⁹.

In questa prospettiva, il meccanismo degli incentivi è preordinato al soddisfacimento di una posizione soggettiva di carattere istituzionale del GSE, quale portatore di interessi, fini e obiettivi di carattere pubblicistico.

⁶ Sul sito istituzionale del GSE è resa pubblica la banca dati delle verifiche e delle ispezioni, che include una stima delle violazioni rilevanti effettivamente accertate (cfr. *bancadativerifiche.gse.it*).

⁷ F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *federalismi.it*, 10 ottobre 2018.

⁸ P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 3605 ss.

⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 1° febbraio 2019, n. 1294.

3. L'incostituzionalità della sanzione interdittiva decennale

Per un inquadramento della disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi alle fonti rinnovabili, anche in chiave prospettica, merita un breve cenno di approfondimento la questione, sottoposta alla Corte costituzionale, relativa alla sanzione dell'esclusione dall'accesso agli incentivi per un periodo di tempo di dieci anni dall'accertamento della violazione.

In particolare, l'art. 23, co. 3, del d.lgs. n. 28/2011 prevedeva che *“non hanno titolo a percepire gli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, da qualsiasi fonte normativa previsti, i soggetti per i quali le autorità e gli enti competenti abbiano accertato che, in relazione alla richiesta di qualifica degli impianti o di erogazione degli incentivi, hanno fornito dati o documenti non veritieri, ovvero hanno reso dichiarazioni false o mendaci. Fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite, la condizione ostativa alla percezione degli incentivi ha durata di dieci anni dalla data dell'accertamento”*.

In altri termini, la falsificazione dei documenti e la non veridicità delle dichiarazioni rese veniva ritenuta una violazione talmente grave da costituire causa di interdizione decennale dall'accesso a futuri benefici.

Pertanto, la sanzione si estendeva a tutti i soggetti che di fatto erano coinvolti nell'amministrazione e nella gestione della società, vale a dire la persona fisica o giuridica che ha presentato la richiesta, il legale rappresentante sottoscrittore, il soggetto responsabile dell'impianto, il direttore tecnico, i soci e gli amministratori.

La disposizione di cui all'art. 23, co. 3, andava letta in combinato disposto con l'art. 43, co. 1, il quale prevedeva la medesima sanzione interdittiva decennale per gli impianti fotovoltaici che potevano beneficiare dello speciale regime incentivante previsto dal D.M. 19 febbraio 2007, c.d. Secondo Conto Energia, nel caso in cui, contrariamente a quanto dichiarato dal richiedente, i lavori di installazione non risultassero conclusi ovvero l'impianto non fosse effettivamente

entrato in esercizio entro i termini di legge (rispettivamente, 31 dicembre 2010 e 30 giugno 2011).

Nel corso di sei giudizi promossi per l'annullamento di provvedimenti sanzionatori adottati dal GSE in applicazione dell'art. 43, co. 1, il Consiglio di Stato ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale degli artt. 23, co. 3 e dell'art. 43, co. 1, con riferimento agli artt. 3, 25, 76 e 117 della Costituzione¹⁰.

Nell'esame pregiudiziale della censura di violazione dell'art. 76 Cost., la Corte costituzionale ha accolto la questione, dichiarando gli artt. 23, co. 3, e 43, co. 1, costituzionalmente illegittimi con la sentenza 10 marzo 2017, n. 51.

In particolare, il giudice *a quo* aveva evidenziato il contrasto con l'art. 76 Cost., nella parte in cui la norma ha introdotto una sanzione interdittiva e non pecuniaria non prevista dalla legge di delega 4 giugno 2010, n. 96, recante le disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (c.d. Legge comunitaria 2009), “*senza, peraltro, graduarne l'applicazione nel rispetto delle modalità predeterminate dalla suddetta legge*”.

Al riguardo, la Corte costituzionale ha richiamato i criteri direttivi enunciati dalla legge delega, i quali prevedono che le sanzioni devono essere determinate nella loro entità, tenuto conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto in astratto dalla norma, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce.

La Corte costituzionale ha ritenuto che l'interdizione decennale costituisca una misura eccentrica rispetto al perimetro della legge di delega, la quale prevede unicamente l'irrogazione di sanzioni di natura pecuniaria.

Inoltre, la Corte ha rilevato che “*tale misura interdittiva – incidendo sull'esercizio della libertà di iniziativa economica privata imprenditoriale (in un settore di attività particolarmente legato al sostegno di incentivi), nei confronti di un'ampia platea*

¹⁰ Cons. St., sez. VI, ordinanze 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 3498 e 3499, 27 agosto 2014, n. 4352, 9 ottobre 2014, n. 5030, 20 ottobre 2014, n. 5164.

di soggetti e per un periodo di tempo particolarmente rilevante, in termini di rigido automatismo e di non graduabilità in rapporto al pur variabile contenuto lesivo delle violazioni cui la misura stessa consegue – contraddice manifestamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore”¹¹.

La previsione relativa al potere del GSE di disporre la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate di cui all’art. 42, co. 3, non è stata raggiunta dalla censura di incostituzionalità, né il Consiglio di Stato aveva sollevato la questione. Tuttavia la chiara affermazione, sia da parte del giudice *a quo*, sia da parte della Corte costituzionale, della mancanza di una gradazione dei provvedimenti adottati dal GSE, in ossequio ai principi di proporzionalità e adeguatezza, potrebbe aver rappresentato un monito per il Legislatore, il quale, con la Legge di bilancio per l’anno 2018 e con la recente legge 2 novembre 2019, n. 128 ha introdotto per le violazioni di minore gravità la misura della rimodulazione dell’incentivo, in luogo dell’obbligo di restituzione delle somme indebitamente erogate¹².

4. La decadenza accertativa oltre il potere di autotutela e il potere sanzionatorio

La sentenza della Corte costituzionale ha travolto la più severa delle misure originariamente adottabili dal GSE nell’esercizio del proprio potere di controllo.

Comunque, l’obbligo di restituzione degli incentivi già erogati ed il contrapposto interesse alla prosecuzione dell’attività legata alla produzione di energia rinnovabile sollecitano tuttora una riflessione in ordine alla natura dei provvedimenti adottati all’esito dell’attività di verifica svolta dal GSE ai sensi dell’art. 42 del d.lgs. n. 28/2011.

¹¹ C. cost., 10 marzo 2017, n. 51, par. 6 in diritto.

¹² F. SCALIA, *La Corte costituzionale e i poteri sanzionatori del GSE in materia di incentivi agli impianti di energia rinnovabile*, in *Rivista di diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente – rivistadga.it*, 2/2017.

Nella prassi gli operatori economici colpiti dal provvedimento di decadenza dagli incentivi e recupero delle somme già erogate, dopo aver realizzato gli impianti e sostenuto i relativi investimenti, hanno sovente invocato la violazione del principio del legittimo affidamento.

La qualificazione dogmatica del provvedimento del GSE comporta dei notevoli risvolti sul piano pratico. Ed infatti, l'ascrivibilità all'autotutela amministrativa subordinerebbe il provvedimento di decadenza ad una valutazione di carattere discrezionale, che costringerebbe il Gestore a tener conto dell'affidamento ingenerato, nonché ai limiti temporali stabiliti dall'attuale art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Il provvedimento di decadenza disciplinato dall'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 verrebbe così ricondotto alla figura dell'annullamento d'ufficio, nella forma dell'"*annullamento doveroso*"¹³.

La dottrina sembra così aver individuato una figura intermedia nell'autotutela c.d. doverosa, la quale consegue all'esercizio del potere di controllo e, a differenza di quella c.d. spontanea, non integrerebbe una forma di autotutela soggetta alle prescrizioni poi codificate al Capo IV-*bis* della legge sul procedimento amministrativo¹⁴.

La giurisprudenza si è mossa invece verso l'esclusione del potere di controllo dall'alveo dell'autotutela amministrativa, affermando come l'attività di verifica del GSE rappresenti una fase, prevista dall'ordinamento, nell'ambito del complesso procedimento amministrativo teso al riconoscimento degli incentivi. Detto segmento procedimentale di verifica non è autonomo e, non rappresentando una revisione né un riesame, non può essere qualificato come esercizio del potere di autotutela¹⁵.

Più in particolare, l'orientamento prevalente della giurisprudenza ha definito il provvedimento del GSE *ex art. 42*,

¹³ A. TRAVI, *I poteri di revisione del GSE*, in P. BIANDRINO - M. DE FOCATIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, p. 126.

¹⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 544.

¹⁵ Cfr. *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 5 febbraio 2018, n. 1392; 3 gennaio 2018, n. 27; 28 febbraio 2017, n. 2954.

co. 3, del d.lgs. n. 28/2011 come un atto vincolato, quale conseguenza necessaria dell'accertamento della mancanza dei requisiti per l'accesso agli incentivi stabiliti dalla legge.

Correlativamente, il GSE è dotato di un potere immanente di vigilanza nella regolare erogazione delle incentivazioni¹⁶, che si esplica nella verifica della corrispondenza del caso concreto alla fattispecie astratta¹⁷.

La natura vincolata dei provvedimenti del GSE, per altro verso, pone l'accento sulla distinzione tra la decadenza sanzionatoria e la decadenza accertativa.

La decadenza sanzionatoria incide su un pregresso atto amministrativo favorevole in seguito ad una valutazione discrezionale del comportamento del destinatario, come nel caso della pubblica amministrazione chiamata a considerare la condotta complessiva del pubblico dipendente assenteista.

Diversamente la decadenza accertativa, come definita dal giurista Pietro Virga, consiste in un atto vincolato dalla legge nei presupposti e nel contenuto, che trova la propria giustificazione nell'esigenza di far cessare gli effetti dell'atto favorevole ingiustificatamente adottato, a seguito alla constatata assenza originaria o sopravvenuta in capo al destinatario di un provvedimento permissivo o ampliativo dei requisiti previsti dalla normativa vigente per il suo rilascio. L'autorità adotta il provvedimento di decadenza accertativa nonostante il possesso di detti requisiti sia stato precedentemente dichiarato alla pubblica amministrazione al fine di avvalersi dell'automatica valenza cogente diretta ad imporre l'immediata ammissione autoritativa dell'autore della dichiarazione ad una determinata posizione di vantaggio¹⁸.

Tale conclusione si pone in linea con la definizione di Massimo Severo Giannini degli atti di accertamento

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 31 ottobre 2011, n. 5815; Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3032.

¹⁷ Sull'attività amministrativa vincolata come funzione predeterminata dalla legge nei presupposti e nei contenuti v. E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1983, pp. 267 ss.

¹⁸ P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, pp. 479-480; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, *Atti e Ricorsi*, Milano, 1996-1999.

dell'amministrazione, preordinati a realizzare il bene giuridico della "*certezza pubblica*"¹⁹.

L'accertamento dell'assenza dei presupposti necessari per il riconoscimento del beneficio, diviene causa necessaria e sufficiente per l'adozione del provvedimento di decadenza²⁰.

In materia di controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti rinnovabili, ciò si traduce nell'attribuzione al GSE di un potere di vigilanza prevalente rispetto alla posizione soggettiva del singolo, che prescinde dall'accertamento del dolo o della colpa del destinatario.

La giurisprudenza ha così escluso la natura sanzionatoria del potere del GSE, affermando come il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 42, co. 3, può essere qualificato come un "*atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti ab origine l'ammissione al finanziamento pubblico*"²¹.

5. La stretta correlazione tra potere di accertamento e potere sanzionatorio: dialogo tra GSE e ARERA

Alla luce delle precedenti considerazioni, i profili strettamente sanzionatori in materia di incentivi e sanzioni alle fonti energetiche rinnovabili vanno dunque ricercati nella congiunzione dell'attività di accertamento del GSE con il potere dell'ARERA.

Nell'ordinamento il potere sanzionatorio dell'ARERA è piuttosto esteso e tocca diversi settori di competenza dell'autorità, quali la violazione di condizioni contrattuali di

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 769 ss.

²⁰ Cfr. M.A. SANDULLI, *Decadenza e sanzione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 3, distingue: *i*) la c.d. decadenza in senso stretto, che consiste nella preclusione dovuta al mancato esercizio o alla mancata attivazione di una posizione giuridica soggettiva attiva derivante da un provvedimento amministrativo, entro un termine di natura perentoria; *ii*) la c.d. decadenza inadempimento, quale conseguenza di violazione del privato di obblighi, modi o ordini connessi ad un rapporto di tipo continuativo con la pubblica amministrazione; e *iii*) la decadenza che deriva dal venire meno dei presupposti o requisiti necessari affinché il provvedimento venga adottato o il rapporto con l'amministrazione instaurato.

²¹ Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50.

fornitura di energia elettrica e gas, ovvero la violazione di obblighi informativi.

All'ARERA è altresì attribuita una funzione di monitoraggio, vigilanza e controllo, in collaborazione con il GSE, sugli incentivi alle fonti rinnovabili, in relazione alla quale può imporre sanzioni ed accettare gli impegni delle imprese a ripristinare gli interessi lesi, ai sensi del d.lgs. n. 93/2011.

Il dialogo tra GSE e ARERA nell'ambito dell'attività di vigilanza in materia di incentivi alle fonti rinnovabili trova fondamento nell'art. 42, co. 3, il quale prevede, nel caso in cui le violazioni riscontrate siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, che il GSE trasmette l'esito dell'accertamento all'Autorità per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lett. c), l. 14 novembre 1995, n. 481 (questa disposizione prevede sanzioni pecuniarie per il caso in cui, tra l'altro, le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri).

La norma primaria ha cioè delineato un sistema nel quale l'accertamento della violazione rilevante produce due conseguenze: il recupero dei benefici indebitamente erogati, di competenza del GSE quale gestore del regime di sostegno, e l'eventuale irrogazione delle sanzioni demandata all'Autorità di Regolazione²².

Resta tuttora privo di definizione normativa come di fatto debba esplicarsi il potere sanzionatorio dell'ARERA all'esito del procedimento di verifica condotto dal GSE.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sulla natura del (diverso) procedimento di verifica del rispetto della quota d'obbligo di energia rinnovabile per gli impianti di energia non rinnovabile, ha avuto cura di rimarcare *“la stretta correlazione tra l'atto di autonomo accertamento della inadempienza da parte del Gestore ed i meccanismi di riparazione che da tale accertata inadempienza ne derivano, rappresentati in particolare dalla applicazione delle sanzioni pecuniarie per l'inadempimento di competenza dell'Autorità (che (...)) viene investita solo ai fini dell'applicazione delle*

²² TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 29 agosto 2016, n. 9429.

*sanzioni) (...) cui va inviata da parte del GSE la comunicazione contenente i nominativi dei soggetti inadempienti*²³.

Nonostante la pronuncia riguardi un procedimento distinto da quello previsto all'art. 42, co. 3, del d.lgs. n. 28/2011, la sentenza offre degli spunti di riflessione interessanti sia per quanto concerne la natura dei provvedimenti del GSE, sia per il rapporto tra potere di accertamento e potere sanzionatorio.

Ed infatti, la *ratio decidendi* della sentenza muove dall'affermazione della natura autoritativa degli atti di accertamento negativo adottati dal GSE, non fondandola sulla forma procedimentalizzata dell'istruttoria sui controlli sugli impianti. La natura autoritativa viene piuttosto riconosciuta sulla base degli effetti del potere esercitato, estraneo al perimetro del mero accertamento *“ove si risolva nel produrre, con effetto costitutivo, un nuovo status a carico dell'operatore economico (quello appunto, di soggetto inadempiente), suscettibile di rilevare ex se ai fini della applicazione di ulteriori provvedimenti a carattere sanzionatorio”*.

Come sottolineato dall'Adunanza Plenaria, non sarebbe coerente con il sistema che la sanzione dell'ARERA, di sicura matrice provvedimentale, avesse quale presupposto non un atto autoritativo ma di mero accertamento, avuto riguardo anche alla necessaria esigenza di certezza giuridica e di stabilità del provvedimento del GSE adottato *“in funzione propedeutica al sistema sanzionatorio affidato alle cure di altre autorità amministrative”*.

Diversamente da quanto previsto nell'ambito del procedimento generale delineato dalla legge di depenalizzazione in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, in cui l'autorità che ingiunge il pagamento della sanzione deve far proprio l'accertamento – *“se ritiene fondato l'accertamento”*²⁴ –, in materia di energie rinnovabili i compiti di verifica e di applicazione della sanzione per la mancata osservanza degli obblighi di legge risultano ripartiti tra GSE e ARERA.

Tale impostazione, se da un lato ha il pregio di porre in linea di continuità l'attività di controllo del GSE con il potere sanzionatorio proprio dell'ARERA, dall'altro rappresenterebbe

²³ Cons. St., Ad. plen. 3 settembre 2019, n. 9.

²⁴ Art. 18, co. 2, l. 24 novembre 1981, n. 689.

un *revirement* dell'orientamento giurisprudenziale che ha sinora affermato il carattere originario ed incondizionato della potestà punitiva dell'ARERA rispetto agli atti di accertamento del GSE²⁵.

Sotto il profilo processuale, l'interdipendenza tra i provvedimenti comporterebbe l'ulteriore onere, a carico di chi contesti l'*an debeat* della sanzione dell'ARERA, di impugnare l'atto autoritativo di accertamento del GSE.

La segnalazione del GSE all'interno della scansione procedimentale, allora, non potrebbe concretizzare altro che una sorta di denuncia, avente la funzione di rappresentare all'Autorità di vigilanza una situazione di fatto, che potrebbe (come non potrebbe) determinare l'avvio di un procedimento sanzionatorio in senso stretto.

6. Conclusioni

L'interesse pubblico a ridurre le emissioni inquinanti attraverso l'incremento della produzione di energia rinnovabile costituisce a livello europeo il riflesso di un vero e proprio obbligo di servizio pubblico, da coniugarsi con una valorizzazione dell'iniziativa economica privata. La rilevanza sociale di tale attività esige che l'intero sistema istituzionale sia in grado di favorire la scelta dei privati verso la produzione delle fonti energetiche rinnovabili²⁶.

In questo contesto, la previsione di regole chiare nella disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di attribuzione degli incentivi, tesa a garantire la corretta allocazione delle risorse pubbliche, assume un ruolo essenziale.

Dall'analisi svolta, il Legislatore ha dimostrato di aver recepito le istanze che si sono manifestate nel tempo, come la

²⁵ TAR Lombardia, Milano, sez. I, 3 settembre 2018, nn. 2401 e 2042; e, sul punto, v. A. COLAVECCHIO, *Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico, nota a Cons. Stato, ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2020, pp. 90 ss.

²⁶ Sulla riduzione degli oneri amministrativi quale c.d. "incentivo istituzionale" alla diffusione delle energie rinnovabili, cfr. A. MOLITERNI, *La regolazione delle fonti energetiche rinnovabili tra tutela dell'ambiente e libertà di iniziativa economica privata: la difficile semplificazione amministrativa*, in *federalismi.it*, 2017.

necessità di graduare le misure a seconda dell'entità della violazione.

Resta aperta la questione relativa all'introduzione di un elenco di carattere tassativo delle violazioni rilevanti, causa del più afflittivo provvedimento di restituzione integrale delle somme già erogate, al fine di preservare la capacità (e l'esigenza) dell'operatore di predeterminare i rischi dell'investimento nonché di rafforzare l'azione del Gestore, "blindandone" i provvedimenti.

Sotto altro profilo, si è analizzata la natura dogmatica dei provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 42, co. 3, d.lgs. n. 28/2011 e posta in evidenza, tra le alternative proposte da dottrina e giurisprudenza, la qualificazione degli stessi come atti vincolati di decadenza accertativa. Tale qualificazione consente di affrancare il potere del GSE dai limiti previsti per l'esercizio dell'autotutela amministrativa e per il potere sanzionatorio.

L'azione amministrativa del GSE, allora, non consiste nell'esercizio di un potere sanzionatorio in senso stretto, al più propedeutico alla determinazione delle sanzioni di competenza dell'ARERA, ma rappresenta l'espletamento di una funzione pubblica, indirizzata al ripristino delle regole stabilite per l'attribuzione degli incentivi, a tutela di tutti gli interessi in gioco.

AUTHORITIES' SANCTIONING POWERS OVER THE EXCHANGE OF INFORMATION AMONG UNDERTAKINGS*

GIOVANNI PENNETTA

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Assessment under article 101 TFEU.
– 3. Restriction of competition “*by object*”. – 4. Restriction of
competition “*by effect*”. – 5. The economic conditions on the
relevant markets. – 6. Characteristics of the information
exchanged.

Abstract: The paper, after a brief introduction of the elements which best characterized the subject of the exchange of information in the recent years, aims at analyzing the most relevant issues of the recent European and international Courts judgements on this matter. In particular, the essay firstly tries to examine the different ways that the Courts, from all over the world, have dealt with exchange of information and then gives an overview of the complex legal arrangements examined throughout. In the specific fields of antitrust, exchange of information is a tough subject that needs structured approach owing to the multiplicity of issues involved and the hurdles - related to the balance of opposing interests - that have to be overcome. Indeed, whilst the exchange of information could be a specific part of a cartel, on the other hand, it could be a common feature of different competitive markets. This is the reason why the Commission dedicated to this subject a chapter of the *Guidelines* on the applicability of Article 101 of the TFEU to horizontal cooperation agreements. The Commission sought to order the matter and give a clarification to operators on the correct ways of practice in the market. Hence, the article attempts

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

to consider how the power of imposing any penalties in competitive matters may vary according to several factors such as the structure of the market concerned, the nature of the information in question or the arrangement taken in the singular agreement.

1. Introduction

In the specific fields of antitrust, exchange of information is a complex subject that needs structured approach due to the multiplicity of issues involved and the hurdles, related to the balance of opposing interests, that have to be overcome. Indeed, whilst the exchange of information could be a specific part of a cartel, on the other hand, it could be a common feature of different competitive markets¹. To address the competition concerns identified in this preliminary assessment, the Commission dedicated to this subject a chapter of the *Guidelines* on the applicability of Article 101 of the TFEU to horizontal

¹ The Italian case-law has affirmed - in consolidated way - that the exchange of sensitive information, as inherent to elements that directly affect competitive dynamics, is considered illegal practice for its suitability to facilitate coordination between individual undertakings, establishing a mechanism of solidarity and mutual influence that replaces cooperation on price and alters the functioning of competition of the market (cfr Italian Council of State, Sec. VI, 17 January 2008, n. 102; Italian Council of State, sec. V, 8 February 2008, n. 424; Italian Council of State, sec. VI, 8 February 2007, n. 515). Cfr. C. D'AMORE, *Le decisioni del Giudice amministrativo sulla legge antitrust nel periodo 2002-2008*, in *Concorrenza e Mercato - Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante*, Raccolti da G. GHIDINI - B. LIBONATI - F. GHEZZI, 2010, Milano, pp. 169-191; G. TESAURO - M. TODINO, *Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002, p. 177 ss.; M. GRILLO, *Collusion and Facilitating Practices: a New Perspective in Antitrust Analysis*, in *European Journal of Law and Economics*, 2002, vol. 14, p. 151; M. IVALDI - B. JULLIEN - P. REY - P. SEABRIGHT - J. TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report For DG Competition, IDEI Toulouse, 2003; K. U. Kühn - X. Vives, *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*, in *Office of the Official Publications of the European Community*, 1995, Luxembourg; C. OSTI, *Antitrust e Oligopolio*, Bologna, 1995; ID., *Le pratiche facilitanti e lo scambio di informazioni*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pp. 77 ss.

cooperation agreements². The Commission sought to order the matter and give a clarification to operators on the correct ways of practice in the market. The purpose of this work is to give an overview of the jurisprudential application of the principles contained within the *Guidelines*.

It should be emphasized that, while in the United States³ exchange of information is normally unlawful only if and when an adequate analysis of the market has been performed and the effects that information sharing has produced (rule of reason analysis), in Europe, conversely, there is the tendency to broaden the hypotheses in which the exchange of sensitive information represents an offense in itself, without the need to rigorously verify neither the market assumptions in which the information sharing is inserted nor the restrictive effects that can be causally connected to the illicit assumption⁴.

Anyhow, nowadays there is a high debate throughout Europe around the National competition authorities' (NCAs) collaboration on the subject of exchange of information, with special reference to undertakings' awareness of the exchanges taking place, protection of confidential information, legal professional privilege, and the means, goals and the limits of the exchange⁵.

² European Commission, Guidelines on the Applicability of article 101 TFEU to horizontal co-operation agreements, 14 January 2011, See N. PETIT, *The eu commission publishes new guidelines on the applicability of article 101 tfeu to horizontal co-operation agreements*, in *Concurrences*, 14 January 2011.

³ In the US, information exchange's body of case law dates back to the early days of the antitrust law (United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422, 1978; United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333, 1969; Sugar Inst. v. United States, 297 U.S. 553, 1936; Maple Flooring Mfrs.' Ass'n v. United States, 268, U.S. 563, 1925; United States v. Am. Linseed Oil Co., 262 U.S. 371, 1923; Am. Column & Lumber Co. v. United States, 257 U.S. 377, 1921; Eastern States Retail Lumber Dealers Ass'n v. United States, 234 U.S. 600, 1914). See S. W. WALLER, *Trade Associations, Information Exchange, and Cartels*, in *Loyola Consumer L. Rev.*, vol. 30, no. 2, 2018, pp. 203-215. Furthermore, in the US literature, speech is problematic for antitrust purposes when it is part of a pattern of action and communication that together reduces market competition. In connection with the problems involved by the conflicts among the right to speech an antitrust law, see H. GREENE - D. A. YAO, *Antitrust as speech control*, in *William & Mary L. Rev.*, 2019, pp. 1215-1268.

⁴ See L. VASQUES, *Scambio di informazioni e antitrust negli stati Uniti e nell'Unione europea*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2015, pp. 141 ss.

⁵ Although the debate is very heated in Europe; here we limit ourselves to referring, as regards the exchange of information between the NCAs, see M. BLACHUCKI - S. JOZWIAK. *Exchange of Information and Evidence between*

2. Assessment under article 101 TFEU

Article 101 could be infringed only in cases where exchange of information is derived from an agreement and/or concerted practice taken place among undertakings. Nevertheless, the Court of Justice, in *Asnef-Equifax v. Ausbanc* decision⁶, held that it was not important to decide whether the exchange of information happened as a result of an agreement, a concerted practice or a decision of association of undertakings because the article's aim is to catch different forms of coordination and collusion between undertakings. Indeed, with specific reference to the concerted practices, paragraph 60 of the Guidelines clarifies that it is not necessary for an agreement so-called to be concluded to create a form of co-operation between undertakings that fills competition's risks. In fact, information exchange can constitute a concerted practice even if it reduces strategic uncertainty in the market since it reduces the independence and diminishes the undertaking's incentives to compete. Nonetheless, a situation whereby only one undertaking unilaterally discloses his strategic information can not constitute a concerted practice and represent an infringement of Article 101, on condition that these unilateral announcements are genuinely public. Hereinafter, the Court of Justice, in *Wood Pulp II* decision⁷, held that the public announcement of a price raises

Competition Authorities and Entrepreneurs' Rights, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 6/2012, pp. 137-168. In the US, there are two ways for confidential information to be exchanged during the investigatory process. The first mechanism is through the Antitrust Mutual Assistance Agreement according to the *International Antitrust Enforcement Assistance Act* of 1994 (IAEAA). Nevertheless, this option is only available to those countries that sign bilateral agreements on Antitrust Mutual Assistance with a U.S. antitrust agency. The second option for information sharing is provided by the *Federal Rule of Criminal Procedure* and the *Antitrust Civil Process Act*. See N. ORMONOV. *Exchange of Information in the Enforcement of Antitrust Laws*, in *Asper Review of International Business and Trade Law*, 6/2006, pp. 343-378.

⁶ *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, Case C-238/05 [2006] ECR I-111 125, paras 30-32, See J. DERENNE - N. LACALLE MANGAS, *The spanish supreme court requests an ecj preliminary ruling regarding the application of art. 81 ec to an exchange of information agreement between financial institutions in relation to clients solvency and compliance (asnef-equifax)*, in *Concurrences*, 13 April 2005.

⁷ *Wood Pulp II*, Case C-89/85A *Ahlström Oy v. Commission* [1993] ECR I-1307.

before that raise comes into force does not produce an infringement of Article 101.

Recently the French Court de cassation referred to the Court of Justice a matter related to Article 101's field of application⁸. In particular, the issue concerns practices whereby organizations or associations of organizations collectively fix minimum prices, concert on the quantities placed on the market and exchange strategic information. Specifically, the Court de cassation asked the Court of Justice if those practices could escape the prohibition of anti-competitive agreements, decisions, and practices in so far as they are aimed at achieving objectives assigned to those organizations under the common organization of the market, even if those practices are not covered by any general derogations. Anyhow, the Advocate General, in its opinion, ruled that the particular market (agricultural) at issue has specific features which justify exchanges of information between POs and/or APOs under less strict conditions than in a less circumscribed market. According to the Court of Justice, practices related to a concertation on prices or quantities put on the market or exchanges of strategic information may escape the prohibition of agreements, decisions and concerted practices laid down in Article 101(1) TFEU if they are agreed between the members of the same producer organization or the same association of producer organizations recognized by a Member State and are strictly necessary for the pursuit of one or more of the objectives assigned to the producer organization or association of producer organizations concerned in compliance with EU legislation⁹.

⁸ *Président de l'Autorité de la concurrence v. Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE)*, Case C-671/15 [2017] ECLI:EU:C:2017:860, See L. GOMEZ - R. CUFF, *The eu court of justice confirms that not all practices by agricultural producer organisations and their associations are automatically excluded from the application of competition rules (apve)*, in *Concurrences*, 14 November 2017.

⁹ The issue is partially different in the United States, where the rule of reason applies. In fact, not all types of vertical exchange of information are considered illegal because they can also have beneficial effects on the market. However, it is usually agreed that in order to be deemed beneficial, the exchange of information among competitors should be publicly available. See W. CARLTON - R.H. GERTNER - A.M. ROSENFELD, *Communication among competitors: game theory and antitrust*, in 5 *Geo Mason L. Rev.*, 1997, pp. 423 ss. Recently, for a further study see J. SHAMIR - S. NOAM, *Colluding under the Radar: Achieving Collusion through Vertical Exchange of Information*, in *Cleveland State L. Rev.*, vol. 63, 3/2015, pp. 621-674.

3. Restriction of competition “by object”

An anti-competitive price-fixing agreement could raise from any discussion among competitors about prices. Indeed, pursuant to Guidelines (par. 73) any exchange of information concerning price-fixing or quantity forecasted for the future, among undertakings, should be considered as a competition’s restriction by object. As we aforesaid, the exchange of information is liable to be incompatible with competition rules if it reduces or removes the degree of uncertainty in the market and consequently produces a restriction of competition. Moreover, the competition rules of the Treaty are designed to protect not only consumers but also to protect the market, and hence a concerted practice will infringe the Art. 81 EC, due to the anticompetitive object, not only whereby it has a direct effect on the prices paid by end-users but also when is not present a direct link between that practice and consumer prices.

The ECJ applied these principles in a recent case¹⁰ and held that, even though it is still necessary to consider the information exchange in its proper context, information exchanges between competitors of individualized data regarding intended future prices or quantities should be considered a restriction of competition “by object”. ECJ ruled that an exchange of information among competitors – that is capable of removing uncertainty between the participants as regards the timing, extent, and details of changes to their future conduct on the relevant market – must be regarded as a restriction of competition “by object”. A clear distinction must be drawn between this decision and the prior one (*Asnef-Equifax v. Ausbanc*) because whilst the Court of Justice in 2006 did not consider the exchange of information as a restriction of competition due to the equal conditions of competition and the enhancement of the market’s conditions produced by that practice, in this case the exchange of information is related to the factors relevant to the setting of expected quotation prices and price trends.

¹⁰ EU Court of Justice, *Banana Cartel*, Case C-286/13P, [2015] ECLI:EU:C:2015:184, See K. GEEURICKX - K. FOUNTOUKAKOS, *The eu court of justice considers that the bilateral exchange between importers of pre-pricing information relating to the weekly quotation prices to a concerted practice with the object of restricting competition in breach of article 101 tfeu (banana cartel)*, in *Concurrences*, 19 March 2015.

More recently, the Court of Justice¹¹ ruled again in this matter holding that colluding to disseminate information constitutes a restriction of competition "by object". In particular, the Italian Council of State asked the Court whether the agreement - between two undertakings marketing two competing products -, which concerns the dissemination of information pertaining to adverse reactions resulting from the use of one of those, fell within the category of agreement "by object". Hereinafter, the ECJ points out that not any type of exchange of information could produce a restriction of competition "by object" but it is necessary that the harm is so evident that it is unnecessary to examine the effects of the anti-competitive behavior. In this manner, to determine if an agreement can be considered as a restriction of competition "by object" occurs to examine the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part.

However, the restriction of competition "by object" must be distinguished from a restriction "by effect". In this regard, the English Court of Appeal¹² ruled that the words "object or effect" in article 101 should be read disjunctively. Thus, an agreement or a concerted practice can produce a restriction of competition either because its object is to "prevent, restrict or distort the competition" either if this is only its effect. Moreover, the Court stated that the exchange of information could not necessarily be related to a cartel because even though both of them can be related to pricing, this does not make the information exchange a sub-set of the main cartel. This principle derives from the present case whereby Balmoral company took place in only one competitor's meeting (part of a long-standing cartel) involving bid-ridding, customer allocation, and price-fixing practice. In this respect, the Court upheld the decision of CMA which, although Balmoral had not been a party to the main cartel, considered the company liable for a separate instance of price-

¹¹ *Roche v. Novartis*, EU Court of Justice, Case C-179/16, [2018] ECLI:EU:C:2018:25, See F. AUFAURE - O. ANCELIN, *The eu court of justice rules that the dissemination of misleading information is a restriction by object and excludes exemption under article 101 §3 tfeu* (Roche / Novartis), in *Concurrences*, 23 January 2018.

¹² *Balmoral v. Competition and Markets Authority*, Court of Appeal of England, C3/2017/3539, 15 February 2019, See M. LEVITT - D. CARDWELL - D. JUBRAIL, *The court of appeal of england and wales upholds the cma's finding that a single exchange of pricing information is sufficient for a "by object" infringement (balmoral)*, in *Concurrences*, 15 February 2019.

fixing arising as a result of the pricing/sensitive information exchanged during the only meeting Balmoral took part in. In this way, the Court of appeal of England ruled that even though the infringement of art. 101 TFUE consists in a single exchange of information it is sufficient for a “by object” infringement¹³.

4. Restriction of competition “by effect”

It might happen that in the context of exchange of information a concerted practice could not be a “by object” restriction. In this case, the competent authorities should verify case-by-case basis whether a practice could have pro-competitive or anti-competitive effects. As we aforesaid, there are some criteria, set by par. 86 of the Guidelines, that must be met to realize a restriction of competition “by effect”. The Guidelines explicit, among the criteria forming an exchange of information, the connection between them and prices, or customer lists, production costs, quantities, turnovers, sales, capacities, qualities, marketing plans, risks, investments, technologies, and R&D programmes and their results. According to the prevailing jurisprudence of the Court of Justice¹⁴, the assessment of restrictive effects on competition must compare the likely effects of the information exchange with the competitive situation that would prevail in the absence of the information exchange.

In this scenario, is really important to define whether the exchange of information can have a relevant impact on the commercial policies of the companies. In this respect, it must be pointed out a relevant decision of the French Competition Authority¹⁵, pertaining to practices implemented in the mobile telephony market. Mobile operators exchanged accurate and confidential information on the new subscriptions they had sold, as well as the number of customers who had completed their subscription. In this case the French Competition Authority

¹³ See N. KAR - A. MITCHELL, *Different Ways to Skin a Cat: The Balmoral Tanks Information Exchange Appeal*, in *Competition Law Journal*, 18, 2/2019, pp. 66-72.

¹⁴ *John Deere v. Commission*, Case C-7/95, [1998] ECR I-3111, par. 76.

¹⁵ French Competition Council, 3 november 2005, Decision n° 05-D-65, regarding practices in the mobile phone sector (“relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile”) (*Orange, SFR, Bouygues*), See L. CASTEX, *The french competition council imposes record fines on the mobile telephone operators for market sharing and exchange of information (orange, sfr, Bouygues)*, in *Concurrences*, 3 November 2005.

(FCA) specified that, although those practices are not strictly related to price-fixing, this kind of behavior can restrict the competition due to the connection between the nature of this information and the possibility for the companies to monitor the impact of their commercial policy. Indeed, according to FCA, this kind of information exchange could have a crucial influence on operator's choices of commercial strategy, and for this reason it constitutes a restriction of competition "by effect".

However, due to a certain orientation of the jurisprudence¹⁶ the distinction between restriction of competition "by object" and "by effect" over time has lost its significance. For these reasons, recently, in the Case *Toshiba corp. v Commission*, the Advocate General, in his opinion¹⁷, underlined that it is necessary to find a clear boundary between the two figures. The distinction is evidential because where there is a restriction "by object", there is no need to prove its actual anti-competitive effects; if the anti-competitive object is demonstrated there is no need to continue the investigation because the infringement is proved without the effects. Nevertheless, to define this distinction is demanded to start by overcoming the presumption of illegitimacy connected with the restrictions of competition "by object", which can be rebutted when no negative consequences can be demonstrated. From such an interpretation it would derive an improper mingling of both independent alternatives provided by Article 101: the prohibition on collusion having an anti-competitive object and the prohibition on collusion having anticompetitive effects.

This interpretation, that is provided by the Advocate General in a case related to a "Gentlemen's Agreement" infringement of Article 101, has recently been adopted by the Italian Council of State¹⁸, whom, in a case concerning bid-rigging cartel implemented through exchange of information infringement by object, stated that the restriction of competition "by object" must be distinguished by restriction of competition "by effect"

¹⁶ *Allianz Hungária Biztosító and Others v. Gazdasági Versenyhivatal*, Case C-32/11, [2013] EU:C:2013:160. When determining the context, it is also appropriate to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question.

¹⁷ *Toshiba corp. v. Commission*, Case C-373-14P, [2016] ECLI:EU:C:2016:26.

¹⁸ *Studio Immagine srl v. Italian Competition Authority*, Italian Council of State, Sec. VI, 29 March 2018, n. 2006.

inasmuch they are different perspective of the same phenomenon; the restriction of competition “by object” has a potential anti-competitive effect whilst the restriction of competition “by effect” has a concrete anti-competitive effect which has actually materialized.

The distinction between a restriction of competition “by object” and “by effect” deriving from an exchange of information is particularly important above all because of the recent decision of the Spanish Competition Authority (NMCC). The NMCC¹⁹ fined three tobacco manufacturing companies and a cigarette distributor company for an infringement of Art. 101 related to an exchange of information. In particular, the distributor company provided companies with a platform for accessing sales information for their own cigarettes and those of other companies. This decision represents an important precedent due to two kinds of reasons. Firstly, the NMCC has found an infringement of Art. 101 not only in the behavior of the third party (who had the highest sanction) but also in the behavior of companies, basing on the mutual data accessibility to competing companies. Secondly, it is interesting to notice that the Authority has moved away from the more used canonical T-mobile jurisprudence of the restrictions “by object”, striving to provide precise demonstrations of the intervening restrictions “by effect”. In fact, NMCC demonstrated how the practice could have determined effective restriction of competition on field of parallel increase in prices, total stability of market shares in a significant period of time, economic conditions that cannot be reconciled with the market crisis.

5. The economic conditions on the relevant markets

The relevance of the economic conditions on the relevant market has absolute importance in evaluating information exchange because, as ruled in the Asnef-Equifax case, the restriction of competition cannot be considered “in abstract” since it can vary on the basis of market economic condition. However, companies are more likely to reach a collusive outcome in markets which are sufficiently transparent, concentrated, simple, stable and symmetric.

¹⁹ National Markets and Competition Commission, Resolución Expte. S/DC/0607/17 TABACOS.

In order to assess how an exchange of information could restrict the competition, the analysis should include a case-by-case evaluation of the relevant market's characteristics. The Fourth Chamber of the General Court, in its judgement²⁰, underlined that the distortion of competition deriving from exchange of information depends on the economic conditions on the relevant markets and on the specific characteristics of the system concerned, such as, in particular, its purpose and the conditions of access to it and participation in it, as well as the type of information exchanged. In this particular case, the Court considered that the exchange of information between the two companies had an anti-competitive nature due to the fact that they held substantial market shares, equal to 40%.

The Court of Justice²¹, in 2017, confirmed the ruling of the court of first instance, since the appellant has neither relied upon nor demonstrated an obvious distortion of the facts or evidence.

In this case, therefore, precisely because of the high concentration of market shares, the Court of Justice has held that the companies' behavior results in an illegal restriction of competition.

Another related case demonstrating the connection between a case-by-case assessment of the economic conditions of the market that can lead to an infringement of Art. 101 is represented by a recent Bulgarian Competition Authority (BCA) decision. According to BCA²², the oil market competition in Bulgaria seems to be restricted as a result of coordinated movements of price and the exchange of information among companies. This case results really interesting since the BCA in its economic analysis, despite findings of anticompetitive undertaking's behavior, held to not fine the companies given that the prices process is economically legitimate and the oil companies have not infringed art. 15 of the Competition Act (the almost verbatim adoption of art. 101 TFUE).

²⁰ *Zucchetti Rubinetteria SpA v. European Commission*, General Court of the European Union, Case T-396/10, [2013] ECLI:EU:T:2013:446)

²¹ *Zucchetti Rubinetteria SpA v. European Commission*, EU Court of Justice, Case C-618/13 P, [2017] ECLI: ECLI:EU:C:2017:48.

²² *Bulgarian Competition Authority v. Lukoil Bulgaria LTD; Eco Bulgaria/Shell Bulgaria/OMV Bulgaria/NIS PETROL*, Decision N° 318, 28 March 2017. See E. MATEINA, *The bulgarian competition authority approves commitments by oil companies suspected of cartel activities*, in *Concurrences*, 28 March 2017.

6. Characteristics of the information exchanged

As we aforesaid, an exchange of information can produce a restriction of competition when it reduces or removes the degree of uncertainty. The information to which the Commission refers in its Guidelines (par. 86-94) are sensitive information²³ which may include prices (for example, actual prices, discounts, increases, reductions or rebates), customer lists, production costs, quantities, turnovers, sales, capacities, qualities, marketing plans, risks, investments, technologies and R&D programmes and their results.

In the leading case of banana cartel, bilateral pre-pricing communications were exchanged between the Dole companies and other undertakings in the banana sector²⁴. Those undertakings discussed their own quotation prices and certain price trends. Undertakings have defended themselves asserting that the bilateral communications were simply conversations pertaining to general conditions prevailing on the market, which were generic and may have touched on any one or more of the following topics: market trends, weather conditions in Europe, weather conditions in the countries where bananas are produced, ripeners' yellow stocks, estimated green ports stocks and other factors influencing supply and demand. To that objection, the Court replied that, as ruled in the T-mobile case²⁵, each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market. That condition strictly precludes any direct or indirect contact between such operators by which an undertaking may influence the conduct on the market of its actual or potential competitors, or disclose to them

²³ See B.C. ONDER - C. ARAALAN, *Information Exchange between Competitors and Its Results in Terms of Competition Law: Cartel*, in *GSI Articletter*, 12/2015, pp. 84-109

²⁴ *Banana Cartel*, EU Court of Justice, Case C-286/13P, [2015] ECLI:EU:C:2015:184, See K. GEEURICKX - K. FOUNTOUKAKOS, *The eu court of justice considers that the bilateral exchange between importers of pre-pricing information relating to the weekly quotation prices to a concerted practice with the object of restricting competition in breach of article 101 tfeu (banana cartel)*, in *Concurrences*, 19 march 2015.

²⁵ *T-Mobile Netherlands and Others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, EU Court of justice, C-8/08, [2009] EU:C:2009:343, par.33. See J. RIVAS, *The european court of justice clarifies the notion of concerted practice and holds that a single meeting amongst competitors where they exchanged sensitive information can be caught by eu antitrust rules (t-mobile Netherland)*, in *Concurrences*, 4 January 2009.

its decisions or intentions concerning its own conduct on the market, where the object or the effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question. In this regard, being had to the nature of the products or services offered, the size and number of the undertakings involved and the volume of that market. In *Dole*²⁶ case information was shared between competitors through public announcements. Despite *Woodpulp I*²⁷, the Commission Guidelines provide that, although a genuinely public unilateral announcement, for example through a newspaper, would generally not be caught under article 101 TFEU, depending on the facts of the case there is nevertheless a possibility that such announcements could be part of a strategy to reach a common understanding between competitors. This will be the case where such announcements are followed by public statements by other competitors.

Another case shows the importance given to the nature of the information exchanged. The FCA²⁸ investigated whether information exchanged through airport management authorities facilitated collusion between car rental companies operating at French airports. The FCA immediately noticed that it depends on two main factors: market structure and nature of information exchanged. The FCA, then, examined the nature of the information exchanged, stating that “it is necessary to determine whether the transmission of the individual turnover and the number of contracts concluded by each of the car rental companies during the previous month was such as to reduce the uncertainty in the market sufficiently so that each company was able to identify the pricing and commercial strategies of its competitors with sufficient precision to adapt its behaviour

²⁶ *Dole Food Company Inc. v. European Commission*, EU Court of Justice, Case C-286/13 P, [2015] ECLI:EU:C:2015:184. See T. WOODGATE - A. KAINTH, *The eu court of justice decides that the general court was correct in finding that the exchange of pre-pricing information was a restriction of competition by object under art. 101 tfeu (dole)*, in *Concurrences*, 19 March 2015.

²⁷ *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities*, EU Court of justice, C-129/85, [1988] EUECJ C-129/85, [1988] ECR 5193.

²⁸ French Competition Authority, *Europcar/Sixt/Avis/Hertz*, 17-D-03, 27 February 2017. See R. BURTON, *The french competition authority drops charges against car rental companies for exchanging detailed and individualised sales information (europcar/sixt/avis/hertz)*, in *Concurrences*, 27 February 2017.

accordingly". Nevertheless, the FCA had to drop charges against companies because the information, exchanged on aggregated basis, was not strategic and for this reason could not impede the competition.

A similar case was considered by the ICA²⁹ in the same car rental market. In particular, in this similar case nor the ICA, given the lack of supporting shreds of evidence, was able to impute the exchange of information to a restriction of competition. According to the ICA, the assessment of the characteristics of the data exchanged by the parties is very important. The ICA³⁰, in fact, underlined that Article 101 TFEU is more likely to be infringed when such data have a strategic nature because they are about prices and quantities and also about costs and demands. The strategic nature of the data can be also inferred from market coverage, aggregation, age and frequency of exchange. The ICA found that the data exchanged have a strategic nature when these were disaggregated data on quantities and prices, such as interest rates and other fees charged on consumers; were relevant to determine the yearly budgets and marketing plans of the parties; were not publicly accessible; were future ones or referred to the previous quarter; were exchanged on a quarterly basis amongst the captive banks and the participating trade associations.

Furthermore, the Italian Council of State³¹ recently excluded a restriction of competition due to the unspecificity of the information exchanged. In particular, the Court did not consider the facts as the ICA did because, in the specific case, the declaration of the participants to not exclude their interest in a contract awarded by an e-platform procurement company left a wide margin of uncertainty as to how many operators would bid for it. It was enough for the Court to exclude the sensible character of the information exchanged.

²⁹ Italian Competition Authority, Decision no. 26519 del 30 March 2017 – ICA Bulletin no. 14 of 18 April 2017.

³⁰ *Italian Competition Authority Finanziamenti Auto*, 20 December 2018. See M. GIANNINO, *The italian competition authority finds a cartel in the market for car hire purchase and imposes a record fine (car finance)*, in *Concurrences*, 20 December 2018.

³¹ Italian Council of State, *Toshiba / AGCM*, Case 7927/2012, 14 January 2019, n. 318. See M. GIANNINO, *The italian council of state confirms that the italian competition authority wrongly established a bid rigging practice in the medical sector (alliance / siemens / philips / toshiba / agcm)*, in *Concurrences*, 14 January 2019.

In conclusion, we now seem to have a presumption that exchange of commercially sensitive information that could be used to coordinate future conduct will do so, at least absent any potentially procompetitive justification³².

³² Cfr. K. COATES. *Information Exchange and a Definition of a Cartel under EU Law*, in *Antitrust*, vol. 30, no. 3, Summer 2016, pp. 95-102.

COMMENTO A PRIMA LETTURA
DELL'ORDINANZA N. 117 DEL 2019:
IL DIRITTO AL SILENZIO NEL PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO SANZIONATORIO*

MARIA TARANTINO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dal diritto di partecipare al procedimento amministrativo al dovere del sospettato di collaborare nel procedimento amministrativo sanzionatorio a suo carico. – 3. Il diritto al silenzio nel procedimento penale. – 4. Il silenzio come forma di godimento del diritto di difesa. – 5. L'ambito di applicazione dell'art. 24, comma 2, Cost. – 6. Conclusioni.

Abstract: On 10th of May 2019, the Constitutional Court made a preliminary referral to the EU Court of Justice concerning citizen's guarantees in administrative procedure for the application of administrative sanctions by the Consob. This order offers a starting point to analyse the relationship between the right to remain silent in front of Independent Administrative Authorities and the right of defense pursuant to article 24, par. 2, Const. In particular, this study aims to check whether this rule includes the right to remain silent in all proceedings despite the fact that they are different from penal proceedings.

1. Premessa

Continua l'opera di ristrutturazione del procedimento amministrativo sanzionatorio avviata dalla giurisprudenza costituzionale e sostanzialmente orientata ad estendere alle

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

sanzioni amministrative afflittive secondo i parametri *Engel*¹ garanzie tradizionalmente proprie della sanzione penale.

Dopo le sentenze nn. 63² e 112³ del 2019, la Consulta torna a pronunciarsi sul tema con l'ordinanza del 14 maggio 2019, n. 117, questa volta rivolgendosi alla Corte di Lussemburgo per sapere se è compatibile con il diritto comunitario l'estensione del diritto al silenzio alle sanzioni amministrative di natura afflittiva.

Come noto, la questione trae origine dal procedimento sanzionatorio avviato dalla Consob nei confronti dell'amministratore di una società. Procedimento all'esito del

¹ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100-01-02/71, 5354/72; 5370/72. In tema, *ex aliis*, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, pp. 1899 ss.; V. MANES, *Art. 7*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 259 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, pp. 273 ss. Per una lettura critica della rivalutazione in senso sostanziale della reazione punitiva, in assenza di un criterio epistemologico certo e predeterminato sull'individuazione della materia penale che contenga il rischio di rimettere alla discrezionalità del singolo giudicante (in un sistema imperniato sul principio di legalità) la riqualificazione della sanzione, M. DONINI, *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 7/2018, p. 2284: "dopo i criteri Engel, e anni di sperimentazioni senza un esito concettuale convincente, le ultime pronunce ci consegnano un relativismo insuperato [...] l'apparente convinzione collettiva di sapere che ciò che affligge è penale non riesce ad appagare l'analisi scientifica, anche se può produrre risultati di contingente consenso politico".

² Su cui M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 10/2019, pp. 6 ss.; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 10/2019, pp. 24 ss.; E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in *Giur. comm.*, 5/2019, p. 1015.

³ Cfr. anche l'ordinanza di rimessione della Suprema Corte di Cassazione: *Cass.*, sez. I, 6 aprile 2018, n. 8590, con nota di G.L. GATTA, *Confisca 'amministrativa' per l'Insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, in *Dir. pen. con.*, 5/2018, pp. 295 ss.

quale l'Autorità medesima gli aveva irrogato, tra le altre, una sanzione pecuniaria di 50.000 euro per aver rinvio più volte la data dell'audizione alla quale era stato convocato e per essersi rifiutato, una volta presentatosi, di rispondere alle domande poste dalla Consob. Ai sensi dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u. fin., infatti, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 ad euro 1 milione "*chiunque*", e cioè anche colui che sia già stato individuato come il possibile autore di un illecito amministrativo di competenza dell'Autorità, non ottempera nei termini alle richieste della Consob ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni.

Ora, i profili di interesse che l'ordinanza in esame suscita sono senz'altro più di uno. Dal punto di vista dei rapporti tra ordinamenti, ad esempio, meriterebbe una riflessione l'utilizzo del rinvio pregiudiziale come tecnica di costruzione del dialogo tra Corti e, accanto a questo, il tema della reciproca integrazione delle Carte nell'interpretazione, in vista della miglior tutela dei diritti a livello sistemico.

Per altro verso, l'ordinanza in esame offre lo spunto per riflettere sul ruolo della partecipazione del privato nel procedimento amministrativo che, ferma l'indubbia valenza anche collaborativa, mentre nasce come strumento di difesa del singolo nei confronti della pubblica amministrazione, finisce per ridimensionare questa sua funzione garantistica intrinseca, trasformandosi, nel procedimento sanzionatorio, in uno strumento solo di efficacia dell'azione amministrativa.

In questo senso l'ordinanza n. 117, soffermandosi sul diritto del privato a rimanere in silenzio davanti alla Consob, suggerisce di interrogarsi sui rapporti tra il silenzio e il diritto di difesa per chiarire se un diritto di libertà dalle autoincriminazioni sia configurabile indipendentemente dalla minaccia di una sanzione formalmente o anche solo sostanzialmente penale. In altri termini, se dal tenore letterale dell'art. 24, comma 2, Cost. non possa trarsi l'esistenza di un diritto al silenzio in ogni tipo di procedimento.

2. Dal diritto di partecipare al procedimento amministrativo al dovere del sospettato di collaborare nel procedimento amministrativo sanzionatorio a suo carico

L'inizio degli anni '90, come noto, coincise con l'avvio di un nuovo modo di intendere l'attività amministrativa. Sulla scia di una dottrina e di una giurisprudenza già da tempo sensibili alle istanze del cittadino⁴, con la l. 7 agosto 1990, n. 241, scomparvero quei modelli di esercizio del potere che costringevano in uno stato di soggezione il privato di fronte all'amministrazione e la tradizionale definizione di procedimento amministrativo come sequenza ordinata di atti collegati tendenti all'adozione del provvedimento finale smarrisce il suo significato. Le sequenze procedimentali e il provvedimento conclusivo finiscono per diventare momenti di un insieme e cambia la posizione del privato nei rapporti con l'amministrazione. Ai casi in cui è il privato stesso ad imprimere forma all'azione amministrativa e a darsi da sé il risultato che prima doveva necessariamente ottenere attraverso un provvedimento espresso⁵ si affiancano, infatti, sempre più spesso, quelli in cui il modello amministrativo non è più alternativo al negozio e diviene esso stesso la forma dell'attività negoziale. Il procedimento amministrativo, in queste ipotesi, finisce per rappresentare lo schema complesso entro cui si contemperano valutazioni amministrative e volontà del privato, si compongono e si disaggregano i diversi interessi in gioco in modo tale da rendere indistinguibile il momento in cui finisce l'espressione autoritativa per dare ingresso a quella consensuale⁶.

E nella nuova dimensione aperta e dialettica della funzione amministrativa, che si attua nel contraddittorio procedimentale, è stato colto il collegamento tra il fenomeno formale della sequenza ordinata di atti e di operazioni e i profili contenutistici ed effettuali del provvedimento finale⁷.

⁴ V. Cons. St., sez. IV, 29 novembre 1895, n. 423.

⁵ F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. III, Milano, 1999, p. 872.

⁶ Sugli effetti di tale tendenza sul riparto delle giurisdizioni, *ibid.*

⁷ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, p. 540.

A questo risultato, che alcuni autori definiscono paradossale⁸, si è giunti attraverso l'attenuazione dei profili di autoritatività dell'azione amministrativa o, meglio, attraverso il superamento del tradizionale modello di assunzione delle decisioni, quello unilaterale.

Infatti, con la l. 7 agosto 1990, n. 241, il privato, le cui istanze partecipative avevano trovato riconoscimento solo a livello pretorio, entra definitivamente in scena.

L'intento era quello di consentirgli di prender parte all'azione amministrativa, anticipando così la sua difesa – fino a quel momento successiva all'adozione del provvedimento e garantita dall'esterno dal ricorso alla giurisdizione – al contraddittorio procedimentale.

Il contraddittorio procedimentale, inteso come momento di contrapposizione di parti mosse da interessi diversi⁹, non è estraneo alla figura del processo¹⁰. Ma sul punto si tornerà.

Ora, non è seriamente contestabile che il procedimento così strutturato contribuisca al miglioramento dell'azione amministrativa e che, pertanto, accanto alla dimensione tradizionalmente *difensiva* della partecipazione ce ne sia una sostanzialmente *collaborativa*. Ed invero, la fondamentale idea di contraddittorio procedimentale può essere declinata in due modelli, rispettivamente polarizzati attorno alle finalità di *collaborazione*, da un lato, e a quello di *garanzia*, dall'altro. Nel primo prevale il punto di vista utilitaristico dell'amministrazione e, quindi, la presenza del destinatario dell'atto o di altri soggetti nel procedimento è apprezzata nella prospettiva delle informazioni che essi possono apportare in vista della formazione del provvedimento. E, sotto questo profilo, il principio dell'azione amministrativa che trova attuazione è quello della efficacia: la partecipazione, infatti, agevola l'emersione di tutte le dimensioni dell'interesse primario perseguito e innesca meccanismi di autocorrezione amministrativa.

⁸ F. TEDESCHINI, *Op. cit.*, p. 873.

⁹ A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento partecipazione nella L. n. 241/90 (quaranta anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 4/1992, p. 684.

¹⁰ In tal senso v. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, *passim*.

Ma questa dimensione funzionale del procedimento non riesce, tuttavia, ad oscurarne la tensione garantistica intrinseca.

La l. 7 agosto 1990, n. 241, sul punto, è chiarissima, disciplinando una serie di istituti che, dalla comunicazione di avvio del procedimento al preavviso di rigetto, passando per la disciplina dell'accesso, sono tutti preordinati a rendere pubblica e conoscibile al privato l'azione amministrativa per garantire che il procedimento amministrativo, utilizzando un'espressione nota alla Corte costituzionale¹¹, sia anche "giusto".

Sotto questo profilo e ai fini che ci occupano è dirimente il fatto che "[l]a *pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990, n. 241 (...), il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (art. 24 e 113 Cost.)*"¹².

Affermazione, questa, che consacra il definitivo superamento dell'interpretazione del principio del giusto procedimento quale mero "orientamento" per il Legislatore e per l'interprete non assistito da garanzia costituzionale¹³. Al contrario, il fondamento del principio di pubblicità, corollario essenziale del giusto procedimento, viene riscoperto non solo nell'art. 97 Cost., ma anche, e soprattutto, negli art. 24 e 113, riferendo così la tutela del diritto di difesa anche all'alveo propriamente procedimentale.

Queste considerazioni devono trovare conferma a maggior ragione quando la minaccia dell'azione amministrativa consiste nell'applicazione di una sanzione, intesa nel senso più ampio possibile come una conseguenza pregiudizievole, indipendentemente dal fatto che essa abbia natura amministrativa ovvero sostanzialmente penale.

Ma se tutto questo è vero, e cioè se l'esercizio della funzione amministrativa si snoda secondo moduli procedimentali non estranei al modello processuale e se questi moduli procedimentali

¹¹ Sin dalla sentenza della C. cost., 24 aprile 1966, n. 30.

¹² C. cost., 17 marzo 2006, n. 104.

¹³ In questi termini, C. cost., 31 maggio 1995, n. 210 (che richiama C. cost., 24 febbraio 1995, n. 57). In tema, G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm. T.A.R.*, 7-8/2007, pp. 2707 ss.

sono concepiti in funzione difensiva del privato, allora la questione della configurabilità di un diritto al silenzio nel procedimento amministrativo e a maggior ragione nel procedimento amministrativo sanzionatorio va esaminata a prescindere dall'argomento della natura sostanzialmente penale della sanzione e dal punto di vista del contenuto del diritto di difesa dell'art. 24 della Costituzione.

Bisogna allora domandarsi cos'è il diritto al silenzio nel nostro ordinamento giuridico e se la sua tradizionale dimensione penalistica sia costituzionalmente imposta, tenendo tuttavia a mente che per provare a rispondere a questo quesito occorrerà capire com'è costruito il diritto di difesa nella nostra Costituzione. In questa prospettiva, i profili che dovranno essere esplorati sono essenzialmente due: il primo, se l'art. 24, comma 2, riassume in sé tutte le complesse valenze e le multiformi declinazioni che la difesa può assumere; il secondo, se la nozione di procedimento di cui all'art. 24, comma 2, vada circoscritta ai soli casi di esercizio della funzione giurisdizionale da parte di un'autorità giudiziaria ovvero se ai fini della sussistenza di un procedimento rilevante ai sensi della Costituzione sia sufficiente l'esistenza di un conflitto di interessi, regolato in contraddittorio, di cui uno rischia di essere definitivamente pregiudicato.

3. Il diritto al silenzio nel procedimento penale

Iniziando dal diritto al silenzio, si potrebbe dire che esso non è espressamente menzionato dalla Costituzione, ma che, ciononostante, è pacifico¹⁴ che promani direttamente da alcuni fondamentali principi in essa sanciti e, in particolare, dall'inviolabilità del diritto di difesa¹⁵, dalla presunzione di

¹⁴ Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale, il diritto al silenzio costituisce un "corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa", riconosciuto dall'art. 24 Cost. In tal senso, v. *ex plurimis* C. cost., 28 giugno 2004, n. 202; C. cost., 26 novembre 2002, n. 485; C. cost., 26 giugno 2002, n. 291.

¹⁵ Cfr. V. GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/1998, p. 1131; L. PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 312; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 86.

innocenza¹⁶. All'origine del suo riconoscimento come momento negativo del diritto di difesa ci sono il rispetto dovuto alla libertà morale dell'imputato¹⁷ e, in qualche modo, anche la preoccupazione di assicurare un certo grado di dignità ai metodi di investigazione giudiziaria. All'ordinamento giuridico ripugnava, infatti, l'idea che l'imputato potesse essere obbligato a fornire le prove della sua colpevolezza e così, anche a costo di sacrificare l'accertamento del fatto, è stata bandita ogni forma di coartazione della libertà morale dell'indagato, senza dubbio la più decisiva delle fonti di cognizione del giudice penale.

L'idea che fosse *contra naturam* ottenere dall'imputato le conoscenze necessarie per condannarlo perché ne offende la dignità¹⁸ risale alla avversione illuministica al modello processuale di tipo inquisitorio dell'*Ancien régime* e, nell'ordinamento vigente, rappresenta una scelta di rilievo sistematico, storico e politico che dà l'avvio ad una visione del processo penale quale strumento di difesa delle libertà.

Il punto è, tuttavia, che il percorso che ha condotto al riconoscimento del rango costituzionale di questo diritto innominato¹⁹ non sembra del tutto compiuto. Questa libertà dalle autoincriminazioni, infatti, è stata da sempre studiata e riconosciuta in Italia nella forma particolare del diritto dell'imputato a non essere costretto a rendere disposizioni autoincriminanti, potendo egli rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di rispondere alle domande del

¹⁶ Cfr. V. PATANÈ, *Op. cit.*, p. 107; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 48; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 191.

¹⁷ V. PATANÈ, *Op. cit.*, p. 110; E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 3/1974, p. 411.

¹⁸ Su tali profili, per tutti, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 9; M.L. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. it.*, 8-9/2017, p. 2002. Nel senso che "non interessa la scoperta della verità a seguito un processo dal quale la civiltà riesce umiliata": G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1/1986, p. 21; D. BARBIERI, *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 227.

¹⁹ O un diritto "silenzioso" affermava sarcasticamente P. VOLO, *Le silencieux droit au silence*, in *Les petites affiches*, 19 luglio 1993, p. 17.

giudice o dell'autorità competente per le indagini²⁰. Tuttavia, questo diritto, in quanto derivante e garantito dall'art. 24, comma 2, potrebbe essere riconosciuto in una dimensione più ampia di quella considerata sinora.

4. Il silenzio come forma di godimento del diritto di difesa

Come anticipato, il fatto che il diritto al silenzio sia stato essenzialmente concepito come diritto dell'imputato, oltre a dipendere dal fatto che esso è espressamente previsto nel codice di procedura penale, si spiega alla luce della più generale tendenza ad approfondire (ovvero a restringere) l'indagine del contenuto del diritto di difesa ai diritti dell'indagato di fronte all'esercizio dell'azione penale in considerazione dei beni giuridici su cui questi ultimi incidono. In questa prospettiva è stato acutamente sottolineato che il secondo comma dell'art. 24 assicura a tale soggetto la più ampia possibilità di operare nel processo penale per la tutela dei beni che questo mette in pericolo, garantendogli, in linea di principio, tutti i diritti, poteri e facoltà non protetti da altre disposizioni costituzionali. Tali pretese si sostanziano essenzialmente nel diritto dell'imputato ad essere informato dell'apertura di un procedimento penale a suo carico, dell'imputazione mossagli e delle eventuali richieste formulate dall'ufficio dell'accusa, il diritto di preparare ed enunciare la propria tesi difensiva e di ottenere l'assunzione delle prove che la suffragano, il diritto di concorrere a tutti gli atti di acquisizione probatoria e specificamente a quelli delle prove a carico, nonché il diritto di farsi assistere o sostituire da un difensore nello svolgimento di queste attività²¹.

L'ampiezza delle facoltà riconosciute, ed ora elencate solo in via esemplificativa, dipende dal fatto che la disposizione in esame è generica ed aperta. Con la conseguenza che, qualora l'esperienza dimostrasse e la coscienza collettiva riconoscesse l'utilità, ai fini di una più efficace difesa dell'imputato, di un qualsiasi altro diritto, potere o facoltà, anche questo dovrebbe

²⁰ E. AMODIO, *Op. cit.*, p. 413.

²¹ Cfr. N. CARULLI, *Difesa dell'imputato*, Napoli, 1974, p. 61.

immediatamente dirsi compreso nella garanzia offerta dalla norma in esame²².

Ciò trova conferma anche nelle parole di Grossi²³, il quale commentava la riforma dell'art. 111 Cost. ponendo un problema di coordinamento, se non addirittura di compatibilità, tra la nuova disposizione e il diritto di difesa "*inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*". Nella prospettiva dell'autore, infatti, il nuovo art. 111, riconoscendo nel solo processo penale una serie di diritti già interni all'art. 24, comma 2, sollevava alcuni interrogativi "*sulla meno piena garanzia che ne deriverebbe per ogni altro processo diverso da quello penale*" e "*per il ridimensionamento che verrebbe a colpire il secondo comma dell'art. 24 citato*"²⁴. E, in questo senso, giungeva ad affermare che "*se tutti questi interrogativi fossero fondati, vale a dire se si dovesse pervenire alla conclusione che, nell'encomiabile intento di precisare e di migliorare le garanzie di difesa, si sia in realtà diminuita in qualche parte quella già sinteticamente ma saldamente accordata dall'art. 24, comma 2, dispiegherebbe allora tutta la sua rilevanza l'opinione per quanto concerne il significato delle definizioni di inviolabilità*"²⁵.

Tanto detto in relazione al contenuto *aperto* dell'art. 24, comma 2, di cui il silenzio costituisce una tra le sue proteiformi manifestazioni, non è seriamente dubitabile che una tale ampiezza di contenuto sia riferibile anche al processo civile, a quello amministrativo, al processo contabile e a quello costituzionale, al processo tributario.

Il punto è se, piuttosto, la dilatazione dell'art. 24, comma 2, possa essere spinta fino ad accogliere l'idea che l'esercizio del diritto di difesa non sia circoscritto al solo caso di esercizio della funzione tipicamente giurisdizionale.

²² B. BALLERO, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 997; M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 1287.

²³ P.F. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, pp. 77 ss.

²⁴ *Id.*, p. 89.

²⁵ *Id.*, p. 91.

5. L'ambito di applicazione dell'art. 24, comma 2, Cost.

In una prospettiva ermeneutica sinora inesplorata e, per certi versi, di tipo evolutivo, sembra che al quesito possa darsi soluzione positiva.

Nello specifico, valorizzando il dato secondo cui la fenomenologia del "processo" non sarebbe circoscritta all'estrinsecazione della sola funzione giurisdizionale, ma si estenderebbe anche all'ambito amministrativo fino a comprendere tutti i casi in cui "*un soggetto, diverso dall'autore dell'atto, influisce per la difesa di un proprio interesse, nella concretizzazione di un potere di decisione*"²⁶, si può giungere a predicare l'operatività di questo diritto, in tutte le forme in cui il suo godimento può manifestarsi, anche in relazione al procedimento amministrativo. Che all'*agere* amministrativo non sia del tutto estraneo lo schema processualistico trova sostegno, del resto, nel fatto che, negli antichi Stati europeo-continentali, non si rinviene una concreta distinzione, né organica né tantomeno funzionale, tra la *jurisdictio* e l'*administratio*²⁷. I magistrati, accanto alla tradizionale attività giusdicente, esercitavano anche l'*officium nobile* dell'*imperium*, vale a dire le funzioni materialmente riconducibili all'amministrazione attiva. Tracce di questa originaria *amministrazione giustiziale* si riscoprono, oggi, proprio nel fenomeno delle autorità amministrative indipendenti. Con la loro anfibologica natura di autorità amministrative quasi *judicial*, esse sembrano, infatti, il segno tangibile ed inequivoco della "*ricomposizione della*

²⁶ In tal senso, v. F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1988, pp. 1 ss.

²⁷ Sull'originaria indistinzione tra funzione amministrativa e giurisdizionale, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, pp. 52 ss.; F. CALASSO, *Jurisdictio nel diritto comune classico*, in *Studi in onore di Arangio Ruiz*, Napoli, 1953, pp. 423 ss.; L. MANNORI, *Per una "preistoria" della funzione amministrativa. Cultura giuridica ed attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19/1990, pp. 323 ss.; L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari, 2001, *passim*, che hanno visto nel rapporto tra giustizia ed amministrazione e nelle sue diverse declinazioni storiche una delle grandi circolarità che hanno segnato i percorsi della statualità.

*frattura tra giustizia e amministrazione*²⁸. Ciò, oltre che per il fatto di assommare in sé poteri regolamentari, di amministrazione attiva e giurisdizionali, soprattutto perché, in una sorta di osmosi delle forme, adoperano, nell'esercizio di alcune delle loro funzioni, stilemi tipicamente processuali. E i fatti all'origine dell'ordinanza n. 117 ne sono la dimostrazione.

Questa predicata vicinanza sembra, per altro verso, trovare nuova conferma nel fatto che, secondo la migliore tradizione costituzionalistica, funzione amministrativa e giurisdizione, entrambe concepite come individualizzazione e attuazione di norme generali ed astratte, rappresentano due momenti di una funzione unitaria: *provvedere*²⁹.

Non sembra dunque priva di consistenza teorica, oltre che storica³⁰, la possibilità di versare le forme della funzione giurisdizionale in quella amministrativa. Di questa possibilità la l. 7 agosto 1990, n. 241, la motivazione del provvedimento, il termine del procedimento, la comunicazione di avvio, la partecipazione mediante audizione e presentazione di documenti e memorie, costituiscono l'attuazione.

Se queste considerazioni sono fondate, non sembra che un ostacolo al riconoscimento del procedimento amministrativo (*a fortiori* sanzionatorio) come ambito di applicazione dell'art. 24, comma 2, in ogni sua forma possa venire dalla destinazione processuale tradizionalmente predicata della norma. Non solo, infatti, anche il procedimento amministrativo presenta stilemi tipicamente processuali – intendendo per processo, nell'accezione più lata del termine, una sequenza di norme, atti e posizioni giuridiche soggettive interconnesse, cui sono abilitati a partecipare, in contraddittorio, anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti – ma

²⁸ Così L. MANNORI - B. SORDI, *Op. cit.*, p. 523.

²⁹ Cfr. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 255; ID., *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 962 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, 1970, pp. 21 ss.; A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 66; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p. 30; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 152 ss.; ID., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, pp. 4 ss.; S. FOIS, *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Torino, 2010, pp. 261 ss.

³⁰ Senza che con ciò si arrivi a sostenere una radicale assimilazione tra le due funzioni considerate.

curiosamente l'art. 24, comma 2, utilizza il termine procedimento in luogo di quello "processo".

Qualcuno potrebbe obiettare che si tratti di un dato privo di reale significato perché il procedimento amministrativo non esisteva quando in Assemblea costituente veniva scritto l'art. 24. Tuttavia, è quantomeno suggestivo e potrebbe gettare nuova luce sul significato della norma il fatto che molto prima che iniziassero i lavori preparatori della Costituzione il giudice amministrativo era già intervenuto più volte sul rapporto tra diritto di difesa e *procedimento* amministrativo. Risale infatti al 1891 una sentenza storica del Consiglio di Stato, poi richiamata dalla successiva giurisprudenza³¹, che ha annullato una sanzione disciplinare inflitta ad un impiegato perché non era stato sentito prima della irrogazione della sanzione. Sia pure in assenza di una espressa previsione normativa, l'Amministrazione era comunque tenuta a contestare gli addebiti e a consentire all'impiegato di potersi difendere. Il Consiglio di Stato introduceva così nel sistema una nuova norma giuridica³² che si poneva come corollario necessitato di un "*principio di eterna giustizia, informato al sacro diritto alla difesa*"³³. Il problema "diritto di difesa – procedimento amministrativo" non doveva essere sconosciuto neanche a quell'epoca. E, in questo contesto, potrebbe rivelare molto più di quanto a prima vista poteva sembrare la scelta del Costituente di utilizzare il termine "*procedimento*" nell'art. 24, comma 2.

Contro la configurabilità di un diritto di difesa amministrativa assimilabile alla difesa giurisdizionale per il tramite dell'art. 24 si potrebbe variamente sostenere che sarebbe di ostacolo l'assenza di neutralità del soggetto decidente, pur sempre portatore di un interesse di parte, per quanto *sui generis*, ovvero che il procedimento amministrativo, a differenza del processo, non ha lo scopo di proteggere i diritti delle parti. Tuttavia, è proprio quando le situazioni giuridiche soggettive del privato – abbiano esse la forma del diritto soggettivo ovvero dell'interesse legittimo o di altro interesse (non di mero fatto ma)

³¹ V. Cons. St., sez. IV, 29 novembre 1895, n. 423.

³² L. MARUOTTI, *Le prime pronunce della Quarta sezione e il contributo alla formazione del diritto amministrativo nazionale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 20 novembre 2019.

³³ Cons. St., sez. IV, 29 novembre 1895, n. 423.

giuridicamente rilevante³⁴ – rischiano di essere maggiormente compromesse che il diritto di difesa deve trovare la più integrale attuazione.

Ulteriori spunti di riflessione in tal senso potrebbero, infine, derivare dalla considerazione di alcune esperienze straniere, in cui da tempo le regole della giustizia nel procedimento sono state elaborate come statuto costituzionale unitario del pubblico potere che si staglia dinnanzi alle sfere giuridiche soggettive, nell'applicazione del diritto sia sostanziale che processuale. Una simile interpretazione, del resto, consentirebbe anche di allinearsi alla tendenza tracciata dalla Corte EDU che, pur evitando in proposito un approccio dogmatico, ha tuttavia saputo riferire le garanzie previste dall'art. 6 CEDU anche al procedimento amministrativo³⁵ ogniqualvolta si controverta di situazioni decisive per l'esercizio di posizioni giuridiche soggettive comunque rilevanti per l'ordinamento³⁶.

6. Conclusioni

Il superamento dell'idea che la tradizionale dimensione penalistica del diritto al silenzio sia costituzionalmente imposta muove, da un lato, dalla constatazione dell'ampiezza, da un lato, del contenuto potenzialmente omnicomprensivo e, dall'altro, dell'ambito di applicazione dell'art. 24, comma 2. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, l'uso di un termine generale e generico come *procedimento* e l'intima connessione comunque

³⁴ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, con note di R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'era della responsabilità*; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, tutte in *Foro it.*, 1/1999, pp. 2487 ss.

³⁵ V. C. eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, *Plaçi c. Italia*, n. 48754/2011.

³⁶ V. C. eur. dir. uomo, 16 luglio 1971, *Michael Ringeisen c. Austria*, ricorso n. 2614/65, par. 94: “for Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), to be applicable to a case («contestation») it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons, (...). The wording of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), is far wider; the French expression «contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil» covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations”.

sussistente tra procedimento medesimo e processo suggeriscono di ripensare il significato della norma. Tanto, anche in considerazione del fatto che il procedimento amministrativo, toccando in modo immediato e profondo le libertà dei cittadini e l'assetto dei poteri pubblici, si pone al centro della dialettica autorità/libertà, immanente in ogni rapporto pubblicistico. Questa lettura, del resto, rafforzerebbe le garanzie del privato di fronte all'esercizio del potere, la cui procedimentalizzazione costituisce limite all'arbitrio³⁷ e consentirebbe, poi, di assegnare al procedimento stesso una funzione potenzialmente deflattiva del contenzioso.

³⁷ F. BENVENUTI, *Prefazione*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa negli ordinamenti contemporanei. Introduzione generale*, vol. XIII-XIV, Napoli, 1964; sul procedimento come rappresentazione della tensione ricorrente fra il momento autoritario e quello libertario ancora G. PASTORI, *Op. cit.*, p. 34.

PROCEDURA DI DE-LISTING E DIRITTI UMANI: AGGIORNAMENTI SU UN TEMA ANCORA ATTUALE*

CHIARA VENTURINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La procedura di *de-listing*. – 3. Le criticità. – 3.1. Indipendenza. – 3.2. Trasparenza e *due process* – 4. Effetti e limiti. – 5. Conclusioni.

Abstract: Sanctions adopted by the Security Council under art. 41 of the UN Charter are of various kinds, in accordance with the body's freedom of action. Since 1999, in order to fight terrorism the Security Council has been adopting sanctions against individuals, which might consist in limitations of their fundamental rights. The de-listing system is, at the moment, the only review mechanism, which protects individuals from an abusive use of such sanctions; yet, it is not sufficient. The established procedure does not satisfy the human rights standard required for by the *Kadi* jurisprudence, even if it was amended in its follow-up. Nevertheless, States do not take any action against this lack of protection for individuals.

1. Introduzione

Gli sviluppi in tema di lotta al terrorismo hanno portato gran parte della dottrina ad interrogarsi sul ruolo che il Consiglio di sicurezza ha assunto negli ultimi venti anni¹. Al fine di

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Il tema è stato ampiamente trattato in dottrina e non è possibile qui fornire una bibliografia esaustiva. Ci si limita a citare G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer II*, Torino, 2003; W.M. REISMAN, *The Constitutional*

combattere il pericoloso fenomeno, il Consiglio ha trovato ampio spazio nell'applicare misure preventive di tipo sanzionatorio, sia nei confronti di Stati, che nei confronti di individui². Tra esse si inserisce quella categoria di sanzioni note come *smart sanctions*, che hanno la funzione di colpire i singoli individui che cooperino con i gruppi terroristici o siano essi stessi terroristi. Nel presente breve lavoro ci si riferirà a quelle misure mirate a soggetti associati ad Al-Qaida e Da'esh, emesse dal Comitato delle sanzioni del Consiglio di sicurezza in attuazione delle risoluzioni 1267 (1999), 1989 (2011) e 2253 (2015) concernenti lo Stato islamico in Iraq e nel Levante (Da'esh), Al-Qaida *and associated individuals, groups, undertakings and entities*³. Si tratta di azioni che il Consiglio adotta *ex art.* 41 della Carta ONU; esse sono definite *smart sanctions* perchè hanno il vantaggio di non avere effetti negativi sull'intera popolazione⁴ di uno Stato destinatario, in quanto dirette al singolo responsabile di minacce alla pace e alla sicurezza, a differenza di quanto avviene nel caso delle misure non implicanti l'uso della forza "classiche". Questa

Crisis in the United Nations, in *AJIL*, 1/1993, pp. 83-100; i numerosi interventi di P. PICONE, i più risalenti dei quali, incentrati sul ruolo che il Consiglio di Sicurezza è apparso acquisire sul piano del sistema giuridico internazionale consuetudinario negli anni Novanta del secolo scorso e nei primi anni Duemila, sono raccolti in *Comunità Internazionale e Obblighi "erga omnes"*, Napoli, 2006; N. KRISCH, *Article 39*, in B. SIMMA ET AL. *The United Nations Charter: A Commentary*, III ed., 2012, pp. 1274-1275.

² S. FORLATI, *Sanzioni economiche e tutela umanitaria*, in *RDI*, 3/1997, pp. 705-739; A. CIAMPI, *Individual Remedies Against Security Council Targeted Sanctions*, in *Italian Y.B. Int'l L.*, 55/2007, pp. 54-77; ID., *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007; ID., *Security Council targeted sanctions and human rights*, in *Securing human rights? Achievements and challenges of the UN Security Council*, 2011, pp. 98-140; M. HAPPOLD - P. EDEN, *Economic sanctions and international law*, 2016; N. KINCHIN, *Administrative Justice in the Un: Procedural Protections, Gaps and Proposals for Reform*, UK, 2018; L. VAN DEN HERIK (a cura di), *Research Handbook on Un Sanctions and International Law*, UK, 2017.

³ Da qui in avanti Comitato.

⁴ In precedenza, il Consiglio di sicurezza aveva autorizzato deroghe umanitarie all'applicazione di misure economiche concernenti cibo e medicinali (S/RES/661 (1990)).

modifica strutturale del sistema sanzionatorio è frutto di una lettura estensiva degli artt. 24, 39, e 41 della Carta ONU⁵.

Nel 1999⁶, i soggetti inseriti in lista erano ben pochi e la lotta al terrorismo aveva un carattere ancora poco diffuso. In seguito agli eventi dell'11 settembre 2001, le necessità di protezione contro e di punizione dei terroristi sono aumentate esponenzialmente e la risposta del Consiglio ha comportato un netto aumento dei soggetti compresi nell'elenco. Solo nel 2009 si è provveduto⁷ ad istituire un ufficio indipendente⁸, ovvero l'*Ombudsperson to the ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions Committee*, istituendo una procedura più efficace e garantista per i soggetti inseriti nelle *blacklist*, i quali fino a quel momento si potevano rivolgere solo ad un *Focal Point*⁹, con scarsi risultati.

La procedura menzionata è problematica quanto al rispetto dei diritti umani dei destinatari delle misure. Le lacune di tutela insite nelle procedure di *listing*, *de-listing* e attuazione delle misure da parte degli Stati membri sono numerose e sono state evidenziate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella celebre giurisprudenza *Kadi*. Nel tentativo di porre rimedio a queste mancanze, il Consiglio di sicurezza ha istituito, appunto,

⁵ N. KRISCH, *Article 41*, in B. SIMMA ET AL. *The Charter of the United Nations* cit., p. 1308; E. DE WET, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004; B. CONFORTI, *The Law and Practice of the United Nations*, Nijhoff, 2005.

⁶ In seguito agli attacchi terroristici alle ambasciate USA in Kenya e Tanzania nasce il regime sanzionatorio *ex. S/RES/1267 (1999)*: il Comitato e il Consiglio di sicurezza si limitavano a ratificare la richiesta di *listing* proveniente dagli Stati membri ed ai soggetti sottoposti alle misure non veniva garantita alcuna possibilità di accedere alle informazioni o essere cancellati dalla lista. Solo con le risoluzioni 1617/2005 e 1735/2006 chiede agli Stati proponenti di fornire informazioni che giustificano l'inserimento nella *blacklist*. Dal 2008 il Comitato è tenuto alla redazione di un *narrative summary*.

⁷ S/RES/1904 (2009).

⁸ Sotto la spinta del Segretario Kofi Annan e dei richiami in tal senso della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte EDU (*Kadi I e Kadi II* rispettivamente Corte giust. UE, 3 settembre 2008, *Kadi and Al Barakaat International Foundation c. Council and Commisison*, C-402/05P e C-415/05 P, ECR I-06351, e Corte giust. UE, 18 luglio 2013, *Kadi c. European Commission*, C-584/10 P, C-539/10 P e C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:176 e C. eur. dir. uomo, 26 giugno 2016, *Al Dulimi and Montana Management INC c. Switzerland*, application n. 5809/08).

⁹ S/RES/1904 (2009), punto 21.

l'*Ombudsperson*¹⁰. Si tratta di un organo che si occupa delle richieste di *de-listing* presentate dai soggetti inseriti nelle *blacklist* (individui ed enti), che si ritiene siano associati alle organizzazioni terroristiche.

Sulla base di dette premesse, appare opportuno oggi considerare i caratteri e gli effetti della procedura richiamata, come si è concretamente sviluppata, per valutare se essa sia oggi compatibile con i diritti fondamentali dell'individuo. Ad un decennio esatto dall'istituzione del Mediatore, si utilizza come parametro il principio del *due process*, inteso come diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, principio il cui rispetto è stato oggetto delle numerose critiche al sistema delle sanzioni. A tal fine si analizzerà la procedura di *de-listing*, per verificarne la compatibilità con il principio del giusto processo ed i suoi corollari, giungendo alla conclusione che, nonostante le risoluzioni in materia¹¹ richiamino chiarezza, trasparenza e giusto processo, questi principi appaiono ancora lontani dall'essere effettivamente implementati.

2. La procedura di *de-listing*

La già ricordata ris. 1904 del 2009 istituiva l'*Ombudsperson*; l'allegato II alla decisione prevedeva in termini precisi quale sarebbe stata la procedura che le persone fisiche e giuridiche inserite nelle liste avrebbero dovuto seguire per chiedere la cancellazione¹². Ad oggi il procedimento si discosta in misura minima da quanto sancito una decade fa, pur se varie decisioni successive lo hanno aggiornato ed implementato; parallelamente, il termine di attività dell'organo è stato più volte prorogato.

¹⁰ Anche *Ombudsperson*, *Ombudsman*, Ufficio e Mediatore.

¹¹ S/RES/1904 (2009), S/RES/1989 (2011), S/RES/2083 (2012), S/RES/2161 (2014), S/RES/2253 (2015) e S/RES/2368 (2017). Tutte affermano: “*noting the Office of the Ombudsperson’s significant contribution in providing additional fairness and transparency, and recalling the Security Council’s firm commitment to ensuring that the Office of the Ombudsperson is able to continue to carry out its role effectively and independently, in accordance with its mandate*”.

¹² Le sanzioni irrogate dal Comitato delle sanzioni ISIL e Al-Qaida consistono in *travel ban*, *asset freezing* e *arms embargo*.

Solo le persone incluse negli elenchi sono titolati a proporre istanza di cancellazione dalla lista all'*Ombudsperson*; diversamente, qualora la proposta provenga da uno Stato membro, o da quello che ha suggerito l'inserimento del soggetto nella lista, la gestione dell'intero processo rimane in mano al Comitato delle sanzioni (con tempistiche più brevi).

La petizione deve essere inoltrata senza particolari formalità¹³, posto che il contenuto deve permettere di identificare il soggetto, riportare la motivazione¹⁴ per la cancellazione – che può essere accompagnata da documenti provanti –, fornire un riferimento a eventuali procedimenti in corso davanti a corti nazionali e a precedenti istanze già inoltrate¹⁵.

Una volta presentata l'istanza di cancellazione l'Ombudsman, previa valutazione preliminare sulla ricevibilità della stessa, dà avviso di recezione. Si apre una fase in cui l'Ufficio comunica al Comitato la petizione, ed in ragione di questa provvede a raccogliere informazioni. Queste ultime possono provenire non solo da Stati o da organi interni alle Nazioni Unite, ma anche dal *Monitoring Team*, preposto a coadiuvare l'attività di Comitato e Ombudsman; tutti possono fornire valutazioni in merito all'opportunità della richiesta. Questa fase di raccolta di informazioni ha una durata prevista di 4 mesi¹⁶; essa può essere ridotta o prorogata a discrezione del Mediatore, che al termine ha il compito di aggiornare il Comitato per iscritto.

¹³ Per il *listing*, invece, il Comitato mette a disposizione dei formulari da compilare in cui devono essere riportate le ragioni della proposta, da cui si estrapola il *narrative summary*, pubblicato in lista insieme ai dati identificativi del soggetto.

¹⁴ Ovvero la non integrazione dei criteri ex S/RES/2368 (2017), n. 2 lett. a), b) e c): “*participating in the financing, planning, facilitating, preparing, or perpetrating of acts or activities by, in conjunction with, under the name of, on behalf of, or in support of; Supplying, selling or transferring arms and related materiel to; Recruiting for; or otherwise supporting acts or activities of Al-Qaida, ISIL, or any cell, affiliate, splinter group or derivative thereof*”

¹⁵ Cfr. *The guidelines of the Committee for the conduct of its work as consolidated, revised and adopted by the Committee on 7 November 2002, 30 May 2013, as amended on 10 April 2003, 21 December 2005, 29 November 2006, 12 February 2007, 9 December 2008, 22 July 2010, 26 January 2011, 30 November 2011, 15 April 2013, 23 December 2016 and 5 September 2018*, par. “Delisting request from an individual”, let) y.

¹⁶ S/RES/1904 (2009), Annex II, par. 1.

Successivamente, si apre una fase di dialogo con l'istante della durata di due mesi. In questo frangente, il *petitioner* può essere sentito anche oralmente o per iscritto dall'Ombudsperson, che prosegue l'istruttoria con la raccolta di informazioni provenienti dagli Stati coinvolti, se questi intendano renderle pubbliche coordinandosi con Comitato e *Monitoring Team*.

Un elemento particolare di questo momento è la possibilità che venga richiesto all'istante di redigere una dichiarazione in cui “the petitioner declares that they have no ongoing association with Al-Qaida, ISIL, or any cell, affiliate, splinter group, or derivative thereof, and undertakes not to associate with Al-Qaida or ISIL in the future”, senza che sia specificato se vi siano delle conseguenze in caso di inadempienza o di falsa dichiarazione¹⁷.

Al termine di questa istruttoria bifasica, l'Ombudsman deve provvedere alla redazione di un *Comprehensive Report*, in cui si riassumono le fonti dell'indagine e i risultati – omettendo, però, le informazioni confidenziali eventualmente trasmesse dagli Stati che hanno partecipato all'attività dell'Ufficio – e una raccomandazione, con argomentazioni a sostegno dell'opportunità di mantenere il soggetto in lista o meno, indirizzata al Comitato.

A questo punto si apre una fase di discussione in seno al Comitato, a cui spetta la decisione finale di *de-listing*. Dopo 15 giorni dalla presentazione del rapporto, il Presidente del Comitato delle sanzioni inserisce in agenda il caso per la sua trattazione, che deve concludersi entro 30 giorni dalla presentazione. Scaduto tale termine, si comunica agli Stati coinvolti il rapporto – con le opportune censure – e l'esito delle considerazioni del Comitato. Il contenuto della relazione è confidenziale e non può essere comunicato nemmeno al richiedente.

Orbene, nel caso in cui l'Ombudsman ritenga necessario raccomandare di mantenere il soggetto in lista, la sanzione resta effettiva¹⁸ e si aggiorna il *narrative summary*¹⁹. Quando l'organo

¹⁷ S/RES/2368 (2017), Annex II par. 7 lett. b).

¹⁸ Cfr. *Guidelines of the Committee for the conduct of its work, Op. cit.*, “Delisting”, par. 7 a) ss. e q) ss.

¹⁹ Viene aggiornato con le *reviews* periodiche della lista dal *Monitoring Team* ed in caso di cancellazione si elimina entro il giorno lavorativo successivo alla decisione, S/RES/2368 (2017) par. 51-54 e Annex I lett. j).

raccomanda invece l'eliminazione dalla lista, decorre un termine di 10 giorni entro il quale gli Stati possono avanzare obiezioni. In mancanza di queste ultime, si attua il *de-listing* e la procedura si conclude. Qualora invece vi siano obiezioni, la misura verrà comunque attuata entro 60 giorni, a meno che tutti i membri del Comitato obiettino per iscritto o gli Stati richiedano di deferire la decisione direttamente al Consiglio di sicurezza²⁰. Allorché il Comitato decida di non procedere alla cancellazione dalla lista, esso deve comunicarlo per il tramite dell'Ombudsperson²¹ all'istante, riferendo le ragioni della delibera e provvedendo all'aggiornamento del *narrative summary*.

3. Criticità della procedura

Quanto sin qui esposto solleva non poche criticità, soprattutto per ciò che concerne il rispetto del principio del *due process*. Quest'ultimo è l'opportuno parametro di valutazione in primo luogo per il suo carattere consuetudinario (seppure poi variamente declinato nei vari trattati sui diritti umani²²); in secondo luogo, perché è l'oggetto principale su cui si fondano le critiche in dottrina alla procedura²³. Inoltre, esso è richiamato dalle risoluzioni relative al sistema delle sanzioni individuali, il che evidenzia che il Consiglio di sicurezza è consapevole dell'esigenza di rispettarlo²⁴.

²⁰ S/RES/2368 (2017), Annex II par. 14-16.

²¹ S/RES/2368 (2017), Annex II, lett. II).

²² W.A. SCHABAS, *Art. 13 Right to an effective remedy/Droit à un recours effectif*, in *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, 2015; S. JOSEPH - M. CASTAN, *Art. 14*, in *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, III ed., 2013; M. LOCK, *Art. 47*, in M. KELLERBAUER - M. KLAMERT - J. TOMKIN (a cura di) *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, p. 2214.

²³ J. GENSER - K. BARTH, *When Due Process Concerns Become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform*, in *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1/2010; C. FORCESE - K. ROACH, *Limping into the Future: The UN 1267 Terrorism Listing Process at the Crossroads*, in *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 42/2010. Di opinione contraria D. HOVELL, *The Power of Process: The Value of Due Process in Security Council Sanctions Decision-Making*, 2016 e D. HOVELL, *Due Process in the United Nations*, in *AJIL*, 1/2016, pp. 1-48.

²⁴ S/RES/2368 (2017), "Reminding the ISIL (Da'esh) and Al-Qaida Sanctions Committee to remove expeditiously and on a case-by-case basis

Ad oggi i soggetti inseriti nella *blacklist* sono circa 509; 90 persone, fisiche e giuridiche, hanno proposto istanza di cancellazione all'Ombudsperson. Di queste procedure, 86 si sono compiutamente concluse; sono state accolte le istanze di 61 soggetti, di cui 56 persone fisiche²⁵. *Prima facie*, i dati sembrano incoraggianti, soprattutto per il fatto che non si è mai registrato uno scostamento tra la raccomandazione dell'Ombudsperson e quanto deciso dal Comitato.

Per valutare meglio questi dati, bisogna innanzitutto sottolineare che, nonostante la sua vocazione "*quasi-judicial*"²⁶, l'Ombudsperson resta un organo ontologicamente politico e di carattere amministrativo. Da questa sua natura paiono derivare i limiti del suo operato, che necessita della stretta partecipazione degli Stati Membri, i quali, però, non hanno alcun obbligo giuridico di agevolarlo o di collaborare²⁷.

3.1 L'indipendenza

L'organo nasce per essere indipendente ed imparziale rispetto al Comitato delle Sanzioni, al Consiglio di sicurezza, al Segretario generale. Ciò è fondamentale per garantire la trasparenza della decisione finale, in linea con una procedura che necessariamente deve essere "*fair and clear*"²⁸. È, inoltre, sancita l'indipendenza dai governi degli Stati Membri²⁹. Ebbene, istituzionalmente ciò non è possibile *strictu sensu*.

individuals, groups, undertakings, and entities that no longer meet the criteria for listing outlined in this resolution, welcoming improvements to the Committee's procedures and the format of the ISIL (Da'esh) & Al-Qaida Sanctions List, expressing its intent to continue efforts to ensure that procedures are fair and clear, and recognizing the challenges, both legal and otherwise, to the measures implemented by Member States under paragraph 1 of this resolution".

²⁵ Cfr. Rapporto Omundsperson S/2020/106, del 7/2/2020.

²⁶ *Introducing Remarks ECHR seminar* by the Ombudsperson, Luxemburg 03/12/2019; S/2020/106, par. 29. Cfr. A/HRC/16/50, par. 21 e A/67/396, par. 13-20.

²⁷ *Remarks by the Ombudsperson at the High-level Panel Discussion on the occasion of the 10th Anniversary of the Office of the Ombudsperson*, New York 17/12/2019.

²⁸ S/RES/1904 (2009) e S/RES/2368 (2017).

²⁹ S/RES/1904 (2009), par. 20; S/RES/2368 (2017), par. 65.

In primo luogo, il mandato ha una durata di un anno e mezzo³⁰. Ciò non permette che si crei una *expertise* condivisa e che ci sia una continuità della carica, considerando che, mediamente, per la trattazione di un caso occorrono tra gli otto e i sedici mesi. Ne consegue che sulla decisione finale avrà un peso notevole quanto determinato dagli Stati che partecipano fornendo informazioni o meno e determinano la volontà del Comitato, unico titolare della potestà di cancellare dall'elenco.

Altro elemento che porta a dubitare ancora oggi dell'indipendenza istituzionale dell'Ombudsperson è la situazione contrattuale³¹ a cui si trova sottoposto³². Egli/ella opera e viene nominato in quanto consulente, e non è inquadrato tra il personale dipendente delle Nazioni Unite³³. Ciò comporta che l'Ufficio sia percepito come vincolato ed a disposizione di altri organi dell'organizzazione³⁴, in particolare del Segretario Generale.

Tuttavia, è sotto l'aspetto procedurale che emerge chiaramente la dipendenza dell'operato dell'Ombudsperson dagli Stati membri. Per ottenere la cancellazione dalla lista è imprescindibile la fase di raccolta informazioni, la quale a sua volta è il frutto sia dell'operato del *petitioner*, sia dell'attività compiuta dall'Ufficio, che si basa su quanto comunicato dagli Stati. Ebbene, come è prevedibile, la collaborazione è tutt'altro che agevole³⁵.

In primo luogo ciò è vero rispetto alla comunicazione di obiezioni ed osservazioni, che raramente sono motivate sia nella fase di *information gathering* che nella fase di *no-objection*. Ciò

³⁰ L'Ombudsperson è nominata dal Segretario delle Nazioni Unite.

³¹ Cfr. Rapporto Ombudsman S/2020/106 del 07/02/2020 e nei più recenti *Remarks* del 3/12/2019 e del 17/12/2019, cit.

³² K. PROST, *Security Council sanctions and fair process*, in L. VAN DEN HERIK (a cura di) *Research handbook on UN sanctions*, *Op. cit.*, p. 213.

³³ Nel Rapporto S/2015/533 del 2015, par. 61-66, l'Ombudsperson denuncia che la corresponsione per il suo operato dipende dalla valutazione positiva della sua performance da parte del Dipartimento Affari Politici del Consiglio di sicurezza. Inoltre, in ragione all'inquadramento contrattuale, l'Ufficio non ha autonomamente accesso ai fondi e al personale che gli devono essere affidati.

³⁴ S/1904/2009 par. 20, Rapporti S/2019/112 del 09/02/2019 par. 33-39 e S/2020/106 del 07/02/2020 par. 34.

³⁵ K. PROST, *Op. cit.*, p. 227.

avviene perché non vige alcun obbligo per gli Stati di cooperare o fornire informazioni³⁶ riguardo ad una richiesta di cancellazione³⁷; conseguentemente, la questione viene rimessa alle capacità diplomatiche dell'Ufficio. Inoltre, spesso l'Ombudsman si scontra con documenti secretati a cui viene negato l'accesso dagli Stati stessi, nonostante l'intera procedura di valutazione delle istanze sia completamente confidenziale³⁸.

3.2. *Trasparenza e due process*

Il rispetto dei principi del *due process* e di trasparenza è ciò su cui si incentrano le maggiori critiche³⁹, questo perché ad oggi "l'auspicato" rimedio giurisdizionale⁴⁰ non è ancora attivo. L'Ombudsman non è un organo giudiziario, ciò non prescinde dalla necessità di procedure chiare e trasparenti, che permettano ai soggetti inseriti in lista di ottenere una valutazione della loro posizione oggettiva ed imparziale.

Le principali criticità emergono nella fase della raccolta informazioni, che, come già evidenziato, avviene in spregio del principio del contraddittorio e della trasparenza.

Merita una menzione l'impossibilità dell'Ufficio di accedere ad informazioni secretate⁴¹, per le quali risulta necessario un accordo *ad hoc*, che solo pochi Stati hanno stipulato⁴². Ciò comporta una valutazione necessariamente incompleta della situazione dell'istante.

³⁶ L'unico vincolo giuridicamente imposto è quello di implementare le sanzioni nei confronti degli individui stabilite dal Comitato per le sanzioni.

³⁷ Rapporto dell'Ombudsman S/2020/106 par. 13 e par. 31.

³⁸ K. PROST, *Op. cit.*, p. 228.

³⁹ G.L. WILLIS, *Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson*, in *Geo. J. Int'l L.*, 3/2011, pp. 673-746. Rapporto dell'Ombudsman S/2020/106 par. 27 ss.

⁴⁰ Per un'opinione discordante K. PROST, *Op. cit.*, e D. HOVELL, *Due Process in the United Nations*, *Op. cit.*

⁴¹ G. SULLIVAN - M. DE GOEDE, *Between Law and the Exception: The UN 1267 Ombudsperson as a Hybrid Model of Legal Expertise*, in *LJIL*, 26/2013, p. 833.

⁴² Solo 18 Stati hanno stipulato degli accordi *ad hoc* per condivisione di informazioni secretate.

Cfr. un.org/securitycouncil/ombudsperson/classified_information

A ciò si aggiunga la mancanza di una struttura procedurale sia di reperimento delle informazioni sia di valutazione delle stesse. Infatti, la gran parte dell'istruttoria finisce per basarsi su quanto prodotto dal *petitioner*, su cui grava "l'onere della prova"⁴³ rispetto ad una misura precauzionale che non si fonda su una accusa formalmente espressa, né tantomeno è frutto di un contraddittorio⁴⁴. La natura delle *smart sanctions* è, infatti, preventiva e trae fondamento da esigenze di urgenza e sicurezza proprie della lotta al terrorismo.

Ancora, la liceità di tali misure viene giustificata basandosi sulla natura temporanea delle sanzioni e sul carattere amministrativo della procedura. Ciò solleva non pochi dubbi per due ordini di ragioni. In primo luogo, si consideri che nel procedimento manca una contestazione diretta all'interessato della commissione (o della partecipazione alla preparazione) di un atto terroristico; trattasi di una misura preventiva che non si basa sull'effettiva consumazione di un atto terroristico, ma sul mero *fumus*, il pericolo che ciò possa avvenire. Inoltre, l'esecutore della sanzione provvede solo alla mera notifica dell'avvenuto inserimento nelle liste⁴⁵, inserimento che è appunto già effettivo al momento della comunicazione.

In secondo luogo, in mancanza di impulso del soggetto colpito, la sanzione non ha un termine definito⁴⁶, ma piuttosto natura perpetua. Pertanto, nei fatti l'inserimento in lista si avvicina ad una misura punitiva, erogata in assenza di un giusto processo.

Altro elemento criticabile è la valutazione totalmente discrezionale delle informazioni raccolte in fase di istruttoria. È

⁴³ *Kadi II*, cit., punto 121 e Trib. EU, 14/1/15, *Abdulrahim c. Consiglio e Commissione*, T-127/09 RENV, ECLI:EU:T:2015:4, punto 64: spetta all'autorità che implementa la misura restrittiva dimostrarne la fondatezza e non viceversa.

⁴⁴ G. SULLIVAN - M. DE GOEDE, *Op. cit.*, p. 833.

⁴⁵ Il Comitato adotta la misura, aggiorna la lista immediatamente ed emette un comunicato stampa. Allo stesso tempo trasmette allo Stato interessato la decisione ed a quest'ultimo è demandato l'onere di comunicare al soggetto l'erogazione della sanzione. *Guidelines of the Committee for the conduct of its work*, *Op. cit.*, par. 6. *Listing*, lett. q) - w).

⁴⁶ L. GINSBORG, *UN sanctions and counter terrorism strategies: moving towards thematic sanctions against individuals?*, in L. VAN DEN HERIK (a cura di) *Research handbook on UN sanctions*, *Op. cit.*, p. 85 e 86.

vero che l'Ombudsperson è chiamato a discutere di fronte al Comitato il suo *Comprehensive Report*, ma nella fase di redazione è lasciato solo, a gestire i rapporti sia con gli Stati sia con il richiedente. Addirittura, l'organo ha la possibilità di valutare o meno la credibilità delle informazioni fornite per poter trarre le sue inferenze, a condizione che siano valutate tutte⁴⁷.

Tale impianto potrebbe portare alla paradossale conseguenza che uno Stato non fornisca informazioni, o non giustifichi adeguatamente un'opposizione alla cancellazione dalla lista di un soggetto ancora legato alle associazioni terroristiche, ed in ragione di tale lacuna l'Ufficio propenda per una cancellazione, quando questa sia invece un rischio per la comunità. Viceversa, potrebbe accadere che uno Stato non fornisca informazioni utili per motivare una cancellazione e conseguentemente, non ritenendo convincenti le argomentazioni fornite dal *petitioner*, si giunga ad un diniego dell'istanza, quando il soggetto aveva pienamente diritto alla cancellazione⁴⁸. Diversamente accadrebbe di fronte ad un organo giudiziario, con una procedura formalizzata che rendesse obbligatoria la partecipazione degli Stati membri – soprattutto degli Stati proponenti – e istituzionalizzasse la raccolta delle informazioni, prevedendo anche una difesa tecnica garantita.

Rispetto a quest'ultimo punto è lasciata libertà all'individuo, che può proporre istanza anche senza l'ausilio di un avvocato. Ciò potrebbe sembrare un elemento di elasticità e snellezza dell'impianto procedurale, ma di fatto si concretizza in una lacuna di tutela. Se la procedura prevedesse la difesa tecnica obbligatoria per ogni soggetto, questa dovrebbe essere garantita dal sistema. Poiché la stessa non è contemplata, il risultato è che solo chi ha la possibilità di ingaggiare un difensore gode effettivamente del suo diritto di difesa.

Merita, infine, di essere sottolineata la contraddizione di uno dei principi cardine del giusto processo: *nemo iudex in re sua*⁴⁹. Si è già messo in luce che la determinazione finale in merito alla opportunità o meno di eliminare il soggetto dalla *blacklist* spetta al Comitato, il medesimo organo che ha provveduto ad inserire il

⁴⁷ S/RES/2368 (2017), Annex II par. 8, lett. c).

⁴⁸ S/RES/2368 (2017) Annex II par. 14-16.

⁴⁹ Rapporto Ombudsman S/2020/106, par. 28.

soggetto⁵⁰ in lista. Orbene, è opportuno sottolineare che non è mai accaduto, sino ad oggi, che il Comitato si discostasse dalla raccomandazione⁵¹ contenuta nel *Comprehensive Report* dell'Ombudsman. In aggiunta, è bene evidenziare che la procedura affinché ciò avvenga è complessa. È pertanto ragionevole ritenere che uno Stato Parte contrario alla cancellazione avrà più probabilmente tentato di influire nelle fasi precedenti, dove non esiste una formalizzazione e il dialogo tra Stato e Ufficio è più agevole.

Allo stesso modo, è chiaro che chi gestisce l'istruttoria non è il soggetto che prende la decisione finale. Ciò influisce sul libero convincimento del decisore, che si fonda su un rapporto, che, per quanto esaustivo e ben formulato, non potrà mai avere la stessa valenza di un esame formalizzato dell'istante e della documentazione rilevante, cui si dedica l'Ombudsperson in autonomia senza che il Comitato intervenga.

Ed allora, di fronte a queste falle di sistema sembra opportuno ricordare che la giurisprudenza⁵² aveva già fatto presente ormai diversi anni fa la necessità di uno standard di tutela giurisdizionale⁵³. Certamente l'istituzione di un organo che possa svolgere una vera attività giurisdizionale costituirebbe la soluzione ottimale alla situazione esaminata⁵⁴.

4. Effetti e limiti

La prassi in materia di misure dirette agli individui mostra che esse hanno un carattere eterogeneo; si tratta di una conseguenza dell'estensione dell'ambito di applicazione dei duttili caratteri dell'art. 41 della Carta ONU. Gli effetti che le misure producono consistono nella limitazione di libertà fondamentali quali la libertà negoziale e di movimento, e del diritto di proprietà. Ciò si riverbera sulle transazioni tra privati

⁵⁰ S/RES/2368 (2017) *Annex II* par. 2.

⁵¹ K. PROST, *Op. cit.*, p. 230.

⁵² Tra i più noti riferiti sia al vecchio che al nuovo sistema, *Her Majesty's Treasury c. Mohammed Jabar Ahmed and Others* (FC), 2010 UKSC 2 e 2010 AC 534; *Abdelrazik c. Minister of Foreign Affairs and Attorney General of Canada* (2009) FC 580.

⁵³ *Kadi II*, *cit.*, punto 133-134.

⁵⁴ K. PROST, *Op. cit.*, e L. GINSBORG, *Op. cit.*

che, se interrotte da una *smart sanction*, comportano una perdita economica per l'individuo. Egli/ella non potrà esperire alcuna azione giudiziale, poiché ciò è spesso precluso da una clausola⁵⁵ inserita nella risoluzione del Consiglio di sicurezza rilevante. Tanto è il margine di azione concesso al Consiglio oggi.

La dottrina si è quindi interrogata sui limiti posti al Consiglio all'emanazione di una "sanzione intelligente"⁵⁶. Essi si devono ricercare nella Carta, nei suoi obiettivi e principi, oltre che nell'art. 41. Ai sensi del Capitolo VII della Carta e nell'esercizio delle sue competenze in tema di mantenimento della pace, il Consiglio non trova esplicite limitazioni⁵⁷. Ciononostante, esso non può ritenersi *legibus solutus*, soprattutto ove si ponga un conflitto tra i diritti fondamentali dei destinatari della sanzione e l'operato del Consiglio. Si può ritenere maggioritaria la dottrina che ha rinvenuto limiti nel rispetto delle norme di *jus cogens*, ma anche delle norme di tutela dei diritti umani⁵⁸. Del resto, la stessa

⁵⁵ S/R/757 (1992) par. 11, S/RES/1132 (1997), par. 11, L. BORLINI *Il Consiglio di sicurezza e gli individui*, Milano, 2018, pp. 414 ss.; V. GOWLLAND DEBBAS, *Sanction Regimes Under Article 41 of the UN Charter*, in *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study*, 2004, pp. 356 ss. Da qui si è registrata una progressione verso la tutela dei diritti dei sanzionati ad esempio, S/RES/2368 (2017), par. 3-7 in cui si colpiscono i soli beni finalizzati al finanziamento al terrorismo e si richiede un'attenta attività di indagine degli Stati senza applicare dichiaratamente la "*notwithstanding clause*". Si veda anche Regolamento (CE) N. 881/2002 del Consiglio, art. 9.

⁵⁶ B. CONFORTI, *Non coercitive sanctions in the UN Charter: Some lessons from the gulf war*, in *EJIL*, 1991, p.110; A. REINISCH, *Developing human rights and humanitarian accountability of the Security Council for the imposition on economic Sanctions*, in *AJ*, 2001, p. 851; M. BENNOUNA, *Les sanctions économiques des Nations Unies*, in *RC*, 300/2004, pp. 9 ss; F. SALERNO, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Milano, 2010.

⁵⁷ A/67/393, par. 17, 18, 20: "even if the Council itself is not formally bound by international human rights law when acting under Chapter VII, there is no doubt that Member States are bound by human rights obligations when implementing Council decisions. Experience has shown that the absence of an independent judicial review mechanism at the United Nations level has seriously undermined the effectiveness and the perceived legitimacy of the regime".

⁵⁸ B. CONFORTI - C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, 2012, pp. 265 ss.; R. KOLB, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, Leiden/Boston, 2013; L. GRADONI, *Il lato oscuro dell'Articolo. 103 della Carta delle Nazioni Unite*, in M. MECCARELLI - P. PALCHETTI - C. SOTIS, *Le Regole Dell'eccezione: Un Dialogo Interdisciplinare a Partire Dalla Questione Del Terrorismo*, I ed.,

giurisprudenza *Kadi*⁵⁹ ha rilevato limiti di diritto internazionale all'azione del Consiglio⁶⁰; e la Corte europea dei diritti dell'uomo⁶¹ ha ritenuto che non vi sia contrasto diretto tra i diritti fondamentali dell'uomo e la Carta ONU, in ragione dell'art. 103 della Carta stessa⁶².

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è recentemente tornata sulla questione della legittimità delle misure sanzionatorie mirate erogate dal Comitato 1267, seppur in un numero circoscritto di casi⁶³ e senza discostarsi dai principi precedentemente affermati. Ebbene, sulla scia della giurisprudenza *Kadi*, la Corte sancisce l'illegittimità dei regolamenti di esecuzione delle risoluzioni del Consiglio che aggiornano la *blacklist*, evidenziando la mancanza di ragioni a sostegno dell'inserimento in lista, stante un'insufficienza di

Macerata, 2011; E. CANNIZZARO, *A machiavellian moment? The UN Security Council and the rule of Law*, in *Intl. Org. L. Rev.*, 2006, pp. 189 ss.

⁵⁹ M. ARCARI, *Sviluppi in tema di diritti fondamentali iscritti nelle liste dei comitati delle sanzioni del Consiglio di sicurezza*, in *RDI*, 2007.

⁶⁰ Nella causa T-315/01, il Tribunale di primo grado, con sentenza del 5/9/05, al punto 230, ha rinvenuto quali limiti all'operato del Consiglio "le norme imperative fondamentali dello jus cogens". Ancorandosi gli artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna e la Carta ONU (punto 227), il tribunale sottolinea che ogni risoluzione contraria al diritto cogente è da ritenersi non vincolante per gli Stati e per la Comunità. Sulla questione le sentenze successive della Corte di giustizia non sono tornate, pur annullando la sentenza del Tribunale. Si veda S. POLI - M. TZANOU, *The Kadi rulings, a Survey in Literature*, in *YEL*, 2009, pp. 533 ss; B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di Sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *DUE*, 2006, pp. 333 ss.

⁶¹ C. eur. dir. uomo, 12 settembre 2012, *Nada c. Switzerland*, application n. 10593/08, (punti 170-172, 196-198, 212-214), afferma che i diritti umani sono promossi dalle Nazioni Unite, quindi fino a prova contraria, si presume che una risoluzione non comporti una loro violazione. Simile argomentazione in C. eur. dir. uomo, 26 giugno 2016, *Al-Dulimi and Montana management Inc c. Switzerland*, punti 131-149.

⁶² Nel caso *Nada v. Switzerland* è stata rilevata una violazione dell'art. 8 e 13 della CEDU, in quanto l'individuo listato era impossibilitato ad esercitare la libertà di movimento e intrattenere relazioni familiari e amicali in ragione della sua residenza.

⁶³ Trib. EU, 14 gennaio 2015, *Abdulrahim c. Consiglio e Commissione* cit.; Trib. EU, 21 marzo 2014, *Yusef c. Commissione*, T-306/10, ECLI:EU:T:2014:141; Trib. EU, 13 dicembre 2016, *Al-Ghabra c. Commissione*, T-248/13, ECLI:EU:T:2016:721; Corte giust. UE, 15 giugno 2017, *Al-faqih e a. c. Commissione*, C-19/16, ECLI:EU:C:2017:466.

prove di asseriti legami con le organizzazioni terroristiche. Essa afferma, inoltre, che l'effettivo scrutinio sulla fondatezza della misura è di competenza delle autorità dell'Unione che di fatto irrogano la sanzione⁶⁴.

La procedura attuale, tuttavia, come esaminato e come risulta anche dalla più recente giurisprudenza, conferma ancora la necessità di una maggiore istituzionalizzazione nel processo di valutazione delle istanze di cancellazione, che non contrasti palesemente con il diritto ad un giusto processo dei soggetti inseriti nelle liste. Al momento, a fronte di tale lacuna, una tutela effettiva può essere operata solo per il tramite dei sistemi giuridici nazionali⁶⁵ e regionali, negli spazi di discrezionalità che riescano ad individuare nell'ambito della risoluzione.

5. Conclusioni

Il breve esame condotto degli effetti e dei limiti delle “sanzioni intelligenti” e del relativo procedimento di *de-listing* evidenzia la totale inerzia degli Stati a fronte di mancanze congenite del sistema in tema di tutela di diritti fondamentali. L'inerzia continua nonostante la giurisprudenza abbia sottolineato con forza le debolezze del sistema sanzionatorio. Occorre quindi prendere atto del fatto che ad un decennio dall'istituzione dell'Ombudsperson ancora non si è provveduto ad implementare gli standard di tutela auspicati. La scelta operata nel sistema delle sanzioni contro *Al-Qaida* e *Da'esh* vira verso una struttura a carattere amministrativo, piuttosto che giurisdizionale. Il che di per sé non creerebbe problemi, almeno in astratto, se ad una spiccata speditezza non corrispondesse, nonostante le riforme, una compressione di diritti fondamentali

⁶⁴ *Abdulrahim c. Consiglio e Commissione*, punti 64-74; *Yusef c. Commissione*, punti 91-105; la Corte respinge il ricorso nella sent. del 13/12/16, *Al-Ghabra c. Commissione*, ritenendo che la Commissione abbia adeguatamente verificato le motivazioni fornite dal Comitato 1267, punto 188; *Al-Faqih e a. c. Commissione*, in cui si delimita l'ambito delle valutazioni della Commissione e se ne conferma la correttezza, punti 67-69.

⁶⁵ E. CARPANELLI, *Italian practice in the implementation of international targeted sanctions: enhanced protection or additional complexities?*, in *The Italian Y.B. Int'l L.*, 27/2017, pp. 93 ss.

che dovrebbero essere propri di una procedura ancorché non giurisdizionale come quella brevemente esaminata.

A fronte della scelta di non istituire una corte in senso stretto, sarebbe stato opportuno rafforzare il sistema con una procedura di revisione più efficace⁶⁶, non solo consolidando il ruolo dell'Ombudsman a livello procedurale, ma estendendo lo stesso anche ad altri sistemi sanzionatori delle Nazioni Unite⁶⁷. La *ratio* di tale approccio appare soprattutto politica. Più esattamente, essendo il Consiglio di sicurezza un organo composto da Stati, è chiaro che essi non intendono rinunciare ad un'arma contro il terrorismo veloce, discrezionale e non sottoposta a lunghezze inevitabili nei sistemi garantisti statali⁶⁸. Dopo decadi di attività dell'Ombudsman, la prassi depone proprio in tal senso.

L'azione del Consiglio, che trova fondamento in un concetto di minaccia alla pace ontologicamente indefinito, pur se formalmente vuole ora presentarsi come rispettosa degli *standards* di tutela dei diritti umani⁶⁹, continua a non essere tale. È, inoltre, vero che la lotta al terrorismo genera da anni un clima di insicurezza tale che le compressioni dei diritti fondamentali degli individui non suscitano ormai più eccessivo clamore⁷⁰.

⁶⁶ L'Ombudsperson ha richiesto la nomina di sostituti che operassero in sua assenza senza ricevere alcun *feedback* dal Consiglio di sicurezza sul punto (par. 32 Rapporto dell'Ombudsman S/2020/106).

⁶⁷ I regimi sanzionatori sono circa 26, per citarne alcuni: Comitato istituito con la risoluzione S/RES/751 (1992) concernente la Somalia; Comitato istituito con la risoluzione S/RES/1518 (2003) concernente l'Iraq.

⁶⁸ L. GINSBORG, *Op. cit.*, p. 86.

⁶⁹ Strettamente attinenti all'analisi in oggetto le risoluzioni S/RES/2462 (2019), S/RES/2368 (2017), S/RES/1904 (2009), che richiamano i diritti umani come limite all'operato del Consiglio. Cfr. Rapporto dello *Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/43/46 del 21/2/20.

⁷⁰ Si pensi che all'interno delle *blacklist* sono stati inseriti quattro soggetti, per aver concesso cure mediche a soggetti affiliati ad Al Qaida in Afghanistan e Pakistan. Un paradosso che pare giustificato dall'inciso della risoluzione S/RES/2368 (2017) "otherwise supporting acts or activities of Al-Qaida, ISIL, or any cell, affiliate, splinter group or derivative thereof". A. DEBARRE, *Safeguarding Medical Care and Humanitarian Action in the UN Counterterrorism Framework*, New York International Peace Institute, 2018, p. 13, nota 80.

SEZIONE QUARTA

PRINCIPI E CRITERI PER LA DETERMINAZIONE
DELLE SANZIONI

L'ERGASTOLO OSTATIVO E I SEGNI DEL TEMPO SUL CONDANNATO*

MARTA BERNARDINI

SOMMARIO: 1. La pena dell'ergastolo ed il regime dell'ostatività. – 2. L'ergastolo ostativo e le contraddizioni con la Costituzione. – 3. La sentenza n. 253 del 2019: una prima apertura. – 3.1. L'incentivo alla collaborazione: premialità vs. inasprimento. – 3.2. Il permesso premio e la progressività trattamentale. – 3.3. Dalla presunzione assoluta alla presunzione relativa: criteri di accertamento.

Abstract: The Italian Constitutional Court has declared the unconstitutionality of art. 4-*bis* ord. pen. as it provides for the absolute foreclosure of access to penitentiary benefits for prisoners convicted of organized crime who do not collaborate with justice.

Life imprisonment “resists and falls” with the re-education of the sentenced person, therefore the perpetuity feature of the penalty has to be only potential and must yield when the convict is not socially dangerous. The regulatory mechanism requires an increase in the terms of expiation of the penalty by virtue of the previous strengthening of the punitive treatment destined to fall in the event of collaboration.

In this sense, the sentence of the Constitutional Court opens the way for a concrete and effective evaluation of the prisoner, who not only examines the possible link with organized crime, but also the transformation that the time of punishment could have determined in his personality.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. La pena dell'ergastolo ed il regime dell'ostatività

A seguito dell'emanazione della sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019 della Corte Costituzionale – in tema di rapporto tra permesso premio e reato c.d. ostativo (cui si applica, cioè, l'art. 4-*bis* ord. pen.) – pare opportuno svolgere una riflessione circa gli effetti determinati dal trascorrere del tempo nei confronti del condannato in considerazione del percorso di rieducazione intrapreso, con particolare riferimento al caso dell'ergastolo.

Il discorso prende avvio dalla possibilità di disciplinare una pena detentiva perpetua per reati particolarmente gravi e di ampio allarme sociale, a fronte del principio di cui all'art. 27 comma 3¹, in virtù del quale “*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere² alla rieducazione del condannato*”.

Al fine di valutare la possibile compatibilità della pena perpetua con il dettato costituzionale occorre, in primo luogo, distinguere la disciplina dell'ergastolo c.d. “comune” dal regime dell'ergastolo c.d. “ostativo”.

L'ergastolo di cui all'art. 22 c.p. pone, infatti, problematiche giuridiche meno critiche rispetto a quelle scaturenti dal regime dell'ostatività, dal momento che, sebbene in linea teorica la pena sia perpetua, sul piano pratico al detenuto condannato all'ergastolo è garantito, dopo un certo numero di anni, l'accertamento della sua posizione e della sua pericolosità sociale.

¹ Sull'interpretazione storica del principio di rieducazione della pena G. FIANDACA, *Il comma 3 dell'art 27*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, pp. 225 ss.; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, pp. 35 ss.

² La “tendenza” alla rieducazione è stata oggetto di interpretazioni dottrinali degli anni '50 volte alla neutralizzazione della norma in questione, secondo cui la rieducazione non sarebbe una finalità essenziale della pena, quanto piuttosto uno scopo eventualmente rilevante nella fase esecutiva. Tuttavia, sembra piuttosto che l'utilizzo del verbo “tendere” faccia riferimento al limite che lo Stato incontra nell'orientare la personalità del condannato, rinvenibile nel diritto all'autodeterminazione, per cui è perseguibile “finché il reo sia disposto ad accettare l'offerta rieducativa”. G. FIANDACA, *Op. cit.*, p. 235.

Di conseguenza il condannato all'ergastolo "comune" mantiene il diritto a che la pretesa punitiva da parte dello Stato si esaurisca e, pertanto, il proprio percorso rieducativo sia periodicamente riesaminato, al fine di intraprendere un tanto potenziale, quanto graduale reinserimento nella società³.

È proprio nella possibilità di accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, compresa la liberazione condizionale, che risiede il fulcro dell'attenuazione della perpetuità della pena e la riconciliazione dell'ergastolo con i principi costituzionali⁴.

Tuttavia, il percorso di costituzionalizzazione della pena dell'ergastolo incontra un ostacolo nella previsione di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, della l. n. 354 del 1975 (ord. pen.) con riferimento alla disciplina della c.d. ostatività.

Ed invero, in conformità a quanto disciplinato dall'art. 4-*bis* ord. pen. al condannato per uno dei reati ivi previsti – quasi tutti aventi una connotazione associativa – è interdetto l'accesso ai benefici penitenziari, alle misure alternative del permesso premio, della semilibertà e liberazione condizionale.

In tal modo, l'ergastolo, che nella sua accezione "comune" può ritenersi perpetuo solo in teoria⁵, si traduce in una pena che

³ Ai sensi degli artt. 30-*ter*, comma 4, lett. d, 50, comma 5 ord. pen., 176, comma 3 c.p. il condannato all'ergastolo può accedere ai permessi premo dopo aver scontato almeno 10 anni di detenzione, alla semilibertà dopo 20 anni e alla liberazione condizionale dopo 26 anni.

⁴C. cost., 22 novembre 1974, n. 264, in *giurcost.org*, la Corte ritiene la pena dell'ergastolo compatibile con il dettato costituzionale, in quanto anche l'ergastolano può, dopo aver scontato una cospicua parte della pena, essere rimesso in libertà, venendo così meno l'elemento della perpetuità. *"In una prospettiva del genere, l'ergastolo esiste in quanto tende a non esistere, o meglio a esistere solo come pena astratta, dotata di forte valenza generalpreventiva ma non, per ciò solo, preclusiva di una risocializzazione del reo"*. In L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, p. 1244. Sul punto anche M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2016, pp. 575 ss.; M.E. SALERNO, *Ergastolo ostativo e diritto alla rieducazione. La necessità di una riflessione "fuori" dal carcere*, in *Ind. Pen.*, 2019, pp. 59 ss.; F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimatis*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quad. Cost. Rassegna*, 10/2019, p. 1.

⁵ *"In sostanza, una pena illegittima nella comminatoria e nella proclamazione in astratto; legittima nell'esecuzione in concreto, se ed in*

in concreto coincide necessariamente con la vita del condannato quando ad esso si applica il meccanismo dell'ostatività.

L'unica possibilità data al condannato per interrompere questo vincolo di preclusione, è ravvisabile nella scelta di collaborare con la giustizia ai sensi dell'art. 58 ord. pen., qualora questa sia oggettivamente esigibile ed utile.

Si tratta, dunque, di un "fine pena mai", fondato sulla presunzione assoluta in virtù della quale colui che sceglie di non collaborare con la giustizia mantiene un vincolo con l'associazione criminale di provenienza⁶, elemento che giustificerebbe la previsione di una pena immutabile nel tempo, con una funzione neutralizzatrice.

Al fine di comprendere i margini di incompatibilità del dettato costituzionale con la disciplina dell'ostatività, pare opportuno dare preliminarmente atto del contesto e delle ragioni storiche che hanno dato vita all'art. 4-*bis* o.p.⁷.

Ed invero, con l'intento di fronteggiare la criminalità associativa di stampo mafioso, il legislatore dei primi anni novanta è intervenuto con l'introduzione di una disciplina di carattere emergenziale, con l'obiettivo di differenziare il trattamento penitenziario degli autori di reati riferibili alla criminalità organizzata.

Detta condizione di emergenza si è tradotta nell'emanazione della l. n. 203 del 1991 (di conversione in legge con

quanto sottoposta ad un termine con l'accertamento dei «sicuro ravvedimento». Così G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, p. 1596; "La pena cui è condannato si mostra perpetua sia nella sua dimensione statica (in quanto ergastolo), sia nella sua proiezione dinamica (in quanto ostativo all'ammissione alla liberazione condizionale)". In C. MUSUMECI - A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, p. 66; A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Riv.trim. pen. cont.*, 4/2016, p. 20.

⁶ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo definisce il regime detentivo *irreducibile de jure and de facto*. Papa Francesco parlando di ergastolo ostativo lo ha definito "pena di morte nascosta", in *Discorso rivolto alle delegazioni delle Associazioni Internazionali di diritto penale*, 20 marzo 2015.

⁷ Per un'analisi approfondita si rinvia a C. CESARI - G. GIOSTRA, *Art. 4-bis*, in V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, pp. 47 ss.

modificazioni del d.l. n. 152 del 1991)⁸, mediante la quale il legislatore, mosso dall'intento di porre argine alle attività delle associazioni mafiose, inaspriva il trattamento penitenziario dei condannati per tale tipologia di reati attraverso la disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., con particolare riferimento alle restrizioni poste in ambito di accesso delle misure alternative e degli altri benefici penitenziari. Il regime così introdotto subiva poi un ulteriore forte irrigidimento, nella direzione rimasta in vigore fino ad oggi, a seguito della strage di Capaci, con il d.l. 306 del 1992 (nel corso del cui *iter* di conversione, conclusosi con la legge n. 356 del 1992, sopravvenne quella ulteriore di Via D'Amelio).

Alla base di questa introduzione normativa vi è una scelta di politica criminale che mira ad esigenze investigative: il momento esecutivo della pena diviene strumento di prevenzione e accertamento dei reati, attraverso i collaboratori di giustizia – per i quali già il primo intervento normativo sul punto introduceva rilevanti novità – rendendo l'art. 58 ord. pen. simbolo e fulcro della legislazione d'emergenza in ambito di criminalità organizzata⁹.

Difatti, la disciplina antimafia ruota tutto attorno al concetto di collaborazione, con l'intento di incentivarla (*iper*-valutazione della collaborazione), completata attraverso le disposizioni di cui al d.l. n. 306/1992, che da un lato hanno operato modifiche di carattere sostanziale e formale all'art. 4-*bis* ord. pen., inasprendo

⁸ L'intervento legislativo dei primi anni '90, peraltro, interrompe una linea evolutiva volta all'apertura verso un "fine pena", che prende avvio con la l.n. 1634/1962, con la quale si prevede l'applicabilità della liberazione condizionale anche per il condannato all'ergastolo, perfezionatasi poi con la legge Gozzini (l. n. 663/1986), che consente all'ergastolano di accedere al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semi-libertà. A tal proposito l'introduzione del regime dell'ostatività può definirsi una "controriforma" penitenziaria rispetto alle precedenti.

⁹ C. FLORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. Penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, pp. 1138 ss.; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, pp. 151 ss.

il circuito trattamentale, dall'altro introducevano misure di favore e premiali per i collaboratori di giustizia.

2. L'ergastolo ostativo e le contraddizioni con la Costituzione

Se, dunque, l'ergastolo "comune" rappresenta il "*volto presentabile*" della pena perpetua¹⁰, il regime dell'ostatività va incontro a non poche distanze rispetto ai principi costituzionali.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla presunzione assoluta di non avvenuta rieducazione del condannato non collaborante¹¹ – su cui, come si vedrà più avanti, la Corte Costituzionale si è espressa recentemente – consistente nel ritenere persistenti i legami con la criminalità organizzata, in contrasto con il valore che assume il principio di rieducazione di cui all'art. 27 comma 3 Cost.

Ci si deve interrogare, dunque, sulla compatibilità costituzionale di un regime penitenziario che annulli, di fatto, il percorso rieducativo intrapreso dal reo, ancorandone il buon esito al solo elemento della collaborazione con la giustizia.

In tal senso, è stata la stessa Corte Costituzionale¹² a ritenere che non necessariamente la volontà di collaborare sia indice di un sicuro ravvedimento, tanto meno dell'intento di intraprendere un percorso rieducativo, essendo ben possibile che vi sia dietro una sola volontà mirante a fini utilitaristici¹³.

¹⁰ L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità* cit., p. 1245.

¹¹ "Rieducazione è la prima delle parole-faro del trattamento penitenziario. Sta scritta nella Costituzione e vieta alla pena di essere solamente pena". Così E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, p. 71.

¹² C. cost., 8 luglio 1993, n. 306, nel paragrafo 13 del considerato in diritto i giudici costituzionali hanno riconosciuto che "*dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione (...) di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale*". Sul punto E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2017.

¹³ F. DE MINICIS, *L'ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1273; C. MUSUMECI - A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo* cit., p. 82

Se, dunque, la collaborazione da un punto di vista oggettivo può ritenersi elemento idoneo a ritenere avvenuto il distacco dal sodalizio criminoso, diversamente, dal punto di vista soggettivo tale scelta non è indice affidabile né del ravvedimento, tantomeno del pericolo della reiterazione della condotta criminosa.

Da questo punto di vista occorre osservare che così come non si opera una valutazione circa l'elemento soggettivo che si cela dietro la scelta di collaborare, alcuna rilevanza è data alle motivazioni che si celano dietro all'opzione opposta. Pertanto non si tiene in considerazione che la scelta di non collaborare ben potrebbe essere dettata, ad esempio, non tanto dall'attualità dei collegamenti con il sodalizio mafioso, quanto piuttosto dal timore di ripercussioni sui familiari da parte dell'organizzazione criminale o da un principio morale di indisponibilità a scambiare la propria libertà con quella degli altri¹⁴, si pone, in tal senso, un problema di compatibilità con la libertà morale costituzionalmente protetta¹⁵.

Per di più, una tale disciplina è indice del fatto che il sistema si presuma implicitamente infallibile, un ordinamento penale che non conosce errori giudiziari, dal momento che per l'eventuale condannato innocente si riducono, obiettivamente, a zero le possibilità di collaborare utilmente.

Un ulteriore dubbio di costituzionalità nasce, inoltre, con riferimento alla circostanza che il diritto di non collaborare è garantito in sede processuale, in virtù del principio *nemo tenetur*

¹⁴ L. EUSEBI, *Ergastolano non collaborante ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1 ord. Penit. E benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 4/2012, pp. 1220 ss.; ID., *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1307; E. DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2018, pp. 1667 ss.

¹⁵ La dottrina costituzionalistica circa il fondamento di protezione costituzionale della libertà morale è tutt'altro che pacifica. Non essendo questa sede adeguata di approfondimento in tal senso si rimanda a D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte: l'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, pp. 270 ss.

se detegere, in conformità al diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost., nella sua componente del diritto a rimanere in silenzio.

Tale diritto nella fase esecutiva della pena diventa un dovere di non rimanere in silenzio, al fine di poter usufruire di un regime non ostativo.

Dunque la collaborazione, che in fase processuale può ritenersi una misura premiale, nella fase esecutiva si assurge a presupposto affinché al detenuto non venga imposto un regime detentivo maggiormente rigido, per aver esercitato il diritto al silenzio.

Complessa e controversa sembra l'estensione del diritto al silenzio nella fase esecutiva, secondo alcuni, infatti, sarebbe limitata alla fase processuale. Tuttavia, l'art. 197-*bis*, comma 4, c.p.p. nel riconoscere a chi sia stato condannato la facoltà di non deporre in un procedimento connesso sugli stessi fatti oggetto della condanna, qualora nel processo di origine si sia dichiarato non colpevole ovvero non abbia rilasciato dichiarazioni, sembra estendere tale garanzia anche oltre la fase processuale¹⁶.

3. La sentenza n. 253 del 2019: una prima apertura.

Si è visto che la disciplina dell'ergastolo ostativo si fonda sull'equiparazione tra la mancata collaborazione e l'assenza di valutazione di un percorso di revisione critica che determini, almeno potenzialmente, il reinserimento del condannato nella società, anche dopo molti anni di reclusione.

Tuttavia, l'identificazione tra la mancata collaborazione e l'impossibilità di risocializzazione non sembra essere convincente prima di tutto dal punto di vista della sua ragionevolezza.

Ed invero dalla presunzione assoluta di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata a carico del condannato, se ne deduce automaticamente la permanente pericolosità dello stesso.

¹⁶ E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato* cit., p. 1502.

Proprio sull'irragionevolezza di detta presunzione assoluta è tornata ad esprimersi recentemente la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019.

In particolari i rimettenti¹⁷ hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella misura in cui prevede che il condannato all'ergastolo per reati di criminalità organizzata di stampo mafioso che non abbia collaborato con la giustizia, sia interdetto dal beneficiare del permesso premio¹⁸.

I giudici delle leggi avrebbero potuto affrontare la questione seguendo due diversi *iter* argomentativi: l'uno fondato dell'ergastolo e sulla legittimità della perpetuità della pena; l'altro mirante a scardinare la ragionevolezza dell'equiparazione tra la scelta di non collaborare e la persistenza dei legami con la criminalità organizzata.

Sebbene lasci irrisolta la questione dell'ergastolo, la Corte ha intrapreso un percorso argomentativo fondato sulla ragionevolezza dell'equiparazione di cui sopra.

Al contrario, la legittimità della pena perpetua, dunque a vita, nei confronti di un condannato non collaborante con la giustizia, è stata oggetto della nota sentenza Viola c. Italia, del 13 giugno 2019 (diventa definitiva il 5 ottobre 2019) della Corte Edu.

Secondo i giudici di Strasburgo, la disciplina dell'ergastolo ostativo viola il principio di umanità della pena, dal momento che

¹⁷ Cass. pen., sez. I, ord. 20 dicembre 2018, n. 59 e Trib. sorv. Perugia, ord. 28 maggio 2019, n. 135.

¹⁸ A ben vedere, nonostante vi fossero delle differenze, la Corte Costituzionale ha ritenuto di riunire i giudizi, decidendoli con un'unica pronuncia, in considerazione che ad essere censurata era la stessa norma e che i giudici *a quibus* evocavano gli stessi parametri costituzionali, gli artt. 3 e 27 Cost. Quanto alle differenze, occorre porre in luce che la prima sezione della Cassazione censurava l'art. 4-*bis* ord. pen. nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio, mentre il Tribunale di Sorveglianza di Perugia estendeva la questione di legittimità costituzionale anche ai casi in cui la richiesta di accesso al permesso premio sia proveniente da un soggetto che si sia macchiato di reato associativo di tipo mafioso al livello di partecipazione.

interdice al condannato (non collaborante) qualsiasi possibilità di reinserimento sociale¹⁹.

Si tratta, senza dubbio, di una scelta di più ampio respiro, dal momento che si riferisce all'intera categoria dei reati ostativi, prescindendo dal riferimento alla perpetuità.

Fatta tale premessa, pare opportuno porre in rilievo luci ed ombre della pronuncia della Corte, al fine di comprendere quale sia lo stato dell'arte e quanta strada si dovrà ancora percorrere per poterci lasciare alle spalle in modo definitivo una pena che sia "senza scampo".

3.1. *L'incentivo alla collaborazione: premialità vs. inasprimento*

Entrando, dunque, nel merito dell'impianto motivazionale, prima di tutto i giudici costituzionali evidenziano come le questioni loro sottoposte afferiscano non solo alla condizione dei condannati all'ergastolo, quanto piuttosto alla più ampia categoria di condannati per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa e di "contesto mafioso", vista la preclusione posta in essere dall'art. 4-*bis* comma 1 ord. pen., con particolare riferimento alla disciplina dei permessi premio.

Dopo aver effettuato una ricostruzione storica della norma in esame, la Corte riconosce che la collaborazione di cui all'art. 58 ord. pen. trova la sua *ratio* in uno scambio di informazioni,

¹⁹ Con le parole della Corte (par. 113): "il principio della 'dignità umana' impedisce di privare una persona della libertà, senza operare nello stesso tempo per il suo reinserimento e senza fornirle la possibilità di riconquistare un giorno la libertà". Sul caso Viola c. Italia *ex multis* D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo. (A proposito della sentenza Viola c. Italia n.2)*, in Oss. cost., 4/2019, pp. 191 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?* cit., pp. 15 ss.; D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in Riv. AIC, 4/2017, pp. 24 ss.; D. GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, pp. 1156 ss.;

utili ai fini investigativi e rispondere ad una esigenza di politica criminale²⁰.

Tuttavia, occorre considerare che sebbene l'incentivo alla collaborazione sia operazione di politica criminale possibile, un conto è prefigurare un trattamento penitenziario di favore per colui che sceglie di collaborare, in chiave premiale, al fine di ottenere risultati investigativi; altro è far discendere degli effetti afflittivi nei confronti di chi sceglie di non collaborare²¹, che si traduce in un aggravamento non di poco rilievo delle modalità di esecuzione della pena. Senza dubbio, rispetto all'incentivazione mediante attenuazioni o esclusioni della punibilità, il previo inasprimento del trattamento detentivo è una tecnica probabilmente più efficace, ma in contrasto con il principio di proporzionalità.

Da questo punto di vista la Corte compie il fondamentale passo di ravvisare la contrarietà di detta disciplina con gli artt. 3 e 27 Cost., in virtù del carattere maggiormente afflittivo di esecuzione della pena che deriva in conseguenza alla scelta di non collaborare, evidenziando, piuttosto, come si tratti di una *libertà di collaborare* dalla quale non possono derivare “*ulteriori conseguenze negative, che non hanno diretta connessione con il reato commesso*”²².

I Giudici si occupano inoltre di affrontare la questione posta dai rimettenti con riferimento al diritto di rimanere in silenzio nella fase esecutiva della pena, già riconosciuto all'interno del diritto alla difesa *ex art. 24 Cost.*, come precedentemente visto, nella fase processuale.

Nonostante si tratti di condannati per reati che sono già stati oggetto di accertamento, non si può sottovalutare che nella fase esecutiva la collaborazione non solo implica il denunciare terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma, a tal fine potrebbe essere necessario autoincriminarsi per fatti non ancora oggetto di accertamento definitivo.

Tuttavia, anche sorpassando il riferimento all'auto - incriminazione di cui all'art. 24 Cost., si potrebbe ipotizzare che

²⁰ Cfr. par. 8.1 della sentenza in commento.

²¹ F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimatis* cit., pp. 1 ss.

²² Par. 8.1 della sentenza in commento.

il diritto al silenzio vada oltre il diritto alla difesa, configurandosi quale un vero e proprio diritto della persona²³.

3.2. *Il permesso premio e la progressività trattamentale*

Il percorso di rieducazione intrapreso dal reo assume particolare centralità nella seconda argomentazione presa in esame dalla Corte Costituzionale, ci si riferisce alla funzione *pedagogica - propulsiva* del permesso premio²⁴.

I giudici delle leggi riconoscono, infatti, che, a maggior ragione nelle pene detentive lunghe, la concessione del permesso premio da parte della magistratura di sorveglianza, rappresenti una fase del percorso rieducativo e di risocializzazione del condannato, coerentemente con quanto disposto dall'art. 27 Cost., comma 3.

Senza dubbio la disciplina del permesso premio è quella che meglio si presta ad una prima apertura del condannato nei confronti della società²⁵, difatti, proprio per il suo essere misura graduale, rappresenta un banco di prova affinché il detenuto possa essere sottoposto al vaglio della magistratura di sorveglianza non solo sulla possibilità di accedervi, ma anche al fine di valutarne gli effetti.

²³ M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere* (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019), in *Oss. cost.*, 2-3/2020.

²⁴ Par. 8.2 della sentenza in commento. Sul punto S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019* (dep. 4 dicembre 2019), n. 253, in *Oss. cost.*, 2/2020, pp. 16 ss.; M. MENGOZZI, *Op. cit.*, pp. 12 ss.; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019.

²⁵ La disciplina del permesso premio di cui all'art. 30 *ter* ord. pen. prevede che questo possa essere concesso qualora la condotta del detenuto risulti essere regolare ed il soggetto sia valutato socialmente non pericoloso. Si differenzia dall'art. 30 ord. pen. disciplinante il permesso di necessità, che, invece, è concedibile per i casi di pericolo di vita di imminente di un familiare o convivente, o per eventi di eccezionale gravità. Tuttavia la giurisprudenza della magistratura di sorveglianza mostra come al concetto di gravità sia data comunque un'accezione negativa, non ricomprendendo eventi rilevanti ma lieti (quali ad esempio la propria discussione di laurea).

Si potrebbe ritenere, a ben vedere, che la concessione di un seppur breve spazio di libertà, derivante da una stringente valutazione, come si vedrà più avanti, possa incentivare positivamente il detenuto a mantenersi sulla strada della rieducazione, il che può avere degli effetti positivi in punto di risocializzazione.

In ogni caso, la scelta di rimettere alla magistratura di sorveglianza la possibilità di porre al vaglio il singolo percorso intrapreso dal detenuto gli attribuisce quel ruolo che gli è proprio²⁶, conferendo una nuova rilevanza al percorso intrapreso dal detenuto in senso rieducativo.

Tuttavia, la Corte sceglie di rimanere cautamente ancorata al *petitum* della questione, rilevando l'incompatibilità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. pen. con l'art. 27 Cost. nella misura in cui la richiesta di accedere al permesso premio sia dichiarata inammissibile, senza la previa valutazione del magistrato di sorveglianza.

Nell'ottica della progressività trattamentale – cui si riferisce la stessa Corte ritenendo il permesso premio un primo passo verso la risocializzazione – i giudici costituzionali avrebbero potuto dichiarare, in modo consequenziale, l'incostituzionalità di quell'automatismo per cui anche gli altri benefici penitenziari

²⁶ La questione sollevata da questo punto di vista con riferimento al permesso premio attiene ad “una compressione assoluta dei poteri della magistratura di sorveglianza alla quale viene espressamente sottratto il compito di valutare, secondo le caratteristiche del caso concreto, la possibilità di concedere il permesso premio”. S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Cons. on.*, 3/2019, p. 734. Il principio di flessibilità e con esso l'esigenza che la magistratura di sorveglianza valuti in concreto l'evoluzione della personalità del detenuto è stato, peraltro, posto in luce anche dalla Corte Costituzionale: “in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena (sentenze n. 445 del 1997 e 306 del 1993) e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari”. C. cost., 4 luglio 2006, n. 255. Sul punto M. PELLISSERO, *Permesso premio e reati ostativi. condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della corte costituzionale*, in *lalegislazionepenale.eu*, 30 marzo 2020.

sono preclusi al vaglio della magistratura di sorveglianza, quale la liberazione condizionale.

Viene spontaneo, dunque, domandarsi quale sarà il futuro del regime di ostatività e se la sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale possa ritenersi un primo passo, mosso dall'intento di sradicare ogni automatismo nel sistema penitenziario, al fine di restituire quel diritto alla speranza di poter percorrere l'intero percorso di risocializzazione.

Si ritiene, infatti, che vista la complessità della materia sia pur corretto percorrere un passo alla volta, ma, di contro, non bisogna correre il rischio di non continuare a garantire progressività trattamentale, rendendo questa pronuncia della Corte Costituzionale fine a sé stessa.

Ulteriori dubbi sorgono con riferimento alla concreta gestione delle richieste di permessi premio²⁷, anche in considerazione dei parametri secondi i quali sia possibile escludere il pericolo di ripristino dei legami con la criminalità organizzata.

3.3 Dalla presunzione assoluta alla presunzione relativa: criteri di accertamento

L'impianto motivazionale della Corte Costituzionale prosegue evidenziando l'irragionevolezza della presunzione assoluta sulla base della quale i condannati per reati di associazione mafiosa che non collaborino con la giustizia, si ritengono ancora avvinti con l'organizzazione criminale²⁸.

In particolar modo, si ritiene che l'irragionevolezza non sia da individuarsi tanto nella presunzione, quanto piuttosto nel suo carattere di absolutezza che, in quanto tale, non può essere vinta da prova contraria.

²⁷ Sulla disciplina del permesso premio e circa i suoi risvolti pratici, occorre dare atto che con ordinanza n. 45976 del 30 ottobre 2019 la prima sezione penale della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30-bis comma 3 dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui prevede il termine di 24 ore per proporre reclamo avverso il provvedimento della magistratura di sorveglianza in tema di permesso premio.

²⁸ Par. 8.3 della sentenza in commento. Sul punto S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia* cit., pp. 20 ss.

Dunque l'irragionevolezza consiste proprio nel rischio di incorrere in un effetto paradossale e non voluto: la concessione di misure premiali nei confronti del collaboratore di giustizia non ravveduto, a fronte del mancato riconoscimento del percorso effettuato dai non collaboratori.

Ulteriore effetto paradossale potrebbe individuarsi nella considerazione secondo cui gli sforzi del legislatore, così come degli organi giudicanti, devono essere volti a garantire la certezza della pena, non della sua esecuzione.

Al contrario, l'esecuzione della pena abbisogna di flessibilità, almeno in potenza, affinché la magistratura di sorveglianza possa sottoporre al proprio vaglio le singole condizioni soggettive dei detenuti, così da indirizzarne il trattamento penitenziario e valutarne la pericolosità in concreto²⁹.

Proprio il trascorrere del tempo e, con esso, il trattamento penitenziario sono gli elementi che fanno propendere verso la relatività della presunzione, in modo tale da garantire un controllo in concreto sulla pericolosità del detenuto.

La presunzione relativa può essere vinta dall'accertamento della non attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Tuttavia, come evidenziato dalla Corte, il percorso detentivo non è l'unico elemento che la magistratura di sorveglianza sarà chiamata a valutare; sono piuttosto necessari dei criteri rafforzati, in collaborazione con le altre autorità competenti.

Ci si riferisce, in primo luogo, alle sintesi comportamentali provenienti dalle autorità penitenziarie; in secondo luogo ai fini della concessione del permesso premio è necessario che il Procuratore Nazionale Antimafia non si sia espresso nel senso dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

²⁹ “L'eventuale perpetuità de facto dell'ergastolo conseguente alla mancata rimozione della pericolosità, ammesso pure che sia compatibile con la finalità rieducativa, trasforma però l'ergastolo in una sostanziale misura di sicurezza di durata indeterminata, chiamando così in causa altri, diversi parametri di costituzionalità. Più precisamente, quelli tra loro fortemente intrecciati della proporzione e della dignità”. Così F. PALAZZO, *L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimatis*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti* cit., p. 6.

L'elemento che sembra essere maggiormente problematico riguarda l'acquisizione di quegli elementi idonei ad escludere non solo la permanenza dei legami con il sodalizio criminale, ma anche il pericolo di ripristino, “*in considerazione delle concrete circostanze personali e ambientali*”³⁰

L'onere di dimostrare che l'assenza di collegamento, nonché del pericolo di ripristino grava sul condannato che proponga l'istanza per accedere al permesso premio.

Ciò avviene attraverso un *onere di allegazione*, che, seppur diverso dall'onere della prova, appare particolarmente complesso³¹, dal momento che si richiede l'accertamento di un elemento negativo (cioè l'assenza di collegamenti attuali con la criminalità e il non pericolo di ripristino).

Soprattutto con particolare riferimento al pericolo si pongono problemi da un punto di vista penalistico, in considerazione del fatto che non solo si amplia il *thema probandum*, ma si tratta di un giudizio pur sempre prognostico.

A ben vedere, infatti, anche volendo fare un parallelo con la disciplina delle misure cautelari, con particolare riferimento al requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato di cui all'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p., sembra comunque che l'onere di allegazione in questione sia aggravato dal fatto che si tratti di una prova negativa e che sia in capo al soggetto e non all'autorità.

Inoltre, l'onere di allegazione diviene un vero e proprio – difficile – onere di prova di prova contraria nel caso in cui il condannato abbia ricevuto pareri negativi dall'autorità competente, in merito al possibile permanere dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Sorge, in tal senso, il timore che gli stringenti requisiti richiesti dalla Corte Costituzionale, ai fini di un giudizio positivo circa la concessione del permesso premio – che vanno ben oltre quanto richiesto dall'art. 30 ord. pen. – possano di fatto neutralizzare gli sforzi effettuati al fine di superare la

³⁰ Par. 9, sentenza C. cost., 23 ottobre 2019, n. 253.

³¹ In questo senso la Corte paragona detta condizione a quella dell'inesigibilità della collaborazione, in cui la si configura una *probatio diabolica*, così G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, pp. 1505 ss.; ivi G. NEPPI, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, pp. 1510 ss.

presunzione assoluta, viste le difficoltà di poter superare la presunzione relativa mediante prova contraria³².

Sebbene dall'analisi della sentenza Corte Costituzionale si evidenzino molte luci, ma anche ombre, si può ritenere che questo indirizzo giurisprudenziale, nonché le istanze provenienti dalle corti sovranazionali, riportino sulla stessa strada l'esecuzione della pena con gli sforzi che si sono effettuati – e che si effettuano – in chiave di rieducazione e trattamento penitenziario (ci si riferisce, a titolo esemplificativo, al lavoro, all'istruzione primaria e secondaria, ai tanti poli universitari attivi su tutto il territorio nazionale).

Come sopra detto, l'auspicio è che si mantenga la stessa direzione nel futuro e che l'apertura verso il permesso premio per i detenuti ostativi, non resti solo un passo incompiuto verso il reinserimento sociale.

Il trattamento penitenziario necessita di flessibilità e versatilità, *“le nostre carceri, per tornare ad essere carceri, devono trovare il modo di adattarsi alle peculiarità degli uomini che vengono amministrati in carcere”*³³.

³² In tal senso si è parlato di *“presunzione semi - assoluta”*, piuttosto che di presunzione assoluta. Così M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019; M. PELLISSERO, *Op. cit.*

³³ S. ROMICE, *Quando il carcere non è più carcere*, in *giurisprudenzapenale.com*, 13 marzo 2020.

LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA
L' ANTITRUST E LE AUTORITÀ
AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI DI
SETTORE: IL RIPARTO DI COMPETENZE
SANZIONATORIE IN MATERIA DI PRATICHE
COMMERCIALI SCORRETTE*

ALESSANDRO BOSCO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Pratiche commerciali scorrette: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE ed il Codice del consumo. – 3. Il tortuoso percorso interpretativo della giurisprudenza nazionale e la conseguente procedura di infrazione 18 ottobre 2013, n. 2169. – 4. Le sentenze gemelle nn. 3-4 del 2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 5. Corte di Giustizia dell'Unione europea: sentenza 13 settembre 2018 nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17. – 6. Conclusioni.

Abstract: The contribution aims to deepen a long-debated issue in the Italian legal landscape, recently resolved thanks to the intervention of the Court of Justice of the European Union.

We refer, in particular, to the *vexata quaestio* concerning the division of sanctioning powers between the various independent Authorities in the field of unfair commercial practices, the latter put in place by the economic operators to the detriment of consumers.

This is a problem that is difficult to solve – as corroborated, moreover, by the many national jurisprudential contrasts that exist *in subiecta materia* – taking into account that, regardless of the economic sector that is highlighted from time to time, any

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

incorrect commercial practice is potentially suitable to invest the sanctioning competence of at least two Authorities: the Antitrust Authority, to which the protection of competition is attributed, also with regard to unfair commercial practices, the Authority overseeing the legal sector in which the aforementioned unlawful conduct was brought into being. The contribution that is intended to be made, starting from the reconstruction of the regulatory system for the allocation of competences between the Antitrust and the sector Authorities, proposes to examine the sentence rendered by the Court of Justice of the European Union, together with the nation precedents resulted in heralding of the aforementioned jurisprudential disputes.

1. Premessa

La questione concernente il riparto delle competenze sanzionatorie¹ tra le autorità amministrative indipendenti², in particolare modo in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette, è stata oggetto, negli ultimi anni, di molteplici interventi normativi e di altrettante interessanti pronunce giurisdizionali.

La fonte normativa europea che per prima ha disciplinato tale materia è stata la Direttiva 29/2005/CE, attuata in Italia attraverso tre distinti decreti legislativi³.

¹ In materia di poteri sanzionatori devoluti alle autorità indipendenti, v. R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2/2013, p. 358; M. CLARICH - L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Id.*, p. 358; G. BRUZZONE - M. BOCCACCI - A. SAJJA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, in *Id.*, p. 387.

² Per un approfondimento in materia di autorità amministrative indipendenti, v. C. FRANCHINI - G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 2012, p. 101; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2017, p. 345.

³ D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, recante “Attuazione dell’articolo 14 della direttiva 2005/29/Ce che modifica la direttiva 84/450/Cee sulla pubblicità ingannevole”; d.lgs. 2 agosto 2007 n. 146, recante “Attuazione della direttiva 2005/29/Ce relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/Cee, 97/7/Ce, 98/27/Ce, 2002/65/Ce, e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004”; d.lgs. 23 ottobre 2007, n.

In sede di recepimento di tale fonte europea, l'ordinamento italiano, prediligendo un meccanismo di *public enforcement*, ha individuato nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti "Agcm") l'organo preposto alla repressione delle pratiche commerciali scorrette⁴, in considerazione della preesistente titolarità, in capo a tale autorità, del potere di irrogare sanzioni a fronte di condotte degli operatori economici qualificabili come anticoncorrenziali.

Occorre dare atto che, in tale quadro ordinamentale, l'assetto normativo in discorso è stato messo in discussione a causa della progressiva proliferazione di autorità indipendenti c.d. *settoriali*, vale a dire istituite al fine di regolare e vigilare su aree di mercato ben definite.

La sussistenza di queste ultime ha destato non poche perplessità in ordine alla corretta individuazione del soggetto giuridico preposto all'irrogazione delle sanzioni nei confronti degli operatori di mercato che ponevano in essere le cd. pratiche commerciali scorrette⁵, specie in tutti i casi nei quali la medesima condotta integrasse un divieto al contempo astrattamente punibile tanto dall'Antitrust, quanto dalle autorità di settore.

La soluzione di tale criticità, nel silenzio della legge, è stata rimessa in più occasioni al Supremo Consesso della giustizia amministrativa ed è stata definitivamente individuata dalla sentenza 13 settembre 2018, resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nell'ambito delle cause riunite C-54/17 e C-55/17.

221, recante "Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante Codice del consumo".

⁴ V., a tal proposito, L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 7/2014, pp. 5 ss.

⁵ Sul punto, cfr. S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2011, pp. 103 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/1996, pp. 14 ss.

2. Pratiche commerciali scorrette: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE ed il Codice del consumo

L'art. 5, par. 2, della Direttiva 2005/29/CE definisce la pratica commerciale scorretta⁶ come quella contraria alle norme di diligenza professionale ovvero falsa o idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio⁷ o del gruppo di consumatori che raggiunge.

La *ratio legis* perseguita dal legislatore è evidente e si identifica, secondo quanto disposto dall'art. 3, par. 1 della direttiva in discorso, nella repressione di tutte e soltanto le “*pratiche commerciali sleali*”⁸ che vengano poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, al fine precipuo di circoscrivere la possibilità di esercitare le attività commerciali entro i limiti della correttezza e

⁶ In materia di pratiche commerciali scorrette, v. E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette – fattispecie e rimedi*, Milano, 2008, pp. 1 ss.; A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008, pp. 27 ss.; F. MASSA, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. giur.*, vol. XVI.

⁷ Per quanto concerne la nozione di “*consumatore medio*”, v. G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 119; C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 10/2007, p. 781; V. MELI, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola di de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in V. MELI - P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, p. 1; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediaria*, in *Dir. ind.*, 1/2011, p. 45; R. ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e contr.*, 5/2011, p. 327; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Id.*, 6/2010, p. 408; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Id.*, 3/2011, p. 165.

⁸ Secondo quanto sancito dall'art. 2, lett. d), Direttiva 2005/29/CE.

della buona fede, così implicitamente arginando la verifica di condotte fraudolente ai danni dei consumatori.

L'applicabilità della disposizione normativa in parola è subordinata alla sussistenza di un duplice presupposto: da una parte, è necessario che tali comportamenti siano tenuti da professionisti⁹ e siano *direttamente connessi* alla *promozione o fornitura* di qualunque bene o servizio ai consumatori; dall'altra parte, è necessario che tali condotte siano poste in essere contemporaneamente, anteriormente o successivamente all'instaurazione, da parte di un professionista, di un negozio giuridico con un consumatore.

Orbene, poste tali premesse, occorre dare atto che il legislatore europeo, nell'intento di risolvere la sussistenza di antinomie normative ed al precipuo fine di garantire la c.d. "coerenza normativa", ha disposto, nel Considerando n. 10, che "la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche, che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore".

In specie, l'art. 3, comma 4, della direttiva in parola cristallizza il principio in forza del quale laddove le norme europee di settore contengano obblighi in materia di pratiche commerciali scorrette, questi ultimi *speciali* rispetto a quelli previsti dalla Direttiva 2005/29/CE, i primi prevalgono sulla disciplina generale.

Si tratta, invero, di una disposizione europea innovativa, che ha cristallizzato, attraverso l'applicazione del generale principio di specialità¹⁰, non tanto e non solo una mera *coerenza*

⁹ Sulla nozione di "consumatore" e "professionista", v. A. STAZI - D. MULA, *Il consumatore, la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette*, in G. CASSANO - M. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori: profili applicativi e strategie processuali*, Padova, 2010, p. 117; A. STAZI, *La nozione di consumatore nella normativa e nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Diritto mercato tecnologia*.

¹⁰ Il principio di specialità assurge a regola generale dell'ordinamento e costituisce uno degli strumenti maggiormente adottati dagli operatori di diritto per risolvere i contrasti tra norme ovvero le antinomie normative. Si veda, per un approfondimento, P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 7/2013.

normativa, bensì una vera e propria *coerenza sistematica* delle fonti europee.

Sotto il profilo contenutistico, la disamina della disciplina delle pratiche commerciali scorrette evidenzia la sua disparità strutturale in ordine alle due parti di cui si compone: quella *sostanziale* e quella *procedurale*.

In disparte la disciplina sostanziale, che appare dettagliata e tale da lasciare pochi spazi di manovra ai legislatori nazionali in sede di recepimento della direttiva, occorre dare atto di come la *parte procedimentale* appaia generica, indeterminata e tale da lasciar presumere che il legislatore europeo abbia intenzionalmente rimesso la regolazione delle procedure derivanti dall'applicazione della disciplina – ivi compresa l'individuazione dell'autorità competente a garantirne l'osservanza – ad ogni singolo Stato membro¹¹.

La scelta operata dal legislatore nazionale emerge nitidamente attraverso la lettura dell'art. 27 del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146¹² – rubricato “*tutela amministrativa e giurisdizionale*” –, che prevede un sistema di tutele incardinato in un *doppio binario*¹³.

Il legislatore, infatti, sulla falsariga del *Bundeskartellamt* tedesco e dell'*Office of Fair Trading* britannico¹⁴, ha sancito in via principale la devoluzione dei poteri repressivi in materia di

¹¹ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino, 2008, pp. 7 ss.

¹² Per un approfondimento in ordine agli strumenti normativi di recepimento della direttiva in esame, v. U. TROIANI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Cons. dir. e mer.*, 1/2008, p. 68; G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il decreto legislativo n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Stud. iuris*, 2007, pp. 1181 ss.

¹³ Tale scelta normativa è stata salutata con favore da una parte della dottrina. Si v., in proposito, V. MANGINI - G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, IV ed., Torino, 2012, pp. 130 ss. Un diverso orientamento dottrinale – ci si riferisce a G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1993, pp. 548 ss. – ha invece sostenuto che, al fine di ottenere un miglior coordinamento tra il potere dell'Autorità e quello del giudice, è necessario qualificare l'esercizio del primo come condizione necessaria e sufficiente affinché possa essere esercitato il secondo.

¹⁴ Cfr., in proposito, V. MANGINI - G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust* cit., pp. 130 ss.

pratiche commerciali scorrette all'Agcm, deferendo all'Autorità giudiziaria¹⁵ il giudizio di impugnazione relativo alle decisioni emanate dall'*Antitrust*.

Ciascuna Autorità – Agcm ed Autorità giudiziaria –, pertanto, è in principio libera di valutare la conformità dei comportamenti tenuti dagli operatori di mercato rispetto alla normativa *antitrust* e di adottare i relativi provvedimenti, nel rispettivo esercizio dei poteri di *public* e *private enforcement*¹⁶.

Orbene, la decisione di devolvere all'Agcm i poteri sanzionatori, di vigilanza e di controllo in materia di pratiche commerciali scorrette, tenuto conto della pluralità di autorità poste a presidio del bene giuridico del mercato, ha reso necessaria l'individuazione di un criterio con il quale operare la ripartizione delle competenze sanzionatorie tra le autorità suddette.

3. Il tortuoso percorso interpretativo della giurisprudenza nazionale e la conseguente procedura di infrazione 18 ottobre 2013, n. 2169

L'Adunanza della Prima sezione del Consiglio di Stato, col parere 3 dicembre 2008, n. 3999¹⁷, in considerazione del disposto

¹⁵ La competenza è attribuita in primo grado al TAR Lazio ed in secondo grado al Consiglio di Stato, come sancito dall'art. 33, comma 1, L. 287/1990 (come modificata dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 194, in attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo; dall'art. 2, comma 2, del d.l. n. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, recante “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”).

¹⁶ Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pp. 4 ss.

¹⁷ Cons. St., sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999, avente ad oggetto: “*autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Quesito sull'applicabilità del Titolo III del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e sulle competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore dei servizi finanziari*”. In senso critico rispetto al parere in questione, v. V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore creditizio e assicurazioni»*, in *Banca borsa*, 3/2011, pp. 334 ss.; ID., *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel settore del credito*, in *Dir. banca merc. fin.*, 3/2012, p. 401; A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2/2011, p. 200; L. ARNAUDO, *Concorrenza*

di cui all'art. 27, comma 1, del Codice del consumo, a mente del quale la competenza sanzionatoria in materia di pratiche commerciali scorrette è devoluta all'Agcm, ha disaminato la questione relativa ai rapporti tra la disciplina generale, prevista dal citato d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, e le discipline di settore che possono incidere su aspetti specifici delle pratiche commerciali in discorso.

Il caso affrontato dal Supremo Consesso ha avuto ad oggetto l'individuazione dell'Autorità titolare del potere sanzionatorio tra l'Agcm e la Consob¹⁸.

La principale criticità che il Consiglio di Stato è stato chiamato a risolvere si fondava sull'astratta legittimazione di entrambe le autorità all'esercizio dei rispettivi poteri sanzionatori.

Il Supremo Consesso, pur avendo sostenuto che il criterio generale da utilizzare per individuare le aree di competenza delle autorità sia il criterio di specialità – compendiato, in materia di pratiche commerciali scorrette, nell'art. 19, comma 3 del Codice del consumo, che rappresenta la trasposizione dell'art. 3, paragrafo 4, della Direttiva 2005/29/CE, – ne ha escluso con certezza l'applicabilità alla questione *de qua*.

Il Collegio ha infatti correttamente precisato che affinché il principio suddetto possa operare è necessario che sussista un *concorso apparente di norme sanzionatorie*.

Tale principio, in altre parole, non persegue la finalità di individuare quale, tra più autorità, sia competente ad irrogare la sanzione, ma, diversamente, quale, tra due o più fattispecie sanzionatorie astrattamente irrogabili dalla medesima autorità, sia in concreto applicabile¹⁹, onde evitare, tra l'altro, la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

tra autorità indipendenti. Noterelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato, in *Id.*, 6/2010, pp. 916 ss.; M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Id.*, 1/2010, pp. 688 ss.; P. L. PARCU, *Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust*, in *Cons. dir. e mer.*, 2/2009, p. 80; A. POLICE, *Op. cit.*, p. 73.

¹⁸ Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216.

¹⁹ Si tratta, invero, di un orientamento che appare oggi superato in virtù della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Cfr., per un approfondimento, C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, n. 5100/1971.

Nel caso di specie, pertanto, il Supremo Consesso ha ritenuto che l'organo competente ad irrogare le sanzioni fosse l'Autorità di settore, nel caso di specie la Consob, tenuto conto che “*all'elemento oggettivo della specialità, costituito dall'ambito di riferimento – il mercato mobiliare rispetto al mercato generale – si aggiunge quello soggettivo della coerente tipologia sociale ed economica del beneficiario*”²⁰.

Nel 2012, il Consiglio di Stato, nella sua composizione più autorevole, è stato nuovamente investito – questa volta in sede giurisdizionale – dell'annosa questione oggetto della presente disamina.

Il Supremo Consesso, in parziale adesione all'orientamento adottato dalla giurisprudenza tradizionale²¹, con le sentenze 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 14, 15 e 16, ha confermato il proprio precedente orientamento, seguendo tuttavia un iter logico-argomentativo parzialmente diverso²².

I Giudici amministrativi, invero, piuttosto che limitarsi al raffronto delle discipline applicabili, hanno vagliato, avvalendosi del *principio di specialità* “*per materia e settore*”, la sussistenza dei canoni di esaustività e di completezza della normativa di settore, dimostrando l'adesione ad una nozione di *conflitto tra norme* frutto di un'interpretazione eccessivamente estensiva.

In questo modo, aggirando il dato testuale dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo²³, l'Adunanza Plenaria è

²⁰ Cons. St., sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999.

²¹ Ci si riferisce all'orientamento che, adottando un'interpretazione tradizionale del principio di specialità, ha ritenuto che l'autorità titolare della competenza sanzionatoria sia l'Agcm, in quanto organo preposto alla tutela del consumatore, così disattendendo quanto affermato dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763.

²² Sulla posizione del Consiglio di Stato, v. M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità, riflessioni sull'unitarietà della funzione affittiva*, in *giustamm.it*, 7/2012; C. OSTI, *La tutela del consumatore tra concorrenza e pratiche commerciali scorrette*, in A. CATRICALÀ - G. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, pp. 423 ss.; G. NAVA, *Il conflitto tra istituzioni sulla competenza nella tutela dei consumatori nei mercati regolati: una proposta risolutiva?*, in *Dir. mer. tecn.*

²³ Tale fattispecie sancisce che “*in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*”.

giunta ad escludere la competenza dell'*Antitrust*, attribuendola alle autorità di settore in tutti i casi nei quali venga in rilievo una normativa speciale "*esaustiva e completa*".

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in altre parole, ha ritenuto insufficiente, al fine di incardinare la competenza di un'autorità settorializzata, la mera sussistenza di una disciplina speciale, dovendo essere la stessa sorretta dai canoni di esaustività e completezza.

La presunta disapplicazione del Codice del consumo in favore delle normative nazionali di settore, operata dal Consiglio di Stato, ha comportato la rescissione della cd. "*rete di sicurezza*" posta a tutela del consumatore dalla Direttiva 29/2005/CE, che disciplina situazioni non regolamentate da altre norme settoriali dell'Unione²⁴.

È evidente che la più grave criticità nella quale è incorsa la giurisprudenza nazionale è stata quella di operare un'applicazione distorta del principio di specialità.

La corretta interpretazione del principio in discorso, infatti, avrebbe dovuto indurre la giurisprudenza a consentirne l'applicazione alle sole disposizioni speciali di derivazione comunitaria, esclusivamente ove queste avessero regolato aspetti specifici delle pratiche commerciali e si fossero poste in conflitto con i divieti imposti dalla disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette²⁵.

I Giudici amministrativi, al contrario, hanno applicato il principio di specialità non già allo scopo di risolvere le potenziali antinomie normative, bensì al fine di dirimere i casi di sovrapposizione di omologhe competenze sanzionatorie da parte di autorità diverse.

L'applicazione distorta dei principi europei ha comportato la reazione della Commissione UE, che ha avviato un procedimento

²⁴ Commissione europea, Bruxelles, 14 marzo 2013, Com (2013) 138 final, "*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo relativa all'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*".

²⁵ Cfr. L. LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. it. Antitrust*, 1/2015, pp. 125 ss.

di infrazione²⁶ nei confronti dello Stato italiano per violazione della Direttiva 29/2005/CE²⁷.

Al fine di scongiurare la prosecuzione del procedimento da ultimo evocato, il Legislatore nazionale ha promulgato, sia pure tardivamente, il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21²⁸, attraverso il quale ha inteso perseguire una duplice finalità: da una parte, quella di attuare l'intervenuta Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori²⁹; dall'altra, come anticipato, quella di attenuare le criticità eccepite dalla Commissione europea.

Quanto alla finalità da ultimo richiamata, il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, in proposito, ha previsto, all'art. 1, comma 6, lett. a), l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 27 del Codice del consumo, a mente del quale i poteri - anche sanzionatori - volti alla repressione delle condotte che integrano una pratica commerciale scorretta posta in essere dai professionisti spettano in via esclusiva all'Agcm, che li esercita acquisito il parere dell'autorità di regolazione competente.

4. Le sentenze gemelle nn. 3-4 del 2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

Con due decisioni del 9 febbraio 2016³⁰, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è tornata a pronunciarsi sull'annosa questione relativa al riparto delle competenze sanzionatorie tra l'Agcm e un'autorità di settore, nella specie

²⁶ Procedura di infrazione 18 ottobre 2013, n. 2013/2169, ai sensi dell'art. 260 del Trattato, per violazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

²⁷ Per un approfondimento, v. M. CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2017, p. 879.

²⁸ D.lgs. del 21 febbraio 2014, n. 21, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 58 dell'11 marzo 2014, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori recante "Modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE".

²⁹ Per un approfondimento in ordine alla predetta Direttiva, v. M.S. LA PERGOLA, *I nuovi diritti dei consumatori*, in A.M. GAMBINO - G. NAVA (a cura di), *Commentario al D.Lgs. 21/2014*, Torino, 2014, *passim*.

³⁰ Cons. St., Ad. plen., 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4.

l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti, "Agcom").

La vicenda trae origine dall'ordinanza 18 settembre 2015, n. 4351, con la quale la VI Sezione del Supremo Consesso, in considerazione tanto della complessità della questione, quanto della sussistenza di un contrasto giurisprudenziale, ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la risoluzione di molteplici questioni interpretative.

La principale criticità del caso in questione atteneva alla circostanza secondo la quale il comportamento posto in essere dall'operatore commerciale integrava al contempo una pratica commerciale aggressiva e l'autonomo illecito di violazione degli obblighi informativi in materia di telecomunicazioni.

Si tratta, invero, di due condotte la cui repressione è rimessa rispettivamente all'Agcm ed all'Agcom.

I giudici di Palazzo Spada, vagliato il tessuto normativo di riferimento, hanno evidenziato che un contrasto ermeneutico siffatto sarebbe potuto essere risolto attraverso l'applicazione della "*specialità per progressione di condotte lesive, che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi, comportano la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva*"³¹.

Più specificamente, il Supremo Consesso ha ritenuto che, in una simile ipotesi, piuttosto che realizzarsi un mero conflitto di norme in senso stretto, sussisterebbe una vera e propria progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione³².

³¹ Cons. St., Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 3.

³² Il principio di consunzione-assorbimento è ripudiato dalla prevalente giurisprudenza penale in quanto ritenuto violativo dei principi di determinatezza e tassatività, *sub specibus* del principio di legalità, nella sua accezione formale. Cfr., in merito, Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164. Secondo detto orientamento giurisprudenziale, tali criteri sono privi di fondamento normativo. Tale assunto sarebbe corroborato dallo stesso tenore letterale dell'art. 15 c.p., che, a fronte della previsione generale, reca, in chiusura della fattispecie, il frammento testuale "*salvo che sia altrimenti stabilito*", sì da ammettere, in ipotesi legalmente previste, una deroga al principio di specialità, consentendo l'applicazione della norma generale in luogo di quella speciale, considerata in tali evenienze come sussidiaria. Quanto alla dottrina, l'ammissibilità di tale principio è avversata da F. ANTOLISEI, R.A.

Sulla scorta di tali considerazioni, il Collegio, richiamando il proprio precedente del 2012, ha ritenuto che tale questione interpretativa andasse risolta attraverso l'applicazione del disposto di cui al comma 1-*bis* dell'art. 27, Codice del consumo, chiarendo che tale fattispecie ha *“una portata esclusivamente di interpretazione autentica, atteso che (...) è indubbia la competenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette nel caso oggetto del presente giudizio già in base alla normativa antecedente, che l’art. 1, comma 6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 si è limitata a confermare”*.

Pertanto, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la pratica commerciale in questione sarebbe dovuta essere qualificata come *“aggressiva”*, sì da attribuire all'Agcm la legittimazione attiva per la comminazione delle relative sanzioni.

Orbene, ancorché il Collegio abbia offerto, di fatto, una vera e propria interpretazione della possibile soluzione del caso di specie, lo stesso, in considerazione della sussistenza di orientamenti ermeneutici contrapposti in ordine alle modalità di applicazione del principio di specialità, ha ritenuto di restituire gli atti alla Sezione semplice affinché investisse della questione la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Una siffatta soluzione, del resto, appare rispettosa del principio di diritto recentemente coniato dalla Corte del Lussemburgo, a mente del quale *“l’autorità dello stare decisis è «cedevole» in caso di sospettato contrasto della sentenza dell’Adunanza Plenaria con il diritto euro-unitario”*³³.

La VI Sezione del Consiglio di Stato, pertanto, ha rimesso la questione, con le ordinanze 17 gennaio 2017, nn. 167 e 168, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea articolando, per ciò che in questa sede interessa, i quesiti di seguito esposti.

Su un primo versante, se il principio di specialità vada inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti, generale e di settore, oppure dei rapporti tra norme, generali o speciali,

FROSALI, T. PADOVANI ed A. MORO e condivisa da F. MANTOVANI, G. FIANDACA, E. MUSCO e G. PAGLIARI.

³³ C. giust. UE, 5 aprile 2016, *Puligienica Facility Esco S.p.a. c. Airgest S.p.a.*, C-689/13.

ovvero dei rapporti tra le Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori.

Su un secondo versante, se tale principio possa essere applicato nel caso in cui la condotta astrattamente punibile di un operatore economico integri, contestualmente, una pratica commerciale aggressiva – soggetta alla competenza dell'Agcm – ed una condotta illecita espressamente prevista da una disciplina speciale, devoluta ad un'autorità di settore.

5. Corte di Giustizia dell'Unione europea: sentenza 13 settembre 2018 nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17

Con la sentenza resa il 13 settembre 2018, la Corte di Giustizia UE ha affrontato e risolto le questioni interpretative ad essa rimesse dal Consiglio di Stato.

In linea con un orientamento giurisprudenziale avallato dall'Autorità giudiziaria da ultimo richiamata³⁴, la Corte di Giustizia UE ha innanzitutto chiarito che la disposizione di cui all'art. 3, paragrafo 4, Direttiva 29/2005/CE va applicata non già in presenza di un contrasto eterogeneo tra una fonte normativa nazionale ed una sovranazionale, bensì ogni qual volta tale conflitto ricorra tra fonti derivate di diritto europeo.

In tale ipotesi, secondo la regola prevista dalla fattispecie da ultimo evocata, prevale la disciplina speciale.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte di Giustizia UE ha effettuato una ricognizione normativa, verificando, in applicazione del principio di specialità, la sussistenza di una normativa europea di settore, in materia di telecomunicazioni, idonea a derogare la disciplina delle pratiche commerciali sleali.

L'esito negativo di tale accertamento ha indotto la Corte di Giustizia UE a risolvere la prima delle questioni ermeneutiche sottopostele ritenendo che, nel caso di specie, l'art. 3, par. 4, della Direttiva 29/2005/CE, non potesse trovare applicazione.

Infatti, pur potendosi ammettere, in astratto, la sussistenza di un rapporto di specialità tra la disciplina europea delle pratiche commerciali scorrette e quella nazionale delle telecomunicazioni, non può negarsi che tale principio risulti inapplicabile in concreto, tenuto conto che tale rapporto di

³⁴ Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104.

specialità avvincerebbe due discipline profondamente eterogenee, una nazionale ed una europea.

La soluzione di tale problema interpretativo ha consentito alla Corte di Giustizia UE di risolvere la consequenziale questione ermeneutica concernente, come anticipato, l'individuazione dell'autorità competente ad esercitare i poteri sanzionatori laddove la medesima condotta integri al contempo un illecito previsto dalla disciplina nazionale speciale ed una pratica commerciale scorretta.

La Corte ha all'uopo precisato che la corretta interpretazione dell'art. 3, paragrafo 4, Direttiva 29/2005/CE, impone di ritenere che la legittimazione attiva all'esercizio dei poteri sanzionatori spetti all'Agcm, e ciò anche laddove il mercato di riferimento sia regolamentato da una disciplina di settore.

Ciò sulla scorta dell'assunto secondo il quale l'*Antitrust* è l'autorità nazionale di regolamentazione, investita dell'esercizio dei poteri sanzionatori in questione in virtù della Direttiva 29/2005/CE.

6. Conclusioni

L'analisi svolta consente di trarre molteplici conclusioni.

Risulta condivisibile, in primo luogo, la scelta del legislatore nazionale di individuare quale organo competente alla repressione delle pratiche commerciali scorrette l'Agcm.

Una siffatta soluzione, del resto, attesta la coerenza del legislatore nazionale, che in materia di pratiche commerciali scorrette ha devoluto la relativa competenza sanzionatoria al soggetto giuridico preposto alla tutela del bene giuridico della concorrenza.

Potrebbe obiettarsi, invero, che la tutela dei consumatori non sia perfettamente sovrapponibile a quella del mercato, certamente più generale.

A ben vedere, tuttavia, una distinzione di tal fatta appare inconferente, in considerazione della specularità degli interessi tutelati, che consente di ritenere che entrambe le tutele di cui si è detto costituiscano le *due facce della stessa medaglia*, di talché appare condivisibile la loro devoluzione alla medesima autorità.

Del resto, la condotta di un'impresa in posizione dominante che aumenta il suo potere di mercato e, conseguentemente, i

prezzi, realizza una tensione tra il c.d. *company welfare* ed il *consumer welfare*.

L'incidenza delle azioni anticoncorrenziali delle imprese sul benessere dei consumatori, pertanto, giustifica la riconduzione di entrambe le competenze sanzionatorie – sia quelle proprie del diritto *antitrust*, sia quelle relative alle pratiche commerciali scorrette – in capo ad un unico organo, l'Agcm.

Se, sulla scorta dei motivi anzidetti, risulta evidente che il legislatore abbia correttamente devoluto le competenze sanzionatorie in questione, attribuendole ad un'unica autorità, non possono tuttavia condividersi alcune conclusioni alle quali è giunta una parte della giurisprudenza italiana.

Ci si riferisce, in particolare, al formante giurisprudenziale che aveva inizialmente riconosciuto la competenza sanzionatoria delle Autorità di settore in luogo dell'Agcm, ritenendo erroneamente che il rapporto tra le suddette autorità potesse essere descritto avvalendosi dell'immagine plastica dei *cerchi concentrici*, nei quali sarebbero collocate la disciplina generale e quella di settore.

Tale orientamento, oggi superato, errava, tra l'altro, nel non tener conto della circostanza che talvolta l'illecito settoriale punito dalla disciplina specifica assurge ad elemento costitutivo di una ben più grave violazione della disciplina generale.

Sotto un diverso profilo, strettamente connesso a quello da ultimo evocato, appare evidente che la perdurante incertezza in ordine alla ripartizione delle competenze tra le autorità indipendenti sia frutto dell'interpretazione eccentrica – e del tutto *nazionalizzata* – del principio di specialità di derivazione europea.

Alcune pronunce del giudice amministrativo italiano, infatti, sembrano non aver tenuto conto del reale significato della previsione normativa in parola, che rappresenta il limite alla possibilità di deroga, da parte delle disposizioni settoriali, della disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette³⁵.

La forzatura interpretativa di cui si è detto, a ben vedere, trova il suo centro di imputazione anche nel legislatore nazionale.

³⁵ Cfr., più in generale, R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Molfetta, 2018, pp. 340-341.

La mancata previsione legislativa di un criterio esplicito attraverso il quale individuare l'autorità competente ad esercitare i poteri sanzionatori – in disparte taluni isolati e maldestri tentativi di armonizzazione normativa³⁶ – ha indotto la giurisprudenza di legittimità a dirimere la questione *de qua* attraverso l'ausilio di principi codificati per finalità profondamente diverse.

Una plausibile soluzione a tale annosa questione, allora, sarebbe potuta essere quella di conferire una maggiore *tipicità* alle condotte integranti le pratiche commerciali scorrette, definendo diversamente il meccanismo di ripartizione delle competenze.

In particolare, un ipotetico quadro normativo strutturato attraverso l'attribuzione della competenza sanzionatoria esclusiva in capo all'Agcm e la puntuale previsione di singole fattispecie derogatrici contenute nelle discipline di settore, avrebbe certamente reso più rigido, ma anche più chiaro, l'intero meccanismo di ripartizione delle competenze tra le autorità, in ossequio ai principi di efficacia, efficienza, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, come previsti dalla Costituzione italiana.

³⁶ Ci si riferisce, in specie, alla novella del 2014, con la quale è stato introdotto il comma 1-*bis* dell'art. 27, Codice del consumo.

L'ESTENSIONE DEL CIRCUITO OSTATIVO
DELL'ART. 4 *BIS* ORD. PEN. AI REATI CONTRO
LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:
L'OPERATIVITÀ INTERTEMPORALE DELLA
C.D. LEGGE SPAZZACORROTTI*

CARLO DE GASPERIS

SOMMARIO: 1. I termini della questione. – 2. La natura giuridica delle norme sull'esecuzione della pena: la giurisprudenza interna. – 3. Il fondamentale ruolo evolutivo del diritto convenzionale. – 4. La sentenza costituzionale n. 32/2020. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract: This contribution explores one of the main problematic aspects resulting from the recent anti-corruption Act (commonly called Legge spazza-corrotti), that is the possibility of retroactively applying the rule provided for by art. 4-*bis* of the Criminal Law regarding the offences against the Public Administration. Through a careful analysis of the national and supra-national jurisprudence, with special attention to ECHR, it explains the judgement of the Constitutional Court n. 32/2020.

1. I termini della questione

Il 31 gennaio 2019 è entrata in vigore (fatta eccezione per le disposizioni di cui al comma 1, lett. d), e) ed f), la cui vigenza è stata posticipata al 1° gennaio 2020) la legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica*

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici". La c.d. legge spazza-corrotti (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 13 del 16 gennaio 2019) è il risultato di un *iter* legislativo che prende le mosse dal Disegno di legge 1189/2018 – presentato al Parlamento il 24 settembre 2018 su iniziativa del Governo – e si conclude con la seconda lettura alla Camera e la contestuale approvazione definitiva il 18 dicembre 2018.

A ben vedere, tuttavia, la genesi di questa riforma ha radici più profonde. Ed infatti, l'obiettivo di potenziare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la pubblica amministrazione si pone in linea di stretta continuità con quanto già attuato dal legislatore nazionale attraverso la legge 6 novembre 2012, n. 190 e la legge 27 maggio 2015, n. 69, nonché con le direttive di matrice sovranazionale provenienti dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e dal Gruppo di Stati contro la corruzione¹ (GRECO).

Tra le modifiche introdotte risulta particolarmente importante e controverso l'inserimento di alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione nell'elenco dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari *ex art. 4-bis* ord. penit. Di conseguenza, l'art. 1, comma 6, lett. b) legge 9 gennaio 2019, n. 3 altera i presupposti in materia di misure alternative alla detenzione, liberazione condizionale e divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. Da qui, per effetto del richiamo di questa norma nell'art. 656, comma 9 c.p.p. non è più possibile per il pubblico ministero sospendere l'esecuzione della pena detentiva non superiore a quattro anni, in modo da consentire al condannato di accedere in stato di libertà ad una misura alternativa alla detenzione. Pertanto, in assenza di una disposizione transitoria regolativa dei limiti temporali di applicazione della nuova disciplina, con il passaggio in giudicato della sentenza l'emissione dell'ordine di carcerazione diventa

¹ Il Gruppo di Stati contro la corruzione è un organo di controllo del Consiglio d'Europa, istituito nel 1999 tra diciassette Stati membri, finalizzato a rafforzare gli strumenti di lotta al fenomeno corruttivo attraverso il monitoraggio e la valutazione degli standard minimi anticorruzione. Il GRECO è assistito da un Segretariato, con sede a Strasburgo, presieduto da un Segretario Esecutivo nominato dal Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

quindi obbligata, con una modifica peggiorativa del trattamento penitenziario.

Se tale novità pacificamente riguarda i fatti commessi dopo il 31 gennaio 2019, risulta particolarmente problematica l'applicazione del nuovo regime ostativo anche ai fatti commessi antecedentemente. In quest'ultima ipotesi, infatti, si verifica uno sfavorevole mutamento *in itinere* delle "regole del gioco", imprevedibile per il condannato, il quale poteva ragionevolmente confidare che la sanzione sarebbe rimasta nell'alveo dell'art. 656, comma 5, c.p.p. e quindi "senza assaggio di pena".

Considerate, dunque, le evidenti conseguenze negative derivanti dall'applicazione della nuova disciplina, diviene necessario analizzare approfonditamente l'ambito di operatività intertemporale della legge c.d. spazza-corrotti².

2. La natura giuridica delle norme sull'esecuzione della pena: la giurisprudenza interna

La questione che ci occupa, vale a dire la sottoposizione o meno alla garanzia dell'irretroattività di questo intervento peggiorativo della condizione detentiva e del regime esecutivo, è strettamente connessa all'esame della natura giuridica della fattispecie in esame. In altri termini, la correttezza dell'utilizzo del criterio del c.d. *tempus regit actum* risulta subordinata all'essenza processuale – e non invece sostanziale – della modifica introdotta dall'art. 1, comma 6, lett. b) legge 9 gennaio 2019, n. 3.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale³, le norme in materia di esecuzione penale non potrebbero mai avere

² Al riguardo, cfr. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. con.*, 2/2019, pp. 105 ss.; L. BARON, *'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in *Dir. pen. con.*, 5/2019, pp. 153 ss.; S. FIORE, *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitori e le «cose che accadono al di sopra delle parole»*, in *Arch. Pen.*, 3/2019, pp. 1 ss.; V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giur. pen. web*, 2/2019, pp. 1 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge 'Spazzacorrotti': solo ombre*, in *Cass. pen.*, 11/2018, pp. 3589 ss.; L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. legge spazzacorrotti*, in *penalecontemporaneo.it*.

³ Sul punto, v. Cass. pen., sez. I, 18 settembre 2006, n. 30792; Cass. pen., sez. I, 15 luglio 2008, n. 29155; Cass. pen., sez. I, 9 dicembre 2009, n. 46924;

carattere sostanziale, in quanto avulse dai momenti dell'accertamento del reato e dell'irrogazione della pena. Al riguardo, particolare autorevolezza ha assunto una pronuncia della Corte di legittimità a Sezioni Unite, in cui viene espressamente stabilito che, in assenza di una specifica disciplina transitoria “*le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione (...) soggiacciono al principio del tempus regit actum, e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost.*”⁴. In questo modo, ogni eventuale modifica normativa più severa sarebbe immediatamente ed irrimediabilmente applicabile a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti.

Questa posizione ermeneutica, tuttavia, non risulta in alcun modo condivisibile. A ben vedere, infatti, una lettura così formalistica appare anacronistica ed incompatibile con diversi principi fondamentali del diritto penale, sanciti sia a livello costituzionale che convenzionale. In particolare, la più recente giurisprudenza della Corte EDU⁵ ha adottato un approccio sostanzialista, diretto ad accertare la reale natura giuridica delle disposizioni e, di conseguenza, le effettive garanzie di riferimento. Mediante l'utilizzo dei c.d. *Engel criteria*, infatti, occorre esaminare, oltre alla qualificazione formale assegnata dall'ordinamento, anche lo scopo e l'afflittività della misura.

Sulla scorta di tali considerazioni si collocano una serie di pronunce di merito⁶, nell'ottica di una palese violazione di

Cass. pen., sez. II, 22 febbraio 2012, n. 6910; Cass. pen., sez. I, 12 marzo 2013, n. 11580; Cass. pen., sez. I, 18 dicembre 2014, n. 52578; Cass. pen., sez. I, 9 settembre 2016, n. 35578.

⁴ Cass. pen, sez. un., 17 luglio 2006, n. 24561.

⁵ A titolo esemplificativo, si rinvia alle molteplici pronunce in materia di confisca urbanistica che, valorizzando l'afflittività della sanzione, hanno – nonostante il *nomen juris* – trasformato la misura da amministrativa a penale.

⁶ Tali decisioni possono essere distinte a seconda che il condannato abbia sollecitato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. b) legge 9 gennaio 2019, n. 3 o che, invece, venga direttamente invocata una lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme. Appartengono alla prima categoria: Trib. sorv. Venezia, ord. 8 aprile 2019; Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019; Corte d'appello Lecce, ord. 4 aprile 2019. Fanno parte, invece, della seconda categoria le seguenti decisioni: Trib. Como, Ufficio GIP, 8 marzo 2019; Corte d'Appello Reggio Calabria, 10 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019; Trib. Roma, Ufficio GIP, 5 novembre 2019, n. 689/19 Reg. I.E.

molteplici profili costituzionali a seguito dell'introduzione dell'art. 1, comma 6, lett. b) legge 9 gennaio 2019, n. 3⁷.

In primo luogo, viene evidenziata la contrarietà all'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento generata dal collocare sul medesimo piano l'esecuzione di chi al momento del fatto poteva confidare su un impianto normativo che gli avrebbe consentito di non scontare in carcere una pena inferiore ai quattro anni di reclusione e chi, invece, ha commesso il fatto dopo l'introduzione della legge spazza-corrotti.

La seconda violazione concerne l'art. 25, comma 2 Cost. *sub specie* irretroattività, data la natura sostanzialmente penale della modifica in esame che impone l'applicazione della regola di cui all'art. 2, comma 4 c.p.

L'art. 24 Cost., inoltre, verrebbe pregiudicato dagli effetti distorsivi che il mutamento del quadro normativo sull'esecuzione della pena – sia in fase di indagine che nel corso del processo – produrrebbe sulle scelte di strategia difensiva degli imputati.

Rileva, da ultimo, il contrasto con l'art. 117 Cost., integrato dal parametro interposto di cui all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nel senso della necessaria prevedibilità, al momento del fatto, delle conseguenze giuridiche della propria condotta.

Adotta la medesima posizione interpretativa una recente pronuncia della Corte di cassazione⁸. Di fronte ad un'ipotesi – per delitti di corruzione – di patteggiamento anteriore all'entrata in vigore della legge spazza-corrotti, i giudici di legittimità hanno evidenziato come questa situazione sia incompatibile con i principi costituzionali sopra indicati, prospettando così un necessario *revirement* giurisprudenziale nella direzione garantista dei più recenti approdi sovranazionali. La Corte, dunque, ha condiviso appieno le argomentazioni del ricorrente, specificando però che le stesse dovevano essere proposte in sede di incidente di esecuzione, in quanto “*i profili di incostituzionalità pertengono, a ben vedere, non al patto stipulato fra le parti e ratificato dal giudice, né alla pena applicata su richiesta – di per sé validi e «indifferenti» alla*

⁷ Sul punto, v. L. BARON, ‘Spazzacorrotti’, cit., pp. 161 ss.; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.*, cit., pp. 115 ss.

⁸ Cass. pen, sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541 con nota di G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva, in penalecontemporaneo.it.*

novella normativa del 2019 – bensì alla mera esecuzione della sanzione, incidendo, come si è già detto, sulla sospensibilità, rectius non sospensibilità, dell'ordine di esecuzione”.

Delineatosi così il contesto di riferimento, l'esigenza di risolvere questa delicata problematica si è tradotta in plurime ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

3. Il fondamentale ruolo evolutivo del diritto convenzionale

Nella composizione della vicenda in esame ha assunto un ruolo centrale il diritto convenzionale, così come interpretato dalla Corte EDU.

Più in generale, comunque, occorre rilevare che da diversi anni non è più possibile ignorare il processo di c.d. europeizzazione del diritto penale⁹. Dal proliferare della produzione giuridica euro-unitaria e dal progressivo perfezionamento degli strumenti di diritto internazionale pattizio è lecito considerare un nuovo ambito di ricerca: il diritto penale europeo¹⁰.

In particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha acquistato un peso sempre maggiore nell'ordinamento interno per diverse ragioni.

Innanzitutto, rileva la peculiarità della materia regolata. Il diritto convenzionale, infatti, non si occupa, come avviene per le altre fonti del diritto internazionale pattizio, di questioni di

⁹ Formula certamente imprecisa, ma che ben si presta ad evocare, a sintetizzare l'odierno panorama giuridico.

¹⁰ Sul punto, *ex multis* v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionale*, Roma, 2012; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; C.E. PALIERO - F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013; F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 2012, pp. 426 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, pp. 15 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *penalecontemporaneo.it*; O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *penalecontemporaneo.it*.

settore, ma ha ad oggetto i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo. Una fonte, quindi, materialmente costituzionale¹¹ e a vocazione universale¹², in cui non può trovare applicazione il principio di reciprocità, in base al quale non si è tenuti ad adempiere un obbligo nei confronti della controparte inadempiente.

In secondo luogo, il sistema convenzionale è costruito tutto intorno ad una sua propria giurisdizione. La Corte europea, pertanto, è il cuore pulsante del diritto convenzionale, rinnovando quotidianamente il significato dei principi della Convenzione, che divengono, infatti, parametro interposto di legittimità costituzionale, così come interpretati dai giudici di Strasburgo¹³.

La terza caratteristica, infine, consiste nel ricorso individuale; la possibilità, cioè, in capo ad ogni individuo di ricorrere alla Corte europea, lamentando la violazione di uno dei diritti sanciti dalla Convenzione da parte di uno Stato membro. L'assegnazione al singolo, quindi, di una speciale "soggettività di diritto internazionale". Tale strumento configura il principale tratto distintivo rispetto al diritto internazionale classico, concepito invece come un accordo tra Stati sovrani¹⁴.

Tali peculiarità giustificano il riconoscimento alle norme EDU del rango di norma interposta, subordinata alla Costituzione, ma sovraordinata alla legge ordinaria¹⁵.

¹¹ Nella sentenza *Loizidou c. Turchia* (C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 23 marzo 1995, ricorso n. 15318/89), i giudici di Strasburgo espressamente definiscono la Corte europea dei diritti dell'uomo "as a constitutional instrument of European public order".

¹² V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 69 ss.

¹³ Un esempio paradigmatico della funzione evolutiva della Corte di Strasburgo si riscontra nella sentenza *Scoppola c. Italia* (C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03), in cui per la prima volta viene riconosciuto il principio di retroattività della legge più mite all'interno delle garanzie sancite nell'art. 7 CEDU.

¹⁴ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 12.

¹⁵ Per un attento esame delle sentenze della Corte Costituzionale circa il rapporto con le Corti sovranazionali si rinvia, su tutti, a M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *rivistaaic.it*, pp. 3 ss.

Sulla base delle considerazioni finora svolte, è agevole presumere che proprio in un caso come quello in esame – che ha ad oggetto l’ampiezza semantica del concetto di materia penale – la Convenzione Europea abbia assunto un ruolo protagonista.

Ed infatti, l’approccio sostanzialista adottato dalla Corte di Strasburgo è diretto a svelare tutte quelle ipotesi di c.d. truffa delle etichette per adottare tutte le garanzie proprie del mondo penalistico alle sanzioni che presentano un’effettiva natura punitiva.

Da qui, risulta evidente il carattere afflittivo di quelle modifiche normative che comportano l’ingresso in carcere o limitano l’accesso a misure alternative alla detenzione. Tali misure, pertanto, dovrebbero essere ricomprese nel campo semantico del concetto di pena – intesa nella sua accezione convenzionale – e devono quindi sottostare all’alveo delle garanzie della materia penale. L’ampliamento dell’elenco previsto dall’art. 4-*bis* ord. penit. non può dunque considerarsi relativo ad aspetti meramente attinenti all’esecuzione penale (come, ad esempio, il numero dei colloqui con i parenti o i permessi premio), riguardando invece un profilo direttamente incidente sulla libertà personale del condannato (la pena da “alternativa” diverrebbe “detentiva”).

Alla luce di quanto fin qui detto, affermare la natura processuale di tale fattispecie stride con la *ratio* garantista dei principi di irretroattività e prevedibilità, intesa quale libertà di autodeterminazione nella scelta di una specifica condotta, con la consapevolezza – al momento della commissione del fatto – delle conseguenze giuridiche della propria azione.

In proposito, emblematica è la pronuncia *Del Rio Prada c. Spagna*¹⁶, nella quale i giudici di Strasburgo hanno rilevato la violazione dell’art. 7 CEDU nell’imprevedibile e retroattivo mutamento giurisprudenziale in ordine ad un istituto assimilabile alla nostra liberazione anticipata. In tale occasione è stato lapidariamente stabilito che, ai fini del rispetto dell’affidamento del consociato sulla prevedibilità della sanzione penale, bisogna avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua esecuzione.

¹⁶ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 dicembre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ricorso n. 42750/09.

4. La sentenza costituzionale n. 32/2020

Sulla scorta di tali premesse è intervenuta la Consulta con la decisione n. 32 del 2020¹⁷ che ha stabilito “*l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all’art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all’entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione previsto dall’art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale*”.

L’intero impianto motivazionale è volto a smentire l’obsoleto assunto secondo il quale tutte le norme disciplinanti l’esecuzione della pena sono *ex se* sottratte al divieto di applicazione retroattiva. La regola generale del *tempus regit actum* deve, infatti, essere controbilanciata da una fondamentale eccezione: tutte le volte in cui la modifica normativa compori – rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto – una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, l’applicazione retroattiva di tale *ius supervenies* risulta incompatibile con il principio di legalità *sub specie* irretroattività previsto dagli artt. 25 Cost. e 7 CEDU.

Si tratta, dunque, di una sentenza interpretativa di accoglimento che si caratterizza per la spiccata prospettiva internazionale del percorso argomentativo proposto. Ed infatti, la dichiarazione di illegittimità costituzionale è il risultato, da un lato, dell’evoluzione giurisprudenziale interna – sia

¹⁷ C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32. Per un’accurata analisi di questa decisione cfr. *ex multis* V. MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in *Sist. pen.*; F. BELLAGAMBA, *Riflessioni a margine del nuovo assetto riservato ai delitti contro la Pubblica Amministrazione dalla Legge “negaprinicipi” e “spazzagaranzie”*, in *Arch. pen.*, 1/2020, pp. 1 ss.

costituzionale che di legittimità – e, dall’altro, di un’analisi comparativa della giurisprudenza di altre Corti.

Nello specifico, il primo fondamento logico-giuridico a sostegno di questa decisione consiste nel processo ermeneutico inerente l’art. 7 CEDU¹⁸. Se in un primo momento la Corte EDU aveva sostenuto una tesi sovrapponibile a quella della giurisprudenza italiana che escludeva dalle garanzie penalistiche le modifiche in materia di esecuzione della pena¹⁹, la “correzione di rotta” è iniziata nel 2008 toccando l’art. 7 sotto il profilo dell’insufficiente chiarezza della legge penale e della imprevedibilità delle conseguenze sanzionatorie²⁰, fino a giungere al fondamentale approdo interpretativo della sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* del 2013 che si concentra sulla violazione del divieto di applicazione retroattiva di una pena più sfavorevole all’interessato.

Particolare rilevanza viene, inoltre, affidata al confronto con istituti simili regolati in ordinamenti giuridici di altri Paesi²¹. In primo luogo, la Consulta si occupa del generale divieto di *ex post facto laws* sancito dalla Costituzione americana, secondo il quale non sono applicabili tutte quelle modifiche che producono l’effetto di prolungare la detenzione del condannato. Allo stesso modo, l’art. 112-2 del codice penale francese prevede che, in deroga al generale principio dell’immediata applicabilità delle leggi relative al regime di esecuzione e dell’applicazione della pena, le modifiche che abbiano l’effetto di rendere più severe le pene inflitte sono applicabili soltanto alle condanne pronunciate per fatti commessi dopo alla loro entrata in vigore.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale che in questa sede si è tentato di riportare nel modo più chiaro ed esauriente possibile, appare opportuno esprimere qualche ultima breve riflessione.

Come già sottolineato, il tratto caratterizzante della decisione costituzionale esaminata si coglie nel metodo di

¹⁸ Cfr. par. 4.2.3. della sentenza in esame.

¹⁹ C. eur. dir. uomo, 29 novembre 2005, *Uttley c. Regno Unito*, ricorso n. 36946/03.

²⁰ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ricorso n. 9644/09.

²¹ Cfr. par. 4.2.4. della sentenza in esame.

risoluzione della controversia: un approccio non limitato allo strumentario giurisprudenziale e dogmatico interno, ma che ricerca dei possibili spunti di riflessione e appigli giuridici anche al di fuori dei confini nazionali. Questa sentenza rappresenta, dunque, un esempio virtuoso dell'integrazione tra diritto convenzionale e diritto interno²². Questi due distinti paradigmi della legalità, nonostante le irriducibili differenze strutturali, sembrano in questa ipotesi operare congiuntamente nella direzione di un'estensione delle garanzie dell'imputato e del rigetto di una mera responsabilità penale d'autore.

Un ulteriore profilo di sicuro interesse concerne la tematica dei poteri del giudice interno a fronte del contrasto tra l'art. 1, comma 6, lett. b) e l'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU. In particolare, occorre rilevare che – nelle more della decisione della Corte Costituzionale – diversi giudici dell'esecuzione hanno deciso di aderire a quell'indirizzo garantista secondo il quale deve essere sospesa l'efficacia degli ordini di esecuzione emessi in relazione a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella legislativa. Tale soluzione radicale riposa su un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, volta ad escludere l'applicazione retroattiva *in malam partem* delle novità introdotte dalla c.d. legge spazza-corrotti (ritenute di natura sostanzialmente penale e, di conseguenza, soggette alla disciplina di cui all'art. 2 c.p.)²³. Questa scelta, da un lato, ha consentito di concretizzare un importante risultato senza dover attendere la decisione della Consulta²⁴ e, dall'altro, ha certificato la mutevolezza e la permeabilità del diritto vivente, suscettibile di essere modificato in caso di contrasto con la Costituzione (e la Convenzione europea), anche se precedentemente avallato dalle Sezioni Unite.

²² Su tale tematica cfr. *ex multis* F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 4.

²³ In questa direzione cfr. *ex multis* Trib. Como, Ufficio GIP, 8 marzo 2019; Corte d'Appello Reggio Calabria, 10 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019; Trib. Roma, Ufficio GIP, 5 novembre 2019, n. 689/19 Reg. I.E.

²⁴ La gran parte dei condannati che hanno presentato incidente di esecuzione risultavano, infatti, in stato di detenzione.

LE *ASTREINTES* NEL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: COMPATIBILITÀ E COORDINAMENTO CON LA TUTELA SURROGATORIA E RISARCITORIA*

ANNA PAIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origini e presupposti delle *astreintes* nel giudizio amministrativo. – 3. Differenze con l'istituto civilistico. – 4. Cumulabilità o alternatività dei modelli compulsorio e surrogatorio. – 5. Natura giuridica delle *astreintes* e rapporto con istituti affini – 6. Coordinamento con la tutela risarcitoria. – 7. Conclusioni.

Abstract: The paper analyzes the judicial remedy of the so-called *astreinte*, introduced in the Administrative Procedure Code by the article 114, paragraph four, lett. e). This measure allows the judge to impose a periodic penalty payment on the public authority, in order to ensure the enforcement of a judgement. However, its terms of use are discussed, as well as its compatibility with the other remedies of the compliance procedure. The paper, therefore, focuses on its legal nature, the scope and the application in practice, so as to assess the eligibility and reasonableness of the system as a whole.

1. Introduzione

Tra i mezzi predisposti dall'ordinamento al fine di superare i ritardi e le resistenze della P.A. nell'attuazione del giudicato rientra la cd. penalità di mora o *astreinte*.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

Tale istituto è ispirato ad una logica dissuasiva nei confronti della P.A. che si renda inadempiente rispetto agli obblighi conformativi imposti dalla sentenza.

L'inserimento della medesima misura nel processo civile e in quello amministrativo, nonché le differenze che caratterizzano i due istituti hanno portato dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sull'utilità della misura compulsoria in un giudizio, quello di ottemperanza, all'interno del quale ogni prestazione è, per definizione, fungibile.

Inoltre, la *ratio* di coercizione indiretta su cui l'*astreinte* si fonda ha determinato l'insorgenza di numerosi dibattiti in ordine alla sua natura giuridica. Il problema si è posto, in particolare, con riferimento al risarcimento del danno, rispetto al quale risulta difficoltoso il coordinamento in sede applicativa.

L'elaborato si propone, pertanto, di dare conto di tali problematiche, al fine di valutare ragionevolezza e ammissibilità del sistema nel suo complesso.

2. Origini e presupposti delle *astreintes* nel giudizio amministrativo

Il giudizio di ottemperanza¹ nel processo amministrativo è disciplinato nel Titolo I del libro IV del codice del processo amministrativo. In tale contesto è regolata, all'art. 114, quarto comma, lett. e), la c. d. penalità di mora o *astreinte*, istituto già noto al processo civile² ed introdotto in quello amministrativo con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

La penalità di mora consiste in una misura di coercizione indiretta posta a presidio della pienezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale, volta ad incentivare la parte soccombente nel giudizio a dare esecuzione alla sentenza³. Essa attribuisce al

¹ Sul giudizio di ottemperanza si vedano, in generale, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2018, pp. 375 ss.; A. POLICE, *Processo amministrativo*, Milano, 2013, pp. 482 ss.; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VII ed., Torino, 2017, pp. 627 ss.; G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, vol. II, Milano, 2013, pp. 457 ss.; A. DAIDONE - F. PATRONI GRIFFI, *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 2015.

² Introdotto nel c.p.c. con la l. 18 giugno 2009, n. 69.

³ Cfr. A. SAVO AMODIO, *Ottemperanza. Le astreintes*, in *treccani.it*, 2013.

giudice il potere di condannare il resistente, su istanza di parte, al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato.

Si tratta di un'innovazione di assoluta rilevanza, considerato che il processo amministrativo, fino all'introduzione delle *astreintes*, aveva conosciuto esclusivamente misure di coazione diretta.

Tradizionalmente, infatti, il giudice amministrativo in sede di ottemperanza può sostituirsi all'amministrazione inadempiente nell'attuazione del giudicato, secondo una logica surrogatoria⁴. A tale funzione provvede direttamente o tramite la figura del commissario *ad acta*.

Con la previsione dell'art. 114, quarto comma, lett. e), c.p.a., il legislatore ha affiancato al modello dell'esecuzione surrogatoria, tipico dell'ordinamento italiano, il modello compulsorio, maggiormente diffuso negli altri ordinamenti europei⁵. Quest'ultimo fa affidamento, per l'esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della P.A., all'effetto dissuasivo derivante dall'irrogazione di sanzioni pecuniarie da parte del giudice per la violazione o il ritardo nell'esecuzione del giudicato⁶.

Si è parlato, in proposito, di un sistema "misto" di tutele⁷, fondato sulla commistione fra il modello tradizionale dell'esecuzione surrogatoria e il meccanismo di coercizione indiretta caratteristico dell'*astreinte*.

⁴ Cfr. A. CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 4/2014, p. 1301.

⁵ Si richiamano, solitamente, l'esperienza francese e quella tedesca. Cfr. R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo. Formulario commentato*, IV ed., Milano, 2019, p. 2301; A. CARBONE, *Op. cit.*, p. 1299; L. VIOLA, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2/2011, pp. 153 ss.

⁶ Cfr. B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, p. 129.

⁷ Cfr. R. TUCCILLO, *Le applicazioni dell'istituto delle astreintes nel processo amministrativo*, in *Rass. giur. Cons. St.*, 31 dicembre 2018, p. 4; A. CARBONE, *Op. cit.*, p. 1301; A. SAVO AMODIO, *Op. cit.*; V. GASTALDO, *Commento a d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - Art. 114*, in E. VULLO (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, Milano, 2015, p. 1380;

Per l'applicazione della misura, l'art. 114 richiede la sussistenza di tre presupposti: uno positivo, e cioè la richiesta di parte, e due di carattere negativo, per cui la misura non deve risultare “*manifestamente iniqua*” e non devono sussistere “*altre ragioni ostative*” alla sua applicazione⁸.

Anzitutto, la penalità di mora non può essere applicata d'ufficio dal giudice, ma richiede un'esplicita richiesta di parte volta ad ottenerla⁹. Pertanto, come si dirà, la scelta fra la tutela surrogatoria e quella compulsoria è rimessa, per espressa previsione di legge, alla discrezionalità della parte interessata, la quale potrà chiederle entrambe o una sola.

Occorre chiedersi, poi, quando la misura possa definirsi “*manifestamente iniqua*” e quali siano le “*altre ragioni*” preclusive all'adozione della stessa. Il legislatore non ha fornito alcuna indicazione al riguardo. La giurisprudenza ha cercato di dare concretezza ai parametri menzionati, riferendoli a “*le peculiari condizioni del debitore pubblico*”, a “*l'esigenza di evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive*”, e ancora, “*alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici*”¹⁰. Spetta al giudice valutare tali fattori in sede di verifica della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, nonché al momento

⁸ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4685.

⁹ Cfr. V. GASTALDO, *Op. cit.*, p. 1372 ss.; F. BUSCICCHIO, *Astreintes nel processo amministrativo*, in *Giur. mer.*, 11/2012, p. 2446.

¹⁰ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15; F. G. SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo*, in *Corr. Giur.*, 11/2014, p. 1413, il quale rileva come, in uno Stato di diritto, è difficile identificare “*vincoli normativi o prevalenti interessi pubblici che consentano di non dare esecuzione a provvedimenti giudiziari definitivi di condanna, che legittimino, cioè, un comportamento di per sé gravemente illegittimo, contrario al principio del giusto processo e alla effettività della tutela giurisdizionale*”. Ancora, con riferimento alle difficoltà finanziarie, l'Autore evidenzia che “*la Corte europea dei diritti dell'uomo è ferma nel ribadire che il difetto di risorse finanziarie non può incidere sulla esecuzione tempestiva (...) delle obbligazioni pecuniarie a carico dell'amministrazione, accertate o determinate da provvedimenti giudiziari*”.

dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo¹¹.

Il carattere della manifesta iniquità può assumere rilievo anche successivamente alla comminatoria della penalità. Infatti, una recente pronuncia del Consiglio di Stato¹² ha chiarito che, in sede di "ottemperanza per chiarimenti", è possibile modificare la statuizione relativa ad un'*astreinte* disposta in un precedente giudizio per l'esecuzione del giudicato, laddove emergano sopravvenienze che palesino il carattere abnorme o palesemente iniquo di tale misura.

Con specifico riferimento ai giudizi aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, con l'art. 1, comma 781, lett. a), della l. 28 dicembre 2015, n. 208 non solo si è espressamente riconosciuta l'applicabilità della misura agli stessi, di cui per lungo tempo si è dubitato¹³, ma è stata introdotta anche la presunzione per cui "la penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali". Inoltre, risolvendo un contrasto insorto sul punto¹⁴, è stato stabilito che, nei medesimi giudizi, la penalità di mora decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza¹⁵.

Infine, il Codice non indica espressamente il beneficiario della somma così liquidata, ma la giurisprudenza¹⁶ è orientata nel senso che essa debba andare a favore della parte vittoriosa, in

¹¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1444. Per V. GASTALDO, *Op. cit.*, p. 1376, la previsione in oggetto implica un obbligo motivazionale per il giudice.

¹² Cons. St., Ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7.

¹³ Cfr. G. FERRARI, *L'astreinte estesa alle sentenze di condanna pecuniarie*, in *treccani.it*, 2015; G. GUCCIONE, *L'astreinte amministrativa. Problematiche applicative dell'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. avv. Stato*, 4/2012, pp. 328 ss.; F. CORTESE, *Sull'obbligo di pagare una somma di denaro ex art. 114, comma 4, lett. E), c.p.a.: natura giuridica e regime applicativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2014, p. 657; R. TUCCILLO, *Op. cit.*, pp. 18 ss.

¹⁴ Cfr. M. BINDA, *Le astreintes nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dottr. Cons. St.*, 4 luglio 2019, p. 20.

¹⁵ Cfr. Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2016, n. 4311.

¹⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688.

conformità con il presupposto per cui il giudice non può procedere d'ufficio nell'applicazione dell'*astreinte*¹⁷.

3. Differenze con l'istituto civilistico

La misura coercitiva disciplinata dal c.p.a. è costruita sulla falsariga dell'analogo istituto di origine civilistica, istituito con la l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto l'art. 614-bis c.p.c.¹⁸.

Quest'ultima disposizione prevede che “*con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, può fissare, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento*”.

È possibile evidenziare una prima differenza fra la penalità di mora nel giudizio civile e il corrispondente istituto di diritto amministrativo.

Nel primo caso, la misura non ha carattere generalizzato, in quanto opera esclusivamente con riferimento alle condanne “*all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento*”, e cioè alle sole forme di esecuzione in forma specifica¹⁹. Al contrario, nell'ambito del processo amministrativo le *astreintes* sono suscettibili di applicazione generalizzata, non trovando preclusioni nella lettera della norma²⁰.

¹⁷ Cfr. A. SAVO AMODIO, *Op.cit.*

¹⁸ Cfr. *ex multis* A. CHIZZINI, *Art. 614-bis*, in G. BALENA - R. CAPONI - A. CHIZZINI - A. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, pp. 138 ss.; C. CONSOLO - F. GODIO, *Art. 614-bis*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedure civile commentato*, Milano, 2013, p. 2553 ss.; N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in G. PERAGO - G. MICCOLIS (a cura di), *L'esecuzione forzata riformata*, Torino, pp. 468 ss.

¹⁹ Cfr. A. CARBONE, *Op. cit.*, p. 1303.

²⁰ Cfr. F. G. COCA, *Op. cit.*, p. 1413. Nello stesso senso, Cons. St., Ad. plen., 26 giugno 2014, n. 15, dove si legge che “*un'operazione interpretativa che intendesse colmare una lacuna che non c'è attraverso il richiamo dei limiti previsti dalla diversa norma del processo civile, si tradurrebbe in un'inammissibile analogia in malam partem*”.

Tale dato è di assoluta rilevanza. Nell'ambito del processo amministrativo, ogni prestazione della P.A. è fungibile. In ragione dei penetranti poteri sostitutivi di cui dispone, il giudice amministrativo ha la possibilità di sostituirsi direttamente all'amministrazione inadempiente nell'esecuzione della sentenza. Ciò non accade nell'esecuzione civilistica, dove la penalità di mora si può applicare solo ad obblighi di fare infungibile o di non fare²¹.

Ne deriva che nel sistema processual-amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi sanciti con la sentenza, colmando un vuoto di tutela, ma ha la generale finalità di dissuadere l'amministrazione dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza²².

Inoltre, nel processo civile il legislatore esclude espressamente dall'ambito di operatività della norma le controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. La previsione non è riprodotta nel testo dell'art. 114 c.p.a., sicché parte della dottrina si è interrogata sulla possibilità di estenderla alle controversie di lavoro che rientrano nella giurisdizione amministrativa²³.

Anche nel giudizio civile, la misura è applicabile qualora ciò non sia "*manifestamente iniquo*". Poiché il parametro in oggetto è indeterminato, il giudice che irroga la sanzione dispone di un ampio margine di valutazione²⁴. Rispetto alla norma civilistica,

²¹ Cfr. M. BINDA, *Op. cit.*, p. 15; A. CASTORINA, *L'astreinte nel processo amministrativo fra effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 14/2015, p. 21; A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2/2010, p. 398.

²² Cfr. Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688; D. TOMASSETTI, *L'astreinte nel processo amministrativo: natura, ambito oggettivo, portata e limiti alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Gazz. amm.*, 1/2012, p. 1; G. GUCCIONE, *Op. cit.*, p. 334.

²³ Cfr. F. G. SCOCA, *Op. cit.*, p. 1415, il quale sottolinea che la mancata estensione creerebbe una rilevante disarmonia, considerato che, mentre il g.o. non potrebbe applicare la misura in tali ipotesi, al g.a. sarebbe consentito farlo; V. GASTALDO, *Op. cit.*, p. 1396.

²⁴ La dottrina civilistica ha interpretato tale parametro nel senso che la misura deve presentare un grado di intensità tale da renderla immediatamente riconoscibile da parte di un soggetto munito di adeguata competenza tecnica e

l'art. 114 c.p.a. si segnala, in quanto, da un lato, restringe tale discrezionalità, laddove prevede che, nei giudizi di aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali; dall'altro lato, introduce un ulteriore fattore di incertezza, prevedendo la necessità che non esistano ulteriori ragioni ostative.

Altro punto di apparente distinzione riguarda il giudice cui è attribuito il potere di comminare le misure in discorso. Nell'ordinamento processual-civilistico, nonostante la collocazione della norma nell'ambito dell'esecuzione, la competenza ad applicare le *astreintes* appartiene al giudice della cognizione. Nel processo amministrativo, invece, la competenza è attribuita al giudice dell'ottemperanza. Tuttavia, per parere uniforme di dottrina e giurisprudenza²⁵, la tutela compulsoria è dotata di forza espansiva, con la conseguenza che la sua applicazione potrebbe essere anticipata in sede di cognizione. In proposito, si argomenta richiamando l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a., che consente al giudice di adottare già nel giudizio di cognizione le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, compresa, appunto, la fissazione dell'*astreinte*²⁶.

L'art. 614-*bis*, secondo comma, detta, infine, i criteri ai quali deve attenersi il giudice nella determinazione della somma. A tal fine, egli può tenere conto “*del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*”. Si tratta di criteri elastici, che

professionale in materia. Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, 2000, p. 33.

²⁵ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7; M. BINDA, *Op. cit.*, p. 22; R. DE NICTOLIS, *Op. cit.*, p. 2302; F.G. SCOCA, *Op. cit.*, p. 1415; L. VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 3-4/2012, pp. 593-595; M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *federalismi.it*, 18/2010, p. 39 ss. In senso contrario, M.A. SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2-3/2013, p. 902; M.P. CHITI, *I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2012, p. 28.

²⁶ L'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a. prevede, infatti, che la nomina del commissario “*può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*”.

implicano un'ampia discrezionalità nella quantificazione della sanzione. Si ritiene che la statuizione in oggetto, in mancanza di altre indicazioni offerte dal legislatore, possa costituire anche una valida indicazione per il giudice amministrativo²⁷, applicabile in virtù del rinvio disposto dall'art. 39 c.p.a. alle norme del processo civile.

4. Cumulabilità o alternatività dei modelli compulsorio e surrogatorio

Quanto sopra detto a proposito dell'applicabilità, nel processo amministrativo, delle misure coercitive indirette agli obblighi fungibili ed infungibili porta ad interrogarsi circa la compatibilità del modello compulsorio con le particolari caratteristiche del giudizio di ottemperanza.

Non è mancato, infatti, chi ha sostenuto l'inutilità delle *astreintes* all'interno di un giudizio, in cui la prestazione è naturalmente fungibile²⁸. Se la sentenza può essere eseguita direttamente dal giudice in sede di ottemperanza, allora (si sostiene) la misura compulsiva perde il suo significato.

In realtà, il modello compulsorio presenta maggiore utilità ed efficacia proprio laddove quello surrogatorio risulti insufficiente a garantire l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale. Ciò si verifica quando il commissario *ad acta* non è in grado di sostituirsi agevolmente all'amministrazione nell'esecuzione del giudicato²⁹, come nei casi in cui l'attività sostitutiva sia particolarmente gravosa o suscettibile di far sorgere problemi esecutivi difficilmente risolvibili.

Il fatto che nell'ordinamento siano presenti altre misure per garantire l'ottemperanza non implica che qualsiasi altro strumento di tutela venga introdotto sia, per ciò solo, inutile. La previsione della penalità di mora, in altre parole, dovrebbe essere letta nella prospettiva dell'innalzamento del livello di tutela

²⁷ In dottrina, cfr. F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2/2002, p. 381; in senso contrario, A. CARBONE, *Op. cit.*, p. 1315. In giurisprudenza, v. Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688.

²⁸ Cfr. G. CUMIN, *Condanna al pagamento di somme di denaro ed astreinte nell'ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 10/2014, p. 1070.

²⁹ Cfr. F.G. COCA, *Op. cit.*, p. 1416.

giurisdizionale e nel senso di una maggiore garanzia di effettività del diritto di difesa in giudizio³⁰.

In tal senso, l'*astreinte* sembra essere stata pensata proprio nell'ottica di un "potenziamento complessivo del giudizio di ottemperanza"³¹, di fronte ad una P.A. tradizionalmente restia a dare tempestiva ed esatta esecuzione al giudicato³². La tutela compulsoria offre, quindi, al creditore vittorioso un ulteriore strumento di coazione all'esecuzione della statuizione del giudice. Per contro, la tutela surrogatoria non comporta alcun tipo di sollecitazione o stimolo per la pubblica amministrazione, ma solo la sua definitiva sostituzione³³.

Qualora, inoltre, si accedesse alla tesi per cui la penalità di mora può essere irrogata anche in sede di cognizione, è evidente che essa svolgerà la funzione deterrente e general-preventiva ancor prima dell'instaurazione del giudizio di ottemperanza, assumendo anche funzione deflattiva del contenzioso³⁴.

L'utilità della misura *ex art.* 114, comma 4, lett. e) c.p.a. si coglie ancor più, se si pensa che la sua irrogazione comporta un danno erariale³⁵, come tale sindacabile di fronte la Corte dei Conti.

Appurato, dunque, che la penalità di mora conserva una sua utilità, occorre domandarsi se la sua applicazione possa essere disposta congiuntamente alla tutela surrogatoria o in alternativa ad essa³⁶. Detto altrimenti, occorre chiedersi se le due misure siano cumulabili o meno.

Come si ricorderà, l'applicazione della penalità di mora rientra nella disponibilità della parte, la quale, se vuole ottenerla, ha l'onere di formulare una specifica richiesta in tal senso, che

³⁰ Cfr. R. TUCCILLO, *Op. cit.*, p. 22; M. BINDA, *Op. cit.*, p. 19.

³¹ Cons. St., Ad. plen., 26 giugno 2014, n. 15, afferma che la possibilità di utilizzare due diversi meccanismi di esecuzione "*evidenzia un arricchimento del bagaglio delle tutele normativamente garantite in attuazione dell'art. 24 Cost. in una con i canoni europei e comunitari richiamati dall'art. 1 c.p.a.*".

³² Cfr. C.M.R. DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della PA tra Codice di procedura civile e Codice del processo amministrativo*, in *Riv. es. forz.*, 2/2011, p. 317.

³³ Cfr. F. CORTESE, *Op. cit.*, p. 657; A. CASTORINA, *Op. cit.*, p. 18.

³⁴ Cfr. M. LIPARI, *Op. cit.*, pp. 39 ss., che richiama il principio della concentrazione della concentrazione ed effettività della tutela.

³⁵ Cfr. F. G. SCOCA, *Op. cit.*, p. 1417.

³⁶ Cfr. A. CARBONE, *Op. cit.*, p. 1301.

può essere o meno accompagnata dalla richiesta di adottare ulteriori misure per assicurare l'ottemperanza.

Il giudice godrà poi di ampia discrezionalità nella scelta della misura più idonea ad assicurare la tutela nel caso concreto, fermo restando l'obbligo di pronunciarsi su ciascuna delle richieste formulate dalla parte³⁷.

Qualora quest'ultima formuli esclusivamente richiesta per la penalità di mora, si ritiene che essa opti chiaramente per tale modello di tutela, sicché il giudice dovrà solo valutare l'opportunità di assegnare all'amministrazione un termine per l'esecuzione³⁸.

Per contro, in caso di richiesta di ambedue le forme di tutela, la questione trova diversa soluzione a seconda degli effetti che si vogliano attribuire alla nomina del commissario *ad acta* rispetto al potere di provvedere della P.A.

Secondo una prima impostazione³⁹, poiché la nomina del commissario non esclude il potere dell'amministrazione di provvedere, la coazione indiretta si giustifica anche per il periodo successivo all'insediamento dello stesso.

Le due forme di tutela sarebbero cumulabili perché non incompatibili fra loro, con la conseguenza che l'*astreinte* sarebbe dovuta anche in costanza di nomina del commissario *ad acta*.

Non potrebbe opporsi che l'adempimento della prestazione dovuta ricadrebbe sull'ausiliario del giudice e non sull'amministrazione, in quanto quest'ultima, come anzidetto, conserva il potere di emanare l'atto.

Secondo altra impostazione⁴⁰, le misure menzionate non potrebbero operare contemporaneamente. L'insediamento del

³⁷ Cfr. A. SAVO AMODIO, *Op.cit.*

³⁸ Cfr. R. TUCCILLO, *Op. cit.*, pp. 9-10.

³⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3945; Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; TAR Lazio, Roma, sez. III, 3 ottobre 2013, n. 9028; TAR Lazio, Roma, 29 dicembre 2011, n. 1035; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, 2010, p. 493; V. GASTALDO, *Op. cit.*, pp. 1382-1383.

⁴⁰ In caso contrario, infatti, si farebbero gravare sull'Amministrazione le conseguenze sanzionatorie di ulteriori ritardi, imputabili non ad essa, ma all'ausiliario del Giudice. Cfr. Cons. St., sez. V., 27 novembre 2018, n. 6724; Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012, n. 2547; Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010,

commissario *ad acta* determinerebbe un definitivo trasferimento del *munus*, rimanendo precluso ogni ulteriore margine di intervento dell'amministrazione.

Pertanto, occorrerebbe che le due misure fossero previste in maniera consecutiva, nel senso che per la misura pecuniaria sarebbe necessaria la previsione di un termine finale coincidente con la data a partire dalla quale assume efficacia la nomina del commissario. In base a tale opinione, il cumulo sarebbe, dunque, di per sé manifestamente iniquo.

Una soluzione a tale contrasto potrebbe partire dal rilievo per cui il Codice non pone alcuna preclusione alla cumulabilità delle due misure. Gli unici limiti imposti dal legislatore all'art. 114 c.p.a. sono la non manifesta iniquità e l'assenza di altre ragioni ostative alla comminazione della pena. Pertanto, dovrebbe essere il giudice ad individuare tutti gli interessi coinvolti e a modulare la tutela in base alle specifiche esigenze.

Inoltre, è preferibile ritenere che il potere della P.A. persista anche dopo la nomina del commissario *ad acta*. L'interesse del ricorrente è pur sempre quello all'esecuzione del giudicato, divenendo irrilevante che a ciò provveda l'amministrazione o l'ausiliario del giudice. L'attività di questi è soggetta allo stesso modo al controllo del giudice⁴¹. Inoltre, l'adempimento della P.A., pur dopo la scadenza del termine assegnato, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario⁴².

La possibilità di applicare contestualmente i due modelli di tutela troverebbe ulteriore conferma nella diversità di *ratio* sottese ai medesimi. Mentre la penalità di mora è finalizzata ad incentivare la parte soccombente a conformarsi al *dictum* del giudice, la nomina del commissario *ad acta* è ispirata ad una

n. 3214. In tal senso, R. DE NICTOLIS, *Op. cit.*, p. 2303; M.A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 901; A. CARBONE, *Op. cit.*, p. 1310; M. BINDA, *Op. cit.*, p. 23.

⁴¹ L'art. 114, comma 6, c.p.a. prevede, infatti, che "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*. Avverso gli atti del commissario *ad acta* le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario".

⁴² Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 1511.

logica surrogatoria, in cui l'obbligo di provvedere ricade su un soggetto diverso dall'amministrazione inottemperante⁴³.

5. Natura giuridica delle *astreintes* e rapporto con istituti affini

Tanto premesso in ordine ai rapporti fra rimedio compulsorio e surrogatorio nell'ambito di un sistema misto di esecuzione, è possibile soffermarsi sulla natura giuridica dell'istituto, anch'essa per lungo tempo dibattuta.

Secondo un primo orientamento⁴⁴, ormai sostanzialmente superato, l'*astreinte* consisterebbe in una forma di liquidazione preventiva e forfettaria del danno. Tale interpretazione si fonda sull'analisi del testo della norma, dal quale non si desume il carattere sanzionatorio di questo strumento, né una misura minima ed una massima da applicare. In secondo luogo, la natura risarcitoria risulterebbe dalla scelta del legislatore di subordinare la concessione dell'*astreinte* all'istanza del ricorrente, e di destinare il ricavato di tale misura a quest'ultimo e non allo Stato⁴⁵.

La natura sostanzialmente risarcitoria dell'*astreinte* comporterebbe, peraltro, un'ingiustificata duplicazione di misure volte a ridurre l'entità del pregiudizio derivante all'interessato dalla violazione del giudicato, con conseguente indebito arricchimento del medesimo⁴⁶.

⁴³ Cfr. V. GASTALDO, *Op. cit.*, p. 1382; C.M.R. DELLE DONNE, *Op. cit.*, p. 315.

⁴⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3293; Cons. St., sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819.

⁴⁵ Cfr. V. GASTALDO, *Le differenze tra penalità in mora e risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2016, p. 91.

⁴⁶ Cfr. in giurisprudenza, Cons. St., sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819; TAR Lazio, Roma, sez. II, 17 giugno 2014, n. 6401; TAR Lazio, Roma, sez. I, 29 dicembre 2011, n. 10305; in dottrina, A. CASTORINA, *Op. cit.*, p. 26; D. TOMASSETTI, *Op. cit.*, p. 3; G. CUMIN, *Op. cit.*, p. 1071. Si richiamano, in proposito, l'obbligo di pagamento degli interessi legali nel caso di ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, nonché l'art. 112, comma 3, c.p.a.

La giurisprudenza⁴⁷ e la dottrina⁴⁸ maggioritarie, tuttavia, hanno proposto per la qualificazione della penalità di mora quale misura sanzionatoria e non risarcitoria. Essa non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza, ma vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e sollecitare il debitore all'adempimento, a prescindere dalla sussistenza e dalla dimostrazione di un danno⁴⁹. In tal senso, essa si colloca a presidio dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale, quale esplicazione del diritto fondamentale di difesa, di rilievo costituzionale⁵⁰.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵¹ ha, peraltro, chiarito che l'*astreinte* è una misura sostanzialmente ambivalente: proiettata verso il futuro, a prevenzione di un ipotetico inadempimento, e al contempo rivolta al passato, in quanto applicabile solo quando l'inadempimento si sia verificato⁵². La sanzione pecuniaria, dunque, in quanto pervasa da una *ratio* sanzionatoria e non riparatoria, si aggiunge e non si sostituisce all'eventuale danno cagionato dall'inosservanza del precetto giudiziale.

Confermato il carattere punitivo e non risarcitorio della condanna, si è dubitato della sua inquadrabilità nell'ambito delle sanzioni civili indirette ovvero dei c.d. *punitive damages*⁵³.

⁴⁷ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688; Cons. St., sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744; Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781; Cons. St., Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15.

⁴⁸ Cfr. A. CARBONE, *Op. cit.*, pp. 1300 ss.; L. VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo*, cit., p. 585; S. TARULLO, *Op. cit.*, p. 648.

⁴⁹ Cfr. V. GASTALDO, *Le differenze tra penalità in mora e risarcimento del danno*, cit., p. 92; C. COMMANDATORE, *Osservazioni su presupposti e limiti per l'applicazione della penalità di mora prevista dall'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.*, in *Giur. it.*, n.11/2013, p. 2381; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, p. 1752.

⁵⁰ Cfr. M. BINDA, *Op. cit.*, p. 19.

⁵¹ Cons. St., Ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7, che definisce l'*astreinte* come "un precetto giudiziale che, nella sua funzione e nella sua dinamica, assomiglia molto a quelli normativi di matrice sanzionatoria, ai quali pure è associabile una funzione preventiva di carattere dissuasivo ed una repressiva postuma di carattere pecuniario".

⁵² Cfr. M. BINDA, *Op. cit.*, p. 20.

⁵³ Sull'astratta possibilità di ricondurre le penalità di mora ad una pluralità di istituti, cfr. A. CASTORINA, *Op. cit.*, p. 24. Sui danni punitivi, cfr. G.

Le prime consistono in misure afflittive di carattere patrimoniale, previste dalla legge ed applicate dall'autorità giudiziaria. I secondi mirano a sanzionare un comportamento socialmente riprovevole, in aggiunta al danno derivante dal pregiudizio patito⁵⁴.

Secondo l'orientamento prevalente, le penalità di mora dovrebbero essere inquadrate nella prima fattispecie⁵⁵. Sebbene, infatti, esse condividano con i danni punitivi la medesima *ratio* di deterrenza, dagli stessi si distinguono in relazione agli effetti che producono sulle sentenze di condanna.

Nello specifico, mentre i danni punitivi vengono determinati dal giudice successivamente alla commissione del fatto illecito, risultando strettamente connessi al danno, la quantificazione delle *astreintes* si colloca *ex ante* e prescinde dalla prova e dalla rappresentazione di un danno⁵⁶. Il carattere preminente delle misure in oggetto non è, quindi, quello resprensivo, ma quello di prevenzione dell'inadempimento del debitore⁵⁷.

6. Coordinamento con la tutela risarcitoria

La natura sostanzialmente sanzionatoria dell'*astreinte* impone una riflessione sul suo coordinamento con la tutela risarcitoria.

In particolare, occorre demandarsi se i due tipi di tutela siano compatibili e se nell'eventuale determinazione del risarcimento del danno dovuto alla parte vittoriosa si debba tener conto di quanto ricevuto a titolo di penalità di mora.

PONZANELLI, *Il risarcimento punitivo: qualche riflessione a margine*, in *Giur. it.*, 10/2018, p. 2274 ss.; A. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, in *Giur. it.*, 3/2016, pp. 562 ss.

⁵⁴ Cfr. R. TUCCILLO, *Op. cit.*, p. 7.

⁵⁵ Cons. St., Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15. Cfr. G. FERRARI, *Op. cit.*, 2015.

⁵⁶ Cfr. L. VIOLA, *Le astreintes nel processo amministrativo e la pretesa incompatibilità con le obbligazioni pecuniarie della p.a. (nota a Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 31 gennaio 2012, n. 1080)*, in *Foro amm. T.A.R.*, 3/2012, p. 815; V. GASTALDO, *Commento a d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - Art. 114*, cit., p. 1374.

⁵⁷ Cfr. A. CHIZZINI, *Op. cit.*, p. 165.

L'art. 30, comma 3, c.p.a. prevede, infatti, che “*nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti*”⁵⁸.

Se si vuole mantenere ferma la natura sanzionatoria della misura, in realtà, deve ammettersi che non esiste un'incompatibilità strutturale fra risarcimento e *astreinte*, essendo quest'ultima dotata di propria autonomia e ben potendo, dunque, sommarsi al risarcimento.

In altre parole, come si è detto, non viene in rilievo un'inammissibile doppia riparazione di un unico danno, ma l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria⁵⁹.

Non ne deriva nemmeno alcun arricchimento a favore del ricorrente, considerato che lo spostamento sanzionatorio di ricchezza, ulteriore rispetto al danno, è frutto di una decisione legislativa con la quale si vuole sanzione l'autore della condotta inadempitiva⁶⁰.

Tale soluzione appare coerente con la logica stessa del giudizio di ottemperanza, nel cui ambito ogni prestazione della P.A. è surrogabile. Di conseguenza, non è possibile fare alcuna distinzione fra condanna pecuniaria e condanna ad altre prestazioni⁶¹.

Ulteriormente, e di conseguenza, nel computo della penalità di mora non dovrebbe tenersi conto di quanto percepito ad altro titolo.

Infatti, (si potrebbe sostenere), a differenza di quanto previsto dall'art. 614-*bis* c.p.c., il legislatore non ha inserito nel testo dell'art. 114 c.p.a. particolari indicazioni in ordine al giudizio sul *quantum* di pena da irrogare⁶².

Tale affermazione sembra scontrarsi con i presupposti stessi di applicazione dell'art. 114, comma 4, lett. e), laddove è previsto che la penalità di mora possa essere fissata “*salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative*”. È stato affermato, infatti, che nel caso in cui

⁵⁸ Cfr. V. GASTALDO, *Le differenze tra penalità in mora e risarcimento del danno*, cit., p. 92.

⁵⁹ Cfr. G. GUCCIONE, *Op. cit.*, p. 333.

⁶⁰ Cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2017, p. 728.

⁶¹ Cons. St., Ad. plen. 25 giugno 2014, n. 15.

⁶² Cfr. C. CONSOLO - F. GODIO, *Op. cit.*, pp. 2554-2555.

l'amministrazione fosse condannata al risarcimento del danno, la comminatoria dell'*astreinte* comporterebbe un esborso ulteriore a carico della P.A., assumendo la misura, in concreto, carattere di manifesta iniquità⁶³.

In altre parole, la condanna al risarcimento del danno porterebbe alla conseguenza paradossale di escludere sempre, e a priori, quella dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva del giudicato, snaturando il criterio stesso della manifesta iniquità e asservendolo alla logica dell'inammissibilità⁶⁴.

Proprio per evitare di andare incontro a obiezioni di tal fatta, con riferimento alle condanne aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, il legislatore ha stabilito espressamente che "*detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali*". Si tratta di una norma volta a limitare fortemente la discrezionalità del giudice, in quanto stabilisce una misura della pena che è sempre e certamente non iniqua⁶⁵.

Ragionando in questi termini, allora, deve concludersi che spetterà al giudice condurre la valutazione di equità dell'*astreinte* in base ad un criterio di proporzionalità e ragionevolezza⁶⁶. In particolare, egli dovrà tenere conto che la penalità andrà pur sempre a sommarsi al risarcimento del danno⁶⁷, fermo restando l'impossibilità di scomputarne integralmente e in via automatica

⁶³ Cfr. M.A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 897 e 903; L. VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo*, cit., p. 612.

⁶⁴ Ciò si desume anche da Cons. St., Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15, laddove, con specifico riferimento al caso (diverso, ma assimilabile) della condanna a prestazioni di natura pecuniaria, si afferma che i limiti negativi della manifesta iniquità e dell'assenza di altre ragioni ostative costituiscono fattori da valutare non ai fini di un'astratta inammissibilità della domanda, ma in sede di verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, nonché al momento dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo.

⁶⁵ Cfr. M. SANTISE, *Op. cit.*, p. 729.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2019, n. 8545; Cons. St., sez. IV, 9 ottobre 2017, n. 4670; M. BASSANI, *Ritardo dell'azione amministrativa e risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 1/2018, pp. 165 ss.

⁶⁷ Cfr. A. CARBONE, *L'Adunanza Plenaria e l'ambito di applicazione delle astreintes: un problema risolto? Nota a sentenza Cons. St., Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15*, in *giustamm.it*, n. 7/2014; S. TARULLO, *Op. cit.*, p. 648.

l'importo⁶⁸, stante la funzione di mezzo di coazione e non di riparazione della stessa. Ne consegue che l'esclusione della misura potrà essere disposta soltanto quando ciò sia necessario in base alle circostanze del caso concreto.

7. Conclusioni

L'istituto dell'*astreinte* nel processo amministrativo presenta una sua specifica fisionomia, in virtù della quale non sembra possibile inquadrarlo in una categoria giuridica unitaria.

In tal senso, il tentativo di ricondurre la fattispecie in questo o quell'altro istituto (rispetto al quale la misura può anche presentare elementi di somiglianza) ne rende difficile il coordinamento, in sede applicativa, con la tutela surrogatoria e con il risarcimento dei danni.

Allora, come rilevato da attenta dottrina⁶⁹, sarebbe più corretto ritenere che la penalità di mora possa assumere funzione diversa a seconda del caso concreto. Una lettura più flessibile dell'istituto consentirebbe, infatti, di individuare per ogni problema una diversa soluzione, mutuabile dallo specifico istituto cui viene, di volta in volta, ricondotta.

Ad uno sguardo più attento, peraltro, i dibattiti insorti sulla natura giuridica dell'*astreinte* e sulla sua compatibilità con i modelli di tutela surrogatorio e risarcitorio sembrano essere dettati, più che da considerazioni relative alla struttura della penalità, agli effetti che essa può determinare in capo all'amministrazione, qualora si renda ulteriormente inadempiente rispetto al giudicato.

La preoccupazione principale sembra essere quella di aggravare eccessivamente la posizione della medesima, con uno squilibrio in favore del ricorrente e una indiretta lesione dell'interesse pubblico, cui l'attribuzione del potere amministrativo, oggetto del giudicato, è correlato.

Qualsiasi obiezione sembra superabile valorizzando le peculiarità dell'*astreinte* amministrativistica rispetto ai vari istituti cui si cerca di ricondurla e, soprattutto, tenendo conto del contesto in cui essa si colloca, e cioè il giudizio di ottemperanza.

⁶⁸ Cfr. A. LOMBARDI, *Op. cit.*, p. 398.

⁶⁹ Cfr. F.G. COCA, *Op. cit.*, pp. 1411 ss.

Tale giudizio, avente natura mista di cognizione e di esecuzione, consente al giudice di disporre di ampi poteri di controllo e di governo della fase esecutiva, lasciandogli al contempo un grande margine di discrezionalità nell'applicazione delle misure più adeguate ad assicurare l'attuazione del giudicato.

Ne consegue che ogni ostacolo all'irrogazione della penalità cade di fronte alla possibilità concessa al giudice di modularla in relazione alle circostanze del caso concreto, sulla base dei principi di proporzionalità, ragionevolezza ed effettività della tutela.

LA PENA TRA GIUSTIZIA E UMANITÀ. L'ERGASTOLO E I SUOI DILEMMI*

MARIACARMEN RANIERI

SOMMARIO: 1. Il potere sanzionatorio. – 2. La sanzione e l'intrinseca *relazionalità*. – 3. La pena tra *libertà e responsabilità*. – 4. La pena tra *giustizia e umanità*. – 5. La pena come *occasione di libertà*. – 6. L'ergastolo e i suoi dilemmi. – 7. L'ergastolo ostativo. – 8. Pene giuste a tutela della dignità.

Abstract: The sanctioning power of a State is particularly manifested in criminal law. Man allows the legal system to deprive himself of the freedom through a penalty that requires Humanity and Justice. The article concerns life sentence in Italy and how the European Union integration process can influence our national judicial system in relation to life sentence.

1. Il potere sanzionatorio

L'ordinamento giuridico, nella sua composizione di forma e di contenuto¹, di principi e di norme, ha come scopo il mantenimento della pacifica relazione tra i consociati².

L'uomo, secondo la famosa espressione *homo homini lupus*³, vive un continuo combattimento con gli altri esseri umani

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, Padova, 2012, p. 22.

² Cfr. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999.

³ Per un approfondimento, cfr. F. VIOLA, *Hobbes filosofo moderno?*, in *RIFD*, 59/1982, pp. 103-113; R. TOSI, *Homo homini lupus: da Plauto a Erasmo a Hobbes*, in *Eikasmos*, 19/2008, pp. 387-395.

per la lotta alla sopravvivenza. Egli si riconosce come *essere-egoista* e cerca di far prevalere i propri interessi fino a combattere i propri simili⁴.

È per tale motivo che si giunge a comprendere che uno dei modi per poter preservare la propria vita e quella degli altri consiste nell'affidare ad un terzo, lo Stato, la garanzia della pacifica relazione tra tutti gli individui⁵.

Lo Stato moderno, come già enunciato da Hobbes, viene istituito per porre fine alle guerre, divenendo così un erogatore di sicurezza⁶.

Secondo questa visione, ogni persona decide di affidare la propria libertà ad un soggetto imparziale, garante della giustizia, per permettere che si possa superare lo *stato di natura* per giungere alla *civile convivenza* tra gli esseri umani⁷.

Il paradosso di questo patto, tra uomo e Stato, consiste nel fatto che il primo autorizza il secondo a privarlo della propria libertà. Il potere sanzionatorio di uno Stato risulta, pertanto, autorizzato dall'uomo per la tutela dell'uomo⁸.

È il paradosso del diritto penale: per il principio di parità tra i soggetti⁹ e per la protezione dei beni giuridici tutelati, l'uomo demanda allo Stato la possibilità di agire contro di lui: questo, in virtù del fatto che la violazione di norme penali comporta un disequilibrio sociale che, in qualche modo, richiede di essere

⁴ Cfr. T. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, a cura di N. BOBBIO, Torino, 1948.

⁵ Secondo Thomas Hobbes, la guerra avviene quando si lascia libera la mera inclinazione naturale, mentre la pace quando si segue la retta ragione. Cfr. T. HOBBS, *Op. cit.*, p. 25; T. MAGRI, *Saggio su Thomas Hobbes: gli elementi della politica*, Milano, 1989.

⁶ Cfr. T. HOBBS, *Op. cit.*

⁷ Cfr. T. HOBBS, *Op. cit.*, p. 31.

⁸ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991.

⁹ Sulla parità ontologica cfr. F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, Torino, 2011, p. 74: "se tutti gli esseri umani hanno un'identità personale, essi sono tutti, sotto il profilo ontologico, pari tra loro. La pensabilità della giustizia esige quindi come suo presupposto fondamentale la parità ontologica".

riparato¹⁰. È il motivo per cui il potere sanzionatorio di uno Stato si manifesta, in tutta la sua drasticità, nel sistema penale.

2. La sanzione e l'intrinseca *relazionalità*

Nella Teoria generale del diritto vengono menzionate due tipologie di sanzioni: quelle positive, volte ad incentivare e a premiare un lodevole ed eccezionale comportamento e quelle negative, volte a scoraggiare la violazione di norme¹¹.

Sia il premio, sia la sanzione negativa, in particolare la pena, mostrano il loro intrinseco connotato di *relazionalità*¹², perché tutto ciò che l'uomo compie si ripercuote, con effetti positivi o negativi, su di lui e sugli altri.

Ogni azione comporta delle conseguenze e, in relazione al reato, ci si può trovare di fronte ad un bivio, ad una *scelta di senso*: agire con giustizia o secondo il proprio interesse.

Nel primo caso, evitando la commissione del reato, l'uomo *umanizza* se stesso e chi lo circonda; nel secondo caso, il reo provoca una dissimmetria, in cui il più forte prevarica sul più debole.

Con il crimine si spezza il legame relazionale tra i consociati¹³, basato sulla parità, e si costruisce una scala gerarchica, basata sulla superiorità.

La commissione di un delitto provoca, dunque, un male ingiusto e rompe l'equilibrio sociale che richiede di essere

¹⁰ Cfr. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Milano, 2011.

¹¹ "Si può quindi individuare un concetto ampio di sanzione, tale da ricomprendere sia le sanzioni negative che le sanzioni positive: sanzione sarebbe allora l'effetto giuridico (negativo o positivo) che il diritto riconnette ad azioni umane giuridicamente rilevanti". F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, Torino, 2006, p. 57.

¹² S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 265: "il diritto, non solo stabilisce, ma è una relazione coesistenziale".

¹³ Cfr. L. TUMMINELLO, *Op. cit.*

restaurato. La sanzione penale diventa allora *una* delle modalità per ristabilire la *relazionalità*.

Essa consente di espriare la propria colpa per ripristinare la simmetria violata, per riparare l'offesa compiuta, per riequilibrare la relazione minata.

La pena resta, dunque, uno strumento di afflizione¹⁴ e un motivo di *compensazione* del male provocato¹⁵. La sofferenza patita dal reo, limitato della libertà, può diventare il miglior riscatto per ristabilire il rapporto di parità.

Tuttavia, oggi, accanto al sistema giudiziario – non sempre efficiente nel garantire da solo la giustizia¹⁶, la certezza della pena e la rieducazione del reo – si è fatta strada la *giustizia riparativa*¹⁷, volta – secondo le varie prospettive – a far “*incontrare*” le parti¹⁸; a “*riparare*” e a “*rigenerare*” il dolore

¹⁴ E. MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 66: “*la pena è un male che viene inflitto con intento afflittivo [...]; la sua essenza consiste proprio nella lesione forzata, e sia pure legittima, di diritti, in una situazione cui si viene assoggettati con la coazione, e che pertanto si deve subire, proprio perché è nella natura intrinseca della pena l’inflizione di una sofferenza*”.

¹⁵ Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Filosofia del diritto penale. Quattro voci per una introduzione*, Torino, 2014, pp. 57 ss. Secondo l’Autore, la pena serve a *compensare* anziché *vendicare*.

¹⁶ Cfr. F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010. Sulla crisi della legalità, cfr. L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI - G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, pp. 9 ss.

¹⁷ Per introdurre l’argomento, controverso dal un punto di vista delle definizioni e delle visioni, e con una vastissima bibliografia, cfr. per tutti A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010; L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; S. TIGANO, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rass. pen. e crim.*, 2/2006, pp. 25-60; G. SCARDACCIONE, *Il modello riparativo di giustizia: la sfida “impossibile” dell’applicazione ai reati di mafia*, in *Mediaries*, 9/2007, pp. 29-48.

¹⁸ Cfr. C. MAZZUCCATO, *Oltre la punizione ecco la giustizia riparativa*, in *Vita e Pensiero*, 4/2016, pp. 104-110.

cagionato alla vittima¹⁹; a ripristinare, in definitiva e per quanto possibile, la civile relazione tra le parti in gioco.

La pena e la giustizia riparativa possono attuare contemporaneamente una “giustizia come scambio”²⁰.

Lo “scambio” è inteso non solo in senso retributivo, come *risposta* al male commesso per ripristinare l’ordine violato, ma altresì come *incontro*²¹ tra chi delinque e chi subisce ingiustamente un torto.

In quest’ottica, il nuovo paradigma di risposta al reato non sarebbe esclusivamente orientato a punire chi commette un atto illecito, ma a riparare anche il dolore che il reato provoca sulla vittima²², sul reo e sulla società.

Al rapporto “*unilaterale*” reo-reato si aggiunge così quello “*relazionale*” vittima-reo²³.

La soluzione alla commissione del reato si attua, pertanto, non solo mediante la pena, intesa come risposta “*conflittuale e sanzionatoria*”²⁴ da parte dello Stato, ma anche attraverso una risposta “*consensuale e consociativa*”²⁵ delle parti.

Quest’ultima modalità attuativa della giustizia consente di dar voce sia alla vittima che, essendo la parte più fragile, necessita di essere maggiormente considerata, sia al reo che può riscattarsi da ciò che ha compiuto, sradicando se stesso e l’altro dal tessuto della socialità.

Lo *sradicamento del reo* può essere inteso secondo un duplice punto di vista. Il primo, di tipo cronologico, è frutto del reato: colui che agisce in modo delittuoso si sradica dal tessuto della socialità, poiché mina la parità ontologica degli esseri umani²⁶.

Il secondo tipo di sradicamento può avvenire quando sussiste il ravvedimento e il pentimento del fatto compiuto. Il reo si sradica dal reato commesso; ne prende le distanze; si dissocia

¹⁹ Cfr. A. LORENZETTI, *Op. cit.*

²⁰ M. LALATTA COSTERBOSA, *Giustizia come scambio. La filosofia pratica di Otfried Höffe*, Bologna, 2000.

²¹ Cfr. C. MAZZUCCATO, *Op. cit.*

²² Cfr. A. LORENZETTI, *Op. cit.*

²³ *Ibid.*

²⁴ A. CIAVOLA, *Op. cit.*, p. 47.

²⁵ *Id.*, p. 47.

²⁶ Cfr. F. D’AGOSTINO, *Corso breve*, cit., p. 74; S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza*, cit.; A.C. AMATO MANGIAMELI, *Arte e/o tecnica*, cit.

dal gesto attuato. In quest'ultimo caso, lo sradicamento diventa *riscatto* dal reato.

Il sistema penale, mediante la pena e la giustizia riparativa, può divenire allora una modalità di ripristino della relazionalità: quella verso se stessi e quella verso gli altri.

Il contributo focalizzerà l'attenzione particolarmente sulla pena, seppur si è consapevoli che sarà sempre più incisivo e risolutivo l'apporto della giustizia riparativa, ancor più nell'ambito minorile, per giungere ad un sistema penale più umano e giusto²⁷.

3. La pena tra *libertà e responsabilità*

Secondo Francesco D'Agostino, il tema della *sanzione* è strettamente collegato a quello della *libertà* e al senso di *responsabilità*²⁸.

Sanzionare implica “*giudicare un soggetto nell'uso della sua libertà*”²⁹, ossia riconoscere le azioni umane sulla base del criterio giuridico *giusto-ingiusto*.

“La pena infatti è pensabile giuridicamente solo in rapporto ad un uso non coesistenziale della libertà, come conseguenza da applicare ad una volontà che liberamente (...) decide di infrangere l'ordine della coesistenza, di avvantaggiarsi indebitamente sugli altri coesistenti per trarne un illecito

²⁷ In particolare, l'applicazione della giustizia riparativa appare più adeguata – rispetto al mero sistema sanzionatorio – nei confronti dei minori, che sono soggetti con personalità in formazione e, pertanto, con maggiore possibilità di recupero. Sul punto, cfr. S. SESSA, *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano*, in *Giur. pen.*, 10/2019, pp. 1-19. Secondo Luciano Eusebi, l'applicazione della giustizia riparativa in ambito minorile può apportare un'innovazione dell'intero sistema penale. L. EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiust.*, 1/2016, pp. 33-40.

²⁸ Cfr. F. D'AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 7.

²⁹ F. D'AGOSTINO, *Lezioni*, cit., p. 58.

profitto”³⁰.

Si tratta di una conseguenza dovuta al cattivo uso della *libertà*, al mancato senso di *responsabilità* e alla rottura della *relazionalità*.

Ogni soggetto, quando è libero di agire, è responsabile delle proprie azioni. Per tale motivo, la commissione di un reato può configurarsi, in molti casi, come una mancata maturazione della persona.

La pena può diventare, allora, la *chance* per risvegliare il senso di *responsabilità* del reo³¹, oltre che per reintrodurlo nel sistema della *libertà*³².

Secondo autorevole dottrina, il compito dello Stato resta prioritariamente quello di comminare la pena, proporzionata alla

³⁰ F. D'AGOSTINO, *La teoria retributiva della pena*, in *Id.*, *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Milano, 1982, pp. 64-65.

³¹ Cfr. E. LÉVINAS, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Milano, 1983; V. MARZOCCO, *Lo Stato come possibilità di Giustizia. Un percorso di rilettura della filosofia di Emmanuel Lévinas*, Napoli, 2005, p. 163.

³² Cfr. L. TUMMINELLO, *Op. cit.*

gravità del reato, commesso e alla colpevolezza del reo³³, e quello di verificare che essa venga effettivamente espiata.

Il pentimento del reo e la sua rieducazione può interessare l'ordinamento, ma con un'intensità diversa, poiché difficilmente si ha certezza di un reale ravvedimento della persona³⁴.

Tuttavia, è proprio nel caso della redenzione del reo³⁵ che la pena permette un'autentica *ri-posizione dell'Io* e una *ri-centralizzazione dell'Altro*, lesa nella sua dignità.

Il condannato, mediante la sanzione, è posto nella condizione di poter riacquistare la libertà, di ripristinare la simmetria violata, e di interrogarsi sulla parità ontologica che caratterizza l'*humanum*, poiché la domanda sull'*Io* rimanda necessariamente al "*rapporto costitutivo con l'Altro*"³⁶.

La pena tocca, inoltre, il tema della libertà non solo in riferimento al proprio agire, alla dovuta responsabilità verso gli altri e al reinserimento nella società dell'uomo come soggetto nuovamente libero³⁷, ma anche in relazione al proprio vivere all'interno del sistema carcerario.

La detenzione preserva, infatti, la società dalla violenza e dalla vendetta, ma tocca inevitabilmente i diritti della persona³⁸. Pur non presentando lo stesso grado di afflittività sul corpo del condannato come in passato³⁹, essa resta pur sempre la sanzione

³³ G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, tomo II, Padova, 1966, p. 617.

³⁴ In dottrina si distingue tra *espiazione* e *redenzione*. "*L'espiazione oggettiva, che consegue ad aver scontato la sanzione penale, non equivale all'espiazione soggettiva, cioè alla redenzione morale: questa trasforma l'animo del reo e lo libera dalla colpa commessa, indipendentemente dal fatto che il colpevole abbia o no scontato la pena; quella invece garantisce, indipendentemente dal fatto che il reo si sia o no redento, che sono venute meno le ragioni sociali della sua esclusione dal sistema della coesistenza. La coincidenza di redenzione ed espiazione è solo una possibilità, peraltro non frequente. Di conseguenza, è possibile che un soggetto moralmente redento (ad es. perché perdonato dalla vittima) debba comunque espiare; così come è possibile che un soggetto possa espiare il proprio reato, senza essersi redento e successivamente, senza alcuna contraddizione per la giustizia, tornare a commettere reati*": F. D'AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 141.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ A. DANESE, *L'io dell'altro. Confronto con Paul Ricoeur*, Genova, 1993, p. 53.

³⁷ G. BETTIOL, *Op. cit.*, pp. 937-948.

³⁸ Cfr. A. C. AMATO MANGIAMELI, *Filosofia del diritto penale*, cit., p. 64.

³⁹ *Ibid.*

che limita la volontà e la libertà in ogni suo aspetto: affettivo, alimentare, sessuale, spazio-temporale⁴⁰.

Per tale motivo, accanto ad una risposta sanzionatoria da parte dello Stato, appare necessario piegarsi sulla sofferenza dell'uomo condannato, ed auspicare che le limitazioni della libertà possano divenire, per il reo, incentivo e strumento di risposta per l'acquisizione di un'autentica *libertà e responsabilità*.

4. La pena tra *giustizia e umanità*

La pena, per poter riabilitare la piena dignità del reo e per poter auspicare la rieducazione dello stesso, deve essere *giusta* – ossia proporzionata al reato commesso – e *umana*⁴¹.

Giustizia e umanità non possono essere separate: senza l'umanità l'applicazione della pena – come forma di giustizia – diventa meramente lesiva della dignità dell'uomo, ma senza la giustizia non si prenderebbe sul serio il dolore della vittima, la rottura della pacifica coesistenza e la stessa persona del reo⁴².

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 27, comma 3, della Costituzione sancisce che “*le pene non possono consistere*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Secondo Michel Foucault, si può punire e rispettare allo stesso tempo l'umanità del condannato. Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, pp. 79-80. L'Autore ribadisce, inoltre, un rischio sempre latente: quello di utilizzare la pena non come strumento di giustizia, ma come mero appannaggio del potere politico.

⁴² Cfr. F. D'AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 98. Il rispetto dei diritti umani è, a volte, garantito da uno *scambio di rinunce*. Sul punto, cfr. M. LALATTA COSTERBOSA, *Op. cit.*, p. 45.

in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

Allo stesso modo, l’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) proibisce la tortura e le pene disumane e degradanti.

Per quanto concerne il secondo punto, la *ratio* che giustifica l’applicazione di una sanzione giusta, seppur così afflittiva come la pena detentiva, consiste nel ristabilire il *Diritto*.

Inoltre, essa tende a correggere la volontà⁴³ deviante del reo per reinserirlo nella società, senza tuttavia pregiudicare la sua dignità, che è il punto da cui poter/dover ripartire per la sua stessa rieducazione.

Una rieducazione a cui, tuttavia, non si può “tendere” se non con la collaborazione dello stesso condannato⁴⁴ e questa è una delle difficoltà pratiche che si incontrano per alcuni detenuti ed ergastolani, soprattutto della criminalità organizzata.

Sulla base di quanto asserito, appare determinante l’intervento dello Stato come *possibilità* di *Giustizia*⁴⁵.

L’*umanizzazione* della sanzione deve, cioè, non allontanarsi dalla *giustizia* e ciò per evitare che si possa tornare ad agire da sé

⁴³ Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Filosofia del diritto penale*, cit., pp. 64 ss.

⁴⁴ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p. 706: “dal momento che non può essere coercitivamente imposta, la rieducazione trova un ostacolo nell’eventuale rifiuto opposto dal soggetto destinatario della sanzione”.

⁴⁵ Cfr. V. MARZOCCO, *Op. cit.*

in maniera smisurata e altrettanto ingiusta –, mediante la vendetta⁴⁶.

Auspicare ad una *Giustizia* sempre più *umana* implica prendersi cura delle fragilità delle persone coinvolte: *accoglienza*⁴⁷ di quel *Volto*, la vittima, che è stato sfigurato e di quel *Volto*, il reo, che necessita di essere riequilibrato⁴⁸.

Dimenticarsi di “*riparare*” e “*ricoprire*” la nudità dell’uno e dell’altro – contemporaneamente, ma differentemente – indurrebbe ad uno sbilanciamento imparziale⁴⁹.

Così come occorre risanare la vittima dal torto subito, allo stesso modo occorre risvegliare la razionalità di colui che è stato condannato⁵⁰. Il reato infatti non è un atto di irrazionalità, ma un distorto uso della ragione e della libertà⁵¹.

Quest’ultimo, ritornando in sé, nella propria dignità, può rivendicare pienamente il subentro nella *libertà*.

Per tale motivo, la sanzione necessita di essere ancora risemantizzata, poiché rappresenta “*una delle chiavi ermeneutiche di accesso alla verità dell’uomo*”⁵².

La pena, in particolare, consistendo in una sofferenza fisica e morale che il reo subisce – in virtù di una sua violazione alle norme penali dell’ordinamento – avvicina particolarmente il mondo del *Diritto* penale a quello propriamente umano.

Il dolore di chi deve spiare una propria colpa deve essere accompagnato, e non banalizzato. Esso rappresenta la vera *chance* di recupero in pienezza della propria dignità.

Il reo non perde la propria dignità ontologica, e nessuno ha il potere/diritto di negargliela, nemmeno durante l’esecuzione della pena.

Per tale motivo, una sanzione per poter essere non lesiva della dignità, necessita di seguire gli stessi criteri della giustizia⁵³.

Appare necessario riaccendere i riflettori sulla discussione di una pena *umana*, ma pur sempre *giusta*, per auspicare il ritorno del reo ad un’*autentica libertà nel reinserimento nella società*⁵⁴.

Il *Diritto* deve pertanto garantire ciò per cui è costituito: la *Giustizia umana*.

5. La pena come occasione di libertà

È opportuno valutare perché la pena – secondo la famosa espressione di Hegel⁵⁵ – è considerata un *diritto del reo*.

Essa rappresenta “l’unica tecnica giuridico-sociale attraverso la quale il reo possa attivare a suo stesso beneficio la possibilità dell’espiazione del reato commesso. Solo quando abbia scontato la sanzione, infatti, il reo ha il pieno diritto al reinserimento nel gioco sociale; fino a quel momento egli non può che essere escluso dal gioco sociale (essendosi, con il suo delitto, autoescluso da esso)”⁵⁶.

Attraverso la pena si permette al reo di espiare la propria colpa, di assumersi la responsabilità di quanto commesso, di riconoscersi colpevole, di ripristinare l’ordine violato.

La pena è afflizione, è sofferenza, è umiliazione della volontà tracotante⁵⁷.

“La sanzione penale è tipicamente afflittiva, perché opera umiliando la volontà tracotante (la *hybris*) del reo, che lo ha

⁴⁶ Per un approfondimento sulla vendetta, cfr. A. VOTRICO, *Vendetta*, in F. D’AGOSTINO - A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Cento e una voce di filosofia dal diritto*, Torino, 2013, pp. 382-383.

⁴⁷ Cfr. V. MARZOCCO, *Op. cit.*, p. 202.

⁴⁸ Cfr. L. TUMMINELLO, *Op. cit.*, pp. 86 ss. L’incontro con il volto dell’Altro richiama alla responsabilità. Sul punto, cfr. Z. BAUMAN, *Una nuova condizione umana*, Milano, 2003.

⁴⁹ La giustizia riparativa, sin dai suoi albori, ha focalizzato l’attenzione sulla vittima. Oggi, essa cerca sempre più di “riparare” anche la volontà deviante del reo, oltre che per disincentivare la possibilità di recidiva. Cfr. G. ROBINSON - J. SHAPLAND, *Reducing recidivism. A task for Restorative Justice?*, in *The British Journal of Criminology*, 3/2008, pp. 337-358.

⁵⁰ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio con le Aggiunte di Eduard Gans*, Roma-Bari, 1999, par. 100.

⁵¹ Secondo Luca Tumminello, il delitto rappresenta “il fallimento della libertà”, mentre la pena segna il ripristino della stessa. L. TUMMINELLO, *Op. cit.*, p. 21.

⁵² F. D’AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 10.

⁵³ Sul punto, cfr. S. COTTA, *Perché il diritto*, Brescia, 1979, in part. pp. 106 ss.; A.C. AMATO MANGIAMELI, *Arte e/o tecnica*, cit., pp. 22-24.

⁵⁴ Secondo Vittorio Mathieu, è necessario prendere con serietà la libertà. Cfr. V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978. Sul punto, cfr. N. MALIZIA, *Dalla devianza alla rivalutazione della vittima*, Padova, 2017, pp. 19 ss.

⁵⁵ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Op. cit.*

⁵⁶ F. D’AGOSTINO, *Corso breve*, cit., pp. 139-140.

⁵⁷ *Ibid.*

*indotto a commettere il reato. In questa umiliazione è implicita la sofferenza. (...) in quanto colpevole, il reo ha, per dir così, tradito la sua intrinseca razionalità, volgendola al male sociale, coniugandola cioè con la hybris. La pena è un'occasione (esclusivamente giuridica e solo in questo è il suo limite) perché egli recuperi quella parte della sua soggettività razionale che gli consente di vivere in una comunità di soggetti chiamati a riconoscersi pari tra loro*⁵⁸.

Essa assurge a *diritto del reo*, ossia ad *occasione giuridica* per riacquistare la dignità tradita, per ritornare a vivere in una comunità sociale.

Secondo autorevole dottrina, benché la pena possa avere varie funzioni a garanzia della coesistenza umana – come la difesa sociale, la prevenzione, l'emenda, l'intimidazione – la funzione propriamente *giuridica* resta quella *retributiva*⁵⁹: *retribuire* nel senso di pagare un male commesso mediante un male inflitto⁶⁰, *giuridica* in quanto il *Diritto* deve garantire la sana relazionalità dell'uomo con sé e con gli altri⁶¹, per cui interviene punendo quando si lede questo equilibrio.

L'espiazione della propria colpa resta, perciò, la possibilità per il reo di "*retribuire*", ossia di pagare per il male commesso, di ripristinare il *Diritto*, di risanare la propria razionalità e di essere reinserito nell'ordine sociale della libertà⁶².

La teoria retributiva deve, tuttavia, andare di pari passo con la funzione rieducativa e di risocializzazione e viceversa.

⁵⁸ F. D'AGOSTINO, *Corso breve*, cit., p. 138.

⁵⁹ Sul punto, cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Filosofia del diritto penale*, cit.; F. D'AGOSTINO, *Lezioni*, cit., p. 61; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978; A. VERNACOTOLA, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, Rende, 2010, p. 280; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996. Sulla discussa questione della funzione della pena, cfr. altresì L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; M.A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946.

⁶⁰ Cfr. C. MAZZUCCATO, *Op. cit.*, pp. 104 ss.

⁶¹ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit.

⁶² Cfr. F. D'AGOSTINO, *Corso breve*, cit., pp. 138-143; V. MATHIEU, *Op. cit.*; D. TAFANI, *Kant e il diritto di punire*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29/2000, pp. 55-84.

Umanità e giustizia devono cooperare affinché la pena comminata sia umana, ma garantisca pur sempre la giustizia, ossia la pacifica relazione tra gli individui.

Propendere solo per una funzione non garantirebbe un sistema penale più degno e più giusto.

Quando la pena non permette di tornare ad essere liberi, al di là della sua attuazione spazio-temporale, ma imprigiona la persona – incatenandola per sempre al reato commesso –, l'uomo diventa schiavo del proprio errore.

È questo uno dei problemi giusfilosofici che toccano il tema della pena e, in particolare, dell'ergastolo.

Il *fine pena mai* non sempre permette all'uomo di riscattarsi da ciò che ha commesso; non sempre permette di avere una speranza e un margine di miglioramento della propria persona; non sempre riesce a correggere, nonostante i lunghi anni, la volontà tracotante del reo.

Il rischio dell'ergastolo è che possa *crystallizzare l'uomo alla sua pena*. Tuttavia, resta il dato ineliminabile che, qualsiasi pena sia comminata, resta sempre al reo l'ultima parola: è a lui che spetta la vera decisione della riacquisizione della vera libertà, anche se dentro le mura del carcere, e della sana relazionalità, anche se solo verso se stesso.

6. L'ergastolo e i suoi dilemmi

L'ergastolo⁶³ rappresenta la pena detentiva più severa del nostro ordinamento, perché ha una durata perpetua e sostituisce la sanzione che non ammette possibilità di compensazione, né di riscatto, né di rieducazione: la pena di morte⁶⁴.

Sono puniti con l'ergastolo i delitti contro la vita, contro la personalità dello Stato e l'incolumità pubblica, nonché tutti quelli per cui era prevista la pena capitale.

⁶³ L'art. 22 c.p. recita: “*la pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto*”.

⁶⁴ Cfr. M. CASCAVILLA, *Diritti, Persona, Società*, Brescia, 2015, pp. 119-146; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2010.

Il *fine pena mai* è stato da sempre al centro del dibattito giuridico-filosofico⁶⁵ e ha suscitato, sin dalla sua introduzione nel sistema penale, dubbi di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 27, comma 3, della Costituzione.

Si riteneva che una pena così severa non potesse garantire la rieducazione del reo, mentre non si prendeva in considerazione, come fattore primario, che per poterla perseguire erano necessari, anzitutto, il consenso e la volontà di quest'ultimo⁶⁶.

Né una pena temporanea, né una pena perpetua riescono appieno nel loro obiettivo rieducativo se non c'è la collaborazione del detenuto.

Sul punto, si è pronunciata la Corte costituzionale, con la sentenza n. 264/1974, che ha respinto la questione della legittimità costituzionale, ritenendo che la rieducazione del reo è possibile anche quando non avviene un reinserimento sociale.

La dottrina è stata, da sempre, fortemente divisa sul tema. Parte di essa criticava tale pena, poiché si sostituiva la morte fisica con una morte interiore⁶⁷, per cui poteva essere sufficiente, come pena massima, la pena dei trent'anni di carcere.

Altro orientamento riteneva legittima la sanzione perpetua per il suo fine preventivo e retributivo, visto che si ammetteva solo per i delitti di notevole gravità e pericolosità sociale, e con possibilità di attenuazione.

L'antagonismo di visioni è dimostrato altresì dalle molteplici sentenze che la stessa Corte costituzionale ha pronunciato nel corso dei decenni⁶⁸ e dal Referendum popolare, il cui esito fu la permanenza dell'istituto nel nostro ordinamento.

Se è vero che il *fine pena mai* consiste nella privazione della libertà per tutta la vita del reo, è tuttavia vero che il regime di

⁶⁵ Cfr. C. DANUSSO, *Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956*, in *Historia et ius*, 14/2018, pp. 1-22; E. DOLCINI - E. FASSONE - D. GALLIANI, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

⁶⁶ Per una riflessione sulla differenza sostanziale tra "collaborazione" e "rieducazione", cfr. C. cost., 14 luglio 1993, n. 29.

⁶⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Antigone*, 1/2011, pp. 15-24.

⁶⁸ Per quanto riguarda la questione dell'ergastolo applicato ai minori, cfr. C. cost., 4 maggio 1994, n. 19. Il tema dell'illegittimità costituzionale della pena perpetua ritorna in particolare con la sentenza della C. cost., 11 dicembre 2019, n. 50.

perpetuità è mitigato, a determinate condizioni, da alcuni benefici, dalla grazia e dalla liberazione condizionale. Quest'ultimo caso si ha quando il condannato all'ergastolo sconta almeno ventisei anni di pena e tiene un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo *ravvedimento*.

Questo aspetto appare di fondamentale importanza quando si pensa, in particolare modo, ai reati di associazione mafiosa (o terroristica), in cui difficilmente – visto il carattere di familiarità, di sangue e di struttura piramidale – si riesce ad attuare un percorso di rieducazione o di distacco reale dal tessuto criminale.

Per tale motivo, l'istituto dell'ergastolo ostativo, oggi fortemente controverso, stabilisce come criterio oggettivo per la concessione di alcuni benefici al condannato, che vi sia da parte sua una fattiva collaborazione con la giustizia, che ne indichi una sorta di ravvedimento concreto e di distacco dal passato⁶⁹.

La pena dell'ergastolo ha, inoltre, ottenuto profonde attenuazioni nel corso dei decenni. La reclusione a vita si è tuttavia attenuata negli anni a seguito degli istituti della liberazione condizionale, della semilibertà e dei permessi premio.

Ciò dimostra come il sistema penale italiano cerchi di bilanciare l'aspetto retributivo della pena, che consiste nel pagare per tutto il male commesso (a sé, agli altri, alla società), con quello rieducativo, come stabilito dalla nostra Costituzione.

7. L'ergastolo ostativo

Nel nostro ordinamento un caso particolare è costituito dal c.d. ergastolo ostativo⁷⁰, previsto per i reati di cui all'art. 4-bis dell'Ordinamento Penitenziario, tra cui quelli di matrice mafiosa e terroristica.

Tale istituto è stato definito “*ostativo*”, poiché ai condannati non sono concessi gli stessi benefici degli ergastolani “*comuni*”.

⁶⁹ Altro aspetto dibattuto è il rapporto tra rito abbreviato ed ergastolo, ossia se sia giusto ammettere il giudizio abbreviato per i reati che prevedono l'ergastolo. Sul punto, cfr. A. DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2018, pp. 1627-1636.

⁷⁰ Cfr. M.R. DONNARUMMA, *La funzione rieducativa della pena e l'ergastolo “ostativo”*, in *Giur. pen. trim.*, 1/2020, pp. 48-58.

Tuttavia, le recenti pronunce giurisprudenziali hanno portato ad un cambiamento che mette in dubbio la sua persistenza nel nostro sistema penale.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo⁷¹, l'ordinamento italiano viola, in questo caso, l'art. 3 della CEDU, perché in contrasto con il principio di umanità. Il nostro sistema penale prevede, infatti, la liberazione condizionale per i condannati ai reati mafiosi e terroristici, solo quando il condannato collabora con la giustizia, mentre la Corte di Strasburgo ritiene che occorra valutare caso per caso il ravvedimento della persona, indipendentemente dalla sua collaborazione con la giustizia⁷².

Sul punto, si è pronunciata recentemente anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 253/2019, che dichiara *“l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all’art. 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti”*.

Prima della dichiarazione di incostituzionalità, un detenuto per un reato ostativo poteva essere *“premiato”* se collaborava con la giustizia, mentre la mancata collaborazione presupponeva, in modo assoluto, la persistenza dei rapporti con il tessuto criminale. In quest'ultimo caso, la richiesta del condannato non

⁷¹ C. eur. dir. uomo, sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, ricorso n. 77633/16.

⁷² Cfr. G. GARUTI, *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2013, pp. 999-1002.

poteva essere presa in considerazione dal magistrato di sorveglianza e doveva essere dichiarata inammissibile⁷³.

L'assolutezza della presunzione⁷⁴ impediva di valutare il caso concreto, la "buona condotta" del reo e il suo percorso rieducativo in carcere.

Ciò che si presupponeva era l'attualità del legame sodalizio con il circuito criminale, senza considerare che la mancata collaborazione poteva dipendere da altri fattori, come il timore di minacce per la propria vita o per quella dei familiari.

La questione è molto complessa: da un lato, la pronuncia della Consulta può apparire conforme al principio di una giustizia più umana, dall'altro essa mette in risalto un rischio, sempre latente, quello di indebolire la "giustizia", prendendo in esame circostanze "eccezionali", quando nella generalità dei casi i detenuti socialmente pericolosi non abbandonano i collegamenti con il nucleo criminale originario.

Per tale motivo, occorre promuovere un'effettiva rieducazione e il rispetto dei diritti umani di ogni persona, incluso i detenuti dei reati più efferati, ma allo stesso tempo, valutare con accuratezza e con criteri rigorosi, il reale abbandono dei condannati all'associazione mafiosa o terroristica, per evitare che le concessioni premiali possano divenire nuovi strumenti per riorganizzare il tessuto criminale.

In sostanza, occorre evitare che vi sia una disparità di trattamento tra gli stessi detenuti, ossia che ad una maggiore gravità del reato si risponda con una maggiore premialità.

A tal proposito, le ultime pronunce giurisprudenziali sul reato "ostativo" appaiono realmente conformi al rispetto dei diritti umani, solo se il beneficio è concesso previa autorizzazione del Procuratore nazionale antimafia (e antiterrorismo), ossia quando quest'ultimo garantisce il cessato rapporto del detenuto con la criminalità organizzata. Ciò in virtù di quel rispetto umano che è altresì la giustizia richiesta in

⁷³ Secondo Francesco De Minicis non c'è equivalenza tra "ravvedimento" e "collaborazione". Sul punto, cfr. F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2014, pp. 1269-1275.

⁷⁴ Sulla presunzione "assoluta" e "relativa", cfr. M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, pp. 211-225.

memoria delle vittime della mafia o del terrorismo e la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

8. Pene giuste a tutela della dignità

L'esigenza di tutelare i diritti umani della persona detenuta, insieme all'attuazione della giustizia, porta ad una tensione tra esigenze rieducative e mantenimento dell'ordine e della sicurezza⁷⁵.

Il cambiamento epocale, che ha toccato il tema della pena, e in particolare quello dell'ergastolo, è avvenuto a seguito della riforma penitenziaria del 1975. Il reo diventa soggetto di diritti e non più mero oggetto passivo dell'esecuzione penale.

Questa prospettiva ha indotto l'ordinamento a guardare la persona detenuta nell'ottica della tutela della sua dignità e dei suoi diritti fondamentali.

Il diritto alla speranza di rieducare deve camminare insieme alla tutela della giustizia.

Per far rifiorire la dignità, nel mondo carcerario, occorre attuare contemporaneamente una concreta funzione retributiva della pena, insieme a quella riparativa, rieducativa, risocializzante e, pertanto, umanizzante.

L'applicazione di una pena umana, che garantisca la giustizia, può far riemergere la dignità non solo del condannato, che spiando quanto commesso si libera del male provocato, ma anche della vittima, lesa nella propria intimità, che non richiede vendetta, ma una giustizia umana.

In conclusione, la prospettiva che potrebbe essere incoraggiata è quella di far conciliare e far cooperare un sistema giuridico che non abbandoni la pena – intesa come *possibilità di giustizia coesistenziale*⁷⁶ e di riscatto personale del reo – con la giustizia riparativa, intesa come modalità di *incontro*⁷⁷ di umanità.

⁷⁵ F. FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2019, pp. 1596-1607.

⁷⁶ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit.

⁷⁷ Cfr. C. MAZZUCCATO, *Op. cit.*

Quest'ultima da intendere non come abolizione della legge, ma come compimento della stessa⁷⁸. La giustizia riparativa può proporre, oggi, una nuova lettura della sanzione⁷⁹.

Si auspica, pertanto, una risemantizzazione ed un'integrazione, per quanto possibile, di entrambe le prospettive, affinché si possa giungere, sempre più, ad una cooperazione per attuare un sistema penale più *umano* e più *giusto*.

⁷⁸ Cfr. E. IULA, *Giustizia riparativa*, in *Aggiornamenti Sociali*, 3/2011, pp. 223-226.

⁷⁹ Cfr. F. REGGIO, *Op. cit.*

NOTE MINIME INTORNO AL SINDACATO DEL
GIUDICE AMMINISTRATIVO SUL *QUANTUM*
DELLA SANZIONE *EX*
ART. 134 C.P.A.*

ESPER TEDESCHI

SOMMARIO: 1. Premessa. La giurisdizione “con cognizione estesa al merito” del giudice amministrativo. – 2. Le sanzioni pecuniarie *ex* art. 134, lett. c), c.p.a. – 3. Il sindacato sul *quantum* della sanzione *ex* art. 134, lett. c), c.p.a. – 4. Prospettive di innovazione, anche in relazione alle indicazioni CEDU e UE.

Abstract: The administrative judge exercises his jurisdiction with “knowledge extended on the merits” also on sanctions, with the investigative powers and the limits of the general judgment of legitimacy, from which it differs only for the nature and the range of the decision-making powers, in the case of upheld of the claim on the *quantum* of the sanction. The system generates problems of compliance with the principles inferable from art. 6 of the ECHR as with the Italian provisions on “administrative sanctions”, in consideration of the absence of specific criteria that the judge must follow in the recalculation of the pecuniary sanctions and owing to the “almost criminal” nature that the ECHR recognizes for these type of sanctions. In a “*de jure condendo*” perspective, a remedy could come – on a substantial level – from the introduction of a principle of negotiability of the sanction measures, in a manner similar to the rule provided by the art. 11 of the General Law on Administrative Procedure.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Premessa. La giurisdizione “con cognizione estesa al merito” del giudice amministrativo

Il dibattito sulla giurisdizione c.d. “piena” del giudice amministrativo non si è mai sopito¹.

In origine, il dubbio che si trattasse di attività amministrativa con forma di attività di giurisdizione, piuttosto che di una vera attività giurisdizionale² si insinuò a causa di taluni orientamenti della Corte di Cassazione, antecedenti l’istituzione della Sezione V del Consiglio di Stato³ e, successivamente, dalla

¹ Se ne rinviene testimonianza in G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 e, dello stesso A., *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili giuridici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2008. Ne ripercorre la storia e le dinamiche interpretative, fino ai nostri giorni, A. POLICE, *L’epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della “giurisdizione propria” del Consiglio di Stato*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2/2018, ma anche, Id., *I Giudici e la loro organizzazione*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2017, pp. 108 ss. E, dopo il varo del c.p.a., il dibattito continua, restando campi inesplorati o non ancora interamente esplorati, in particolare sul tema del sindacato sulle sanzioni pecuniarie comminate dalle Autorità indipendenti e affidati alla giurisdizione, con cognizione estesa al merito, del giudice amministrativo, alla luce dei principi della CEDU e del diritto UE, che sembrano sconvolgere consolidate certezze. Cfr. ancora, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM*, in *federalismi.it*, 8/2018, in particolare, pp. 11 ss.; F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2014, pp. 337 ss.

² E. CASSETTA *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 326; ma viene anche da ricordare la tesi di O. SERENA che, chiamato a rivestire la carica di Primo Presidente della Sezione V del Consiglio di Stato, enunciò la tesi che la V Sezione fosse sì, formalmente giudice, ma sostanzialmente svolgesse ufficio di amministrazione (tale discorso – riportato in *Giust. amm.*, 4/1907, p. 136 – è ricordato anche da A. POLICE, *L’epifania della piena giurisdizione cit.*, p. 273).

³ A. POLICE, *L’epifania della piena giurisdizione cit.*, p. 272 ss., ricorda anche che la Cassazione, con due sentenze intervenute a breve distanza l’una dall’altra, (sez. un., 16 marzo 1896, in *Giust. amm.*, 3/1896, p. 53 e 11 luglio 1898, in *La Legge*, 2/1898, pp. 503 ss.) ebbe ad avallare l’orientamento secondo cui la facoltà di decidere anche in merito si concreterebbe nella possibilità di

enfaticizzazione, da parte della dottrina, dei poteri istruttori attribuiti con il potere di decidere anche nel merito, sul presupposto che l'accertamento penetrante del fatto potesse voler significare anche un'apertura al sindacato sulla "opportunità".

Fatto sta che sembra essersi protratta fino ai nostri giorni la sensazione che l'espressione "giurisdizione di merito" evochi una "*deroga al limite esterno della giurisdizione*", in quanto i casi di giurisdizione di merito "*implicano il sindacato del giudice amministrativo in ordine a profili, attinenti appunto al merito amministrativo, che normalmente gli sono sottratti perché assistiti da quella che potrebbe definirsi «riserva dell'amministrazione» nei confronti del giudice*"⁴.

D'altra parte, ripercorrendo orientamenti giurisprudenziali e dottrinali – dalla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato ai nostri giorni – assume consistenza il convincimento che siano stati gli stessi giudici amministrativi a mettere in discussione la "pienezza" della c.d. giurisdizione "propria", esercitando "*una forma di self-restraint, svolgendo i normali poteri della giurisdizione di legittimità ed evitando, invece, di pronunciarsi sui contenuti di opportunità delle scelte amministrative*"⁵.

valutare, oltre la legittimità dell'atto, anche la sua opportunità, e che tale impostazione ebbe ad accentuarsi con l'attribuzione differenziata della giurisdizione (alla IV sezione quella di legittimità e alla V Sezione quella "di merito"), ingenerando così l'impressione che la funzione esercitata non fosse una vera e propria funzione giurisdizionale, accostandosi piuttosto a quella amministrativa.

⁴ R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, Relazione per il seminario di studi "*Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici*", Roma, 9 febbraio 2010, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010.

⁵ A. PAJNO, *La giurisdizione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, p. 50; ma, nello stesso senso, A. POLICE, *Le forme della Giurisdizione*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, p. 105; G.B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, in *D. disc. pubbl.*, 7/1991, p. 373; U. POTOTSHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Firenze, 1969, p. 20; V. OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, 1968, p. 195; G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Papaldo*, Milano, 1975, p. 221. In

La prudenza del giudice amministrativo e la preoccupazione di non invadere spazi dell'amministrazione sembrano essere anche all'origine della riluttanza del giudice speciale ad assumere direttamente la paternità di scelte politico-amministrative lasciate, ordinariamente, alla potestà di un commissario *ad acta* da lui nominato.

Se, in passato, l'eterogeneità ed eccezionalità delle ipotesi in cui il giudice amministrativo è stato investito di giurisdizione "anche in merito" hanno, con ogni probabilità, precluso la possibilità di pervenire a conclusioni omogenee sulla portata e il significato della locuzione; tuttavia, l'idea della giurisdizione di merito – un tempo "propria" del Consiglio di Stato – come eccezionale, ha fatto propendere per una giurisdizione aggiuntiva rispetto a quella di legittimità⁶ senza, però, sciogliere il nodo se il profilo aggiuntivo dovesse intendersi nel senso di una piena valutazione di opportunità amministrativa (o anche della convenienza, utilità, equità) o non, piuttosto, di una piena cognizione del fatto (con ampliamento dei poteri istruttori, rispetto a quelli ordinariamente spettanti in sede di giurisdizione di legittimità).

Il notevole ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, anche in sede di esercizio della ordinaria giurisdizione di legittimità, ha annullato, successivamente, le distanze per ciò che concerne l'accertamento dei fatti, fra le due tipologie di cognizione, cosicché, allo stato, la sola soluzione coerente e adattabile alle molteplici ipotesi di giurisdizione di merito previste dal legislatore, è quella che vede risiedere il tratto distintivo (fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito) nell'ampiezza dei poteri decisori che, nella cognizione sulla legittimità, si risolvono tradizionalmente nell'annullamento

dottrina, si manifesta pure, da più parti, l'impressione che provenga proprio dagli ambienti della "giustizia amministrativa" la resistenza a dare piena applicazione ai principi di *full jurisdiction* elaborati dalla C. eur. dir. uomo. V. fra i molti. A. CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *dpceonline.it*, 3/2019, p. 2147; e, in numerosi scritti, F. GOISIS, di cui si segnalano, qui, in particolare, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2015, p. 507 ss. e *La full jurisdiction sulle sanzioni Amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1/2018, pp. 1 ss.

⁶ A. POLICE, *I giudici e la loro organizzazione cit.*, p. 110.

dell'atto impugnato, mentre in quella di merito possono condurre alla "riforma", ovvero, alla sostituzione del provvedimento⁷.

2. Le sanzioni pecuniarie *ex art. 134, lett. c), c.p.a.*

Il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, con il quale è stato approvato il codice del processo amministrativo ha impresso un nuovo corso della giurisdizione amministrativa e non solo⁸.

Esso è intervenuto dopo che, con la l. 7 agosto 1990, n. 241 e ss. mm. ii., si era provveduto (almeno in parte), a fissare i principi fondanti dell'azione amministrativa e anche, sul piano processuale, le previsioni contenute nei d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e 31 marzo 1998, n. 80 e la l. 21 luglio 2000, n. 205 avevano iniziato a configurare il giudizio amministrativo alla stregua di un giudizio volto ad assicurare una tutela piena alle posizioni soggettive, ovvero, in tempi maturi per attuare quell'avvicinamento al processo civile che si può riconoscere sin

⁷ ID., p. 111, tale conclusione si desume dagli artt. 7, co. 6 e. 34, co. 1, lett. d), c.p.a. Il che volge a mettere ordine nella nozione di "merito" assunta come mera specificazione della estensione della cognizione, nell'ambito della giurisdizione di legittimità. L'accorto uso delle espressioni verbali, nel c.p.a. e, propriamente, negli articoli citati dall'A., spostando la specificazione dalla "giurisdizione" alla "cognizione", ne chiarisce anche il contenuto, con esclusione di qualsiasi tentazione di accostare concettualmente, alla cognizione di "merito", quella sulla "opportunità". Nello stesso senso, ancora A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato* cit., in particolare, pp. 282 ss.; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, pp. 172 ss.; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in P.A. – *Persone e Amministrazione*, 2/2018, p. 222; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, in V. CERULLI IRELLI (studi raccolti da), *Costituzione e Amministrazione*, Torino, 2018.

⁸ A. PAJNO, *La giurisdizione* cit., pp. 48 ss.; ma anche, nel senso della pienezza della tutela delle posizioni soggettive, assicurate dal nuovo codice del processo amministrativo, P. DE LISE, *Prefazione*, in A. QUARANTA e V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, pp. 7 ss. e, ivi, lo stesso A. QUARANTA (*Introduzione*), il quale, pone l'accento sui mutamenti di natura sostanziale, in parte recepiti e in parte indotti, dalla novella codificazione: non più un processo volto "essenzialmente" ad assicurare la tutela dell'interesse pubblico, (e dunque "di natura essenzialmente oggettiva"), bensì un processo amministrativo che assume "chiaramente una connotazione soggettiva, essendo finalizzato ad assicurare la tutela della situazione giuridica individuale azionata nel processo stesso".

dal primo libro del codice del processo amministrativo e nella articolazione sistematica degli istituti.

Il codice erige a “sistema” della “giurisdizione” quella “amministrativa” in tutte le sue articolazioni (art. 7, comma 3, c.p.a.); in particolare, enuncia che il giudice amministrativo esercita giurisdizione “*con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall’art. 134*” e, “*nell’esercizio di tale giurisdizione, (...) può sostituirsi all’amministrazione*” (art. 7, comma 6); nel caso di accoglimento del ricorso “*il giudice, nei limiti della domanda (...) nei casi di giurisdizione di merito, adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato*”.

Le ipotesi di giurisdizione con cognizione estesa al merito sono indicate all’art. 134 c.p.a. che, alla lett. c) del comma 1, vi comprende “*le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall’art. 123*”.

Come è fin troppo noto, la Corte costituzionale, con due sentenze, l’una del 2012⁹ e l’altra del 2014¹⁰ – salvato (con la pronuncia del 2012) dal sospetto di incostituzionalità l’art. 44 della legge n. 69 del 2009 recante delega al governo per il riassetto del processo davanti ai giudici amministrativi – ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell’art. 76 Cost., e dunque, per eccesso di delega, gli artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio, sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate da CONSOB (sent. del 2012) e Banca d’Italia (sent. del 2014)¹¹.

⁹ C. cost., 27 giugno 2012, n. 162.

¹⁰ C. cost., 23 aprile 2014, n. 94.

¹¹ Traendo argomento da alcune posizioni assunte dalla Corte di Cassazione con riferimento a sanzioni ministeriali comminate su proposta ISVAP (Cass. civ., sez. un., 29 novembre 2007, nn. 24816, 24817 e 24818) apparentemente in contrasto con quelle assunte dalla medesima Corte regolatrice nella sent. sez. un. 9 novembre 2009, n. 23667, vi è chi ha osservato, criticamente, sulla prima delle sentenze della Corte Costituzionale citate, che

Indipendentemente dalle critiche mosse alla posizione assunta dalla Corte costituzionale con le sentenze citate – e al netto del dibattito sull'intensità del sindacato assegnato dal c.p.a. al giudice amministrativo, con riferimento ai parametri desumibili dalle disposizioni CEDU (come interpretate e applicate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) – sembra potersi dire che il c.p.a. abbia sciolto il nodo riguardante il modo di intendere l'espressione "merito" nel processo amministrativo, nel senso che il giudice amministrativo debba prendere le distanze dal "merito amministrativo"¹².

Infatti, la giurisdizione (di legittimità) con cognizione estesa al merito, consente un accresciuto potere di ingerenza del giudice amministrativo nel conformare l'interesse privato (nei limiti in cui è azionato) e la tutela a questo apprestata, con l'interesse pubblico alla base della sanzione, attraverso un'operazione valutativa limitata nell'ambito di criteri predeterminati¹³, ma non

“frettolosamente (...) la Corte costituzionale ha ritenuto consolidata una giurisprudenza della Corte regolatrice che, per quanto espressasi univocamente con riguardo alla Consob, è però, nelle sue basi teoriche tutt'altro che ben definita e, difatti, contraddetta da precedenti che, pur riguardanti sanzioni di altre Amministrazioni, affrontavano però problemi del tutto coincidenti”. Così, testualmente, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2013, p. 86. V., anche, in senso analogo, fra i tanti, M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2012. Le medesime considerazioni sembra che possano valere per la successiva C. cost., 16 aprile 2014, n. 98, relativa alla giurisdizione sulle sanzioni pecuniarie inflitte da Banca d'Italia.

¹² Per “merito amministrativo” si intende, infatti, una scelta soggettiva dell'Amministrazione alla quale si deve la paternità del provvedimento, sulla cui insindacabilità, per difetto dei parametri oggettivi cui rapportarla, v., di recente B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in M. CLARICH - G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2006, pp. 1993 ss.

¹³ In questo senso, F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. BEDOGNI RABITTI - P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust; L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, vol. I, Torino, 2010, p. 264; ma anche, più recentemente, A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione cit.*, p. 278, dove si precisa che “il tratto aggiuntivo della giurisdizione di merito (che ancora ne giustifica la distinzione rispetto alla giurisdizione generale) è proprio questa idoneità a conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico.

anche di invadere campi propri della discrezionalità amministrativa, mediante un sindacato sulla opportunità¹⁴.

Né il codice del processo amministrativo né l'intervento della Corte costituzionale, peraltro, hanno sufficientemente chiarito quale sia, propriamente, l'ambito delle "sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo". Infatti, soltanto una tradizionale distinzione tipologica può far dire, semplificando, che la linea di confine è segnata dalla natura afflittiva o ripristinatoria delle sanzioni pecuniarie, così da ricondurre quelle a natura afflittiva nel regime procedurale della l. n. 689 del 1981 (e, dunque, nella giurisdizione del giudice ordinario) e le altre nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo¹⁵.

A parte le non del tutto consequenziali conclusioni, alle quali è pervenuta la Corte regolatrice della giurisdizione, sulle differenti attribuzioni in tema di sanzioni pecuniarie, comminate da CONSOB e Banca d'Italia, da un lato e da AGCM, dall'altro¹⁶

Il giudice amministrativo, in sostanza opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato".

¹⁴ A. POLICE, *I giudici e la loro organizzazione* cit., p. 111 cit. (v. nota 7 che precede).

¹⁵ Sulla persistente praticabilità di questo criterio distintivo, stando almeno all'ordinamento interno, cfr. Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2019, nella quale è espressamente enunciato (alla stregua di *ius receptum*) che "il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si fonda sulla distinzione, insieme di ordine funzionale e strutturale, tra sanzioni punitive (o «in senso stretto») e misure propriamente ripristinatorie (sanzioni «in senso lato»)". Il criterio, presente in G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, è stato riproposto (dopo la l. n. 689 del 1981), fra gli altri, da M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983 e A. TRAVI - C.E. PALIERO, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, p. 345 ss. che annettono alla sola sanzione amministrativa "in senso stretto" il carattere di "pena", di natura afflittivo-preventiva, priva di finalità di cura dell'interesse pubblico e di elementi di discrezionalità in senso proprio.

¹⁶ Si ricorda che la Corte di Cassazione, investita, in sede di regolamento preventivo, della questione sulla giurisdizione avverso provvedimenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie adottati dall'AGCM, in tema di violazione delle disposizioni a tutela della concorrenza, ebbe a dichiararne l'appartenenza alla cognizione del TAR Lazio, senza alcun dubbio sulla legittimità costituzionale degli artt. 31 e 33, l. 10 ottobre 1990, 287 (Cass. civ., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52).

– con l’avallo della Corte costituzionale¹⁷ – resta la considerazione che, allo stato, gli orientamenti C. eur. dir. uomo e C. giust. UE riconoscono connotazioni “penali” comuni anche alle c.d. “sanzioni amministrative” (quanto meno per ciò che riguarda le garanzie processuali dovute al soggetto inciso), cosicché l’appartenenza della tutela all’una o altra giurisdizione appare giustificabile sul piano di scelte politico-legislative, molto più di quanto non sia sul piano dei principi¹⁸.

3. Il sindacato sul *quantum* della sanzione *ex art. 134, lett. c), c.p.a.*

Prima che la cognizione estesa al “merito” del giudice amministrativo fosse disegnata dal c.p.a. – includendovi tutte le ipotesi indicate nella lett. c) dell’art. 134, comma 1 – l’estensione in parola non riguardava la generalità delle sanzioni pecuniarie in “senso lato”¹⁹. In ogni caso, il sindacato sul *quantum* era

¹⁷ Il riferimento è a Corte cost. nn. 162 del 2012 e 94 del 2014, già cit.

¹⁸ F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., al par. 2, recepisce dal “diritto vivente” la distinzione fra “sanzioni (pecuniarie) in senso lato” e in “senso stretto”, evidenziandone, tuttavia, la criticità, in relazione agli orientamenti della C. eur. dir. uomo, che riconosce, anche nelle sanzioni amministrative, connotati di afflittività tali da meritare di essere ricondotte nell’ambito della materia “penale”, ai fini delle garanzie processuali (e/o para-processuali) dovute al soggetto inciso. Sul punto, Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., pp. 546 ss. e, più recentemente, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit., in cui l’A. esordisce (p. 1) esprimendo sollievo per la presa di coscienza della dottrina in ordine alla riconducibilità (anche) delle sanzioni amministrative in senso lato, “(specie se pecuniarie) (...) nella nozione CEDU di materia penale”.

¹⁹ Sulle sanzioni pecuniarie di competenza dell’AGCM, che vi fosse cognizione estesa al merito (limitatamente alla materia *antitrust*), fu desunto dal rinvio fatto, dall’art. 3 della l. n. 287 del 1990, al capo I, sezioni I e II, della l. n. 689 del 1981 (v. la già citata Cass. civ., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52). Non così in tema di pratiche commerciali scorrette, in quanto l’art. 27, comma 13, C. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, per questa parte non modificato dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21) rinvia, in quanto applicabili, alle sole “disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni” (v., anche, M. CAPPALÌ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell’AGCM*, in *Dir. soc.*, 4/2018, p.

interpretato nell'ottica di una estrema prudenza applicativa del potere sostitutivo, avendo, come presupposto, la natura ampiamente discrezionale del potere esercitato dall'Amministrazione nell'individuare l'attitudine ripristinatoria della misura, nell'ambito di parametri preventivamente fissati²⁰.

Entrato in vigore il c.p.a., tale tendenziale atteggiamento prudenziale non è mutato e la giurisdizione estesa al merito *ex art. 134, comma 1, lett. c)* è apparsa, il più delle volte, riconducibile a un ordinario controllo di legittimità, anche se maggiormente pervasivo, e, in ogni caso, preceduto da un giudizio di legittimità²¹, nel senso che le nuove norme

712). In tema di provvedimenti dell'AEEG, il Consiglio di Stato (sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507,) avvertiva che *“la legge attribuisce all'AEEG un ampio margine di discrezionalità nel quantificare la sanzione pecuniaria da applicare”*, sulla quale *“il sindacato giurisdizionale (...) è di legittimità e non è esteso al merito”*.

²⁰ Nella stessa sentenza 3 maggio 2010, n. 2507, citata nella nota che precede, la sez. VI del Consiglio di Stato prendeva posizione nel senso che, in ogni caso, la cognizione estesa al merito non potesse essere intesa siccome volta a valorizzare il vizio formale della motivazione che non avesse dato conto del *“calcolo matematico seguito nell'adottare il provvedimento (...) essendo sufficiente, ai fini di un'adeguata motivazione, il rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 11 L. n.689/1981 e l'indicazione delle ragioni della concreta applicazione di tali criteri”*.

²¹ Così, Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5550, a fronte di un entusiastico, quanto erroneo, utilizzo della “equità” da parte del giudice di primo grado – oltre a precisare (con richiamo dell'art. 113 c.p.c.) l'ovvia non praticabilità del giudizio secondo equità, nella materia sanzionatoria, anche in forza dell'assoggettamento di quest'ultima al *“principio di stretta legalità”* – ha ritenuto opportuno fissare taluni canoni generali, in tema di sindacato (nel limite delle deduzioni dell'interessato) sulla misura delle sanzioni comminate, affermando che *“penetranti poteri di cognitio e di riedizione dell'iter logico-valutativo sotteso all'adozione della determinazione sanzionatoria devono pur sempre muoversi nell'ambito del medesimo quadro fattuale e giuridico da cui è scaturita la determinazione sanzionatoria oggetto di impugnativa”*; e che, inoltre, *“il Giudice amministrativo potrà (...) valutare la congruità delle determinazioni assunte dall'amministrazione alla luce dei generali criteri determinativi di cui all'articolo 11 della l. 689 del 1981”* ma non può *“individuare elementi determinativi del tutto avulsi dai criteri fissati da puntuali disposizioni di legge”* in particolare *“nelle ipotesi in cui (...) il quantum della sanzione irrogabile non sia da individuare nell'ambito di un range determinativo – compreso fra un minimo e un massimo – ma resti ancorato a rigidi parametri normativi”*. Ciò non escluderebbe, tuttavia, che, anche in tema di sanzioni pecuniarie in cui il *quantum* è ancorato a rigidi parametri normativi, sia praticabile (sempre nel limite delle deduzioni impugnatorie del ricorrente),

processuali, piuttosto che innovare, non abbiano fatto altro che precisare l'ambito dei poteri derivanti dalla cognizione estesa al merito.

In realtà (come pure è stato notato in dottrina)²², è proprio dal c.p.a. che ha inizio il cambiamento, se non propriamente sul piano processuale, nella percezione dell'esigenza di una maggiore tutela procedimentale rispetto all'esercizio di poteri fortemente discrezionali.

Se ne rinviene un segnale, fra l'altro, nella indicazione, di carattere generale, secondo cui, al procedimento di comminazione della sanzione pecuniaria si applicano principi distinti da quelli desumibili dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, in tema di inosservanza dei termini di conclusione del procedimento, i quali mai potrebbero considerarsi ordinatori, ancorché la perentorietà non sia espressamente enunciata nel Regolamento adottato dalla medesima Autorità, in applicazione della "*disciplina generale di cui alla l. n. 689 del 1981*", integrata, per quanto di ragione, dalla disciplina di settore e dall'autolimitazione insita nella fissazione regolamentare del termine²³.

la cognizione della sussistenza, in concreto, degli "indici rivelatori" (nella specie, dell'abuso edilizio) e "*di tutte le circostanze fattuali ai fini della applicabilità della sanzione*".

²² A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato* cit., pp. 282 ss., dà atto del cambiamento, ma non ancora nel senso di un giudizio "di merito", come da taluno auspicato (v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013 e F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo* cit.) ovvero di "giudizio sul fatto".

²³ Cons. St., Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 5695, confermando TAR del Lazio, Roma, sez. III, n. 13668 del 2015, con riferimento a provvedimento dell'ANAC. È vero che, in tale occasione, il Consiglio ribadisce principi già affermati in Cass. civ., sez. un, 27 aprile 2006, n. 9591, ancor prima della entrata in vigore del nuovo codice e successivamente recepiti, fra l'altro, da Cons. St. 29 gennaio 2013, n. 542, 6 agosto 2013, n. 4113, ord., 19 febbraio, 2016, n. 544, tuttavia – nella precisazione che è proprio la natura del provvedimento sanzionatorio "*a suggerire la soluzione nel senso della necessaria perentorietà del termine per provvedere, attesa la stretta correlazione tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa, avente come è noto protezione costituzionale (nel combinato disposto degli artt. 24 e 97 Cost.)*" – si avverte che comincia a farsi strada, con maggiore urgenza, il convincimento della necessità di una particolare "*vigilanza della giurisprudenza sulle violazioni procedurali che possano incidere negativamente sulle garanzie difensive*"

Entrano in gioco, dunque, i poteri sanzionatori delle Autorità pubbliche (in primo piano quelli delle Autorità Amministrative Indipendenti), considerando la loro particolare portata lesiva, ancora, tuttavia, nell'ottica meramente ripristinatoria dell'interesse pubblico leso (anche se, nelle maglie della disciplina sostanziale, si intravede la rilevanza anche della "messa in pericolo" del bene pubblico, derivante da talune "intese" e dall'abuso di posizione dominante)²⁴, e si percepisce che, quanto più discrezionale è il potere, tanto più rigorose devono intendersi le regole procedimentali, indipendentemente da puntuali prescrizioni eccezionali o in deroga alla legge generale sul procedimento; ma restano, per parecchio tempo, pressoché invariati, con la disciplina processuale, gli orientamenti giurisprudenziali²⁵.

in quanto "il giudizio sarà di piena giurisdizione anche se (e solo se) saprà tutelare le garanzie procedimentali. Specie per un processo che, come rilevato, non può essere sostitutivo in senso pieno" (F. CINTIOLI, *Giusto processo. CEDU e procedure antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 542 ss.).

²⁴ V. artt. 101, par. 1 TFUE e 2, comma 2 legge n. 287/1990 e art. 102, par. 1 TFUE, segnalati – unitamente a Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673 e C. giust. UE, sez. I, 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione*, par. 106 – da M. CAPPALÌ, *Il delicato equilibrio tra full jurisdiction ed effettività del diritto antitrust nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, cit., pp. 754 ss.

²⁵ In regime di divisione dei poteri e della considerazione elevata (almeno con riguardo alle Autorità indipendenti, v. sul punto, Cons. St., comm. speciale, 29 maggio 1998, n. 97) della funzione pubblica alla quale si riconnette il potere di irrogare la sanzione ripristinatoria, è del tutto plausibile che si sia ben lontani, anche, soltanto, dal concepire come ipotizzabile, un sindacato "fattuale", da parte del giudice amministrativo – in sede di giurisdizione di legittimità estesa al merito – alla pari di (o, comunque, analogo a) quello spettante al giudice civile ordinario, nelle controversie in materia di sanzioni amministrative attribuite alla sua cognizione, come disegnato nell'art. 23 della l. n. 689 del 1981 e ora confermato nell'art. 6 della l. settembre 2011, n. 150. Ma, adesso, in tema di AGCM, fa ulteriormente riflettere C. cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in cui è precisato (par. 8 della motivazione) che l'Autorità è titolare di "una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco" e che la stessa "è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale".

Nel panorama giurisprudenziale, il terreno più significativo per la dottrina, è quello delle sentenze su determinazioni dell'AGCM che, univocamente, tuttavia evidenziano, la "marginalità" del giudizio sul *quantum* (anche per ciò che concerne l'interesse difensivo del destinatario), distinto – nel vigente sistema – da quello pregiudiziale, di pura legittimità, che investe il provvedimento con riguardo alla scelta comminatoria e nel quale si cristallizza l'accertamento della sussistenza dei presupposti dell'illecito *antitrust*²⁶.

Al riguardo, due sentenze possono essere assunte a campione: Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821 che ha deciso anche in ordine all'entità della sanzione pecuniaria, e Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2020, n. 1684, che ha evidenziato carenze del percorso valutativo della condotta dell'operatore responsabile, rilevanti ai fini della determinazione del *quantum*.

I provvedimenti provengono dalla medesima Autorità, ma sanzionano tipologie differenti di illecito: nella sentenza del 2018, si ha a che fare con una condotta in violazione dell'art. 101 TFUE, par. 1 (intesa restrittiva), mentre nel secondo caso il comportamento, contestato a società di recupero crediti per conto di terzi, ha concretato una "pratica commerciale scorretta" a norma degli art. 20, 24 e 25 lett. b) e c) nonché art. 26, lett. b) e c) del codice del consumo.

Nel primo caso, la valutazione diretta dei fatti ha incontrato l'arresto della opinabilità della nozione di "mercato rilevante", oltre quello della insindacabilità della decisione dell'Autorità di

²⁶ Della sostanziale incongruità di tale sdoppiamento dei sistemi difensivi è ben consapevole la dottrina e taluni ne suggeriscono i rimedi. Fra i tanti, M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, n. 2/2013, pp. 408 ss., auspicano una "rifocalizzazione della giurisprudenza applicativa dell'art. 261 TFUE, interpretandosi correttamente la disposizione, come certamente consentito dal suo dato letterale, nel senso che il sindacato di merito in materia sanzionatoria non vada limitato al solo calcolo dell'importo dell'ammenda, ma esteso all'intero provvedimento impugnato, ivi compreso l'accertamento dell'illecito concorrenziale, mentre il controllo di mera legittimità ex art. 263 TFUE continuerebbe a essere esercitato sulle decisioni che non impongano sanzioni" (v., in particolare, p. 456). Ma anche, come già ricordato, nello stesso senso, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo* cit.).

respingere gli “impegni” proposti dalle parti ogni qual volta ritenga di dovere irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria, in ragione della natura e dell’entità della “intesa” contestata. La cognizione estesa al merito, sulla entità della sanzione, ha avuto come presupposto una responsabilità ormai indiscutibile e si è risolta nel controllo della compiutezza del percorso procedimentale, in relazione a tutti gli elementi di valutazione fissati da norme regolamentari autolimitative.

Nella sentenza del 2020, l’apprezzamento della scorrettezza della pratica commerciale, relazionata alla nozione di “aggressività” imputata all’operatore, ha rinvenuto, nell’art. 24 del cod. del consumo, coordinate idonee a consentire un più penetrante spazio di valutazione della condotta, in quanto “è (...) *il testo di legge ad introdurre il profilo della ponderazione concreta delle «caratteristiche e circostanze del caso» quale metro ineludibile nella valutazione dei comportamenti*”, così da azzerare (quasi) i margini di opinabilità, sia con riferimento alla responsabilità sia ai fini della determinazione del *quantum*.

La prima delle sentenze citate evidenzia le connotazioni del giudizio sul *quantum*: la responsabilità è presupposta e non più discutibile; lo stesso giudizio, in sé, non si discosta dai canoni propri di quello impugnatorio, con onere dell’interessato non soltanto di attaccare la quantificazione della sanzione amministrativa sulla scorta di puntuali vizi-motivi, ma anche di fornire elementi di prova idonei a sostenere l’irragionevolezza e sproporzione della misura sanzionatoria²⁷.

D’altra parte, in linea generale, sembra che il giudice amministrativo non si senta vincolato dalla disposizione di cui all’art. 34, comma 1, lett. d), c.p.a., così da considerare la rideterminazione, con la sentenza, del *quantum* sanzionatorio, non alla stregua di uno dei canoni della decisione assunta in sede di cognizione estesa al merito, bensì come una mera “opportunità” di cui è meglio non approfittare; si preferisce, dunque, indicare i criteri all’Autorità, perché vi si adegui con un proprio, nuovo, provvedimento.

²⁷ V. anche Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673.

4. Prospettive di innovazione, anche in relazione alle indicazioni CEDU e UE

Quanto tutto ciò sia compatibile con le indicazioni che provengono dalla C. eur. dir. uomo e dalla C. giust. UE²⁸, nonché con l'idea di "effettività della tutela" che il c.p.a. sembra aver recepito (art. 7, comma 7), è un interrogativo al quale non è possibile sfuggire²⁹.

La disposizione secondo cui il "principio di effettività (anche per ciò che concerne gli interessi legittimi) è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela"³⁰ non può esplicitare la sua forza

²⁸ Indipendentemente dalle soluzioni processuali interne, agli interpreti nazionali (dottrina e giurisprudenza) è noto come, in sede di Unione Europea sia stato compreso e condiviso il canone della *full jurisdiction*, nella interpretazione, propugnata dalla Corte EDU, dell'art. 6 CEDU, anche in relazione alle sanzioni amministrative e ai relativi profili discrezionali. Per tutte C. giust. UE, sez. I, 30 aprile 2014, in causa C-238/12, *FLSmidth & Co. A/S c. Commissione europea*, in particolare, al punto 56, dove si afferma che, nel controllo giurisdizionale sulle sanzioni *antitrust*, comminate dalla Commissione, nessun ostacolo alla pienezza del sindacato può discendere dal potere discrezionale di cui dispone la Commissione medesima, in forza del ruolo assegnatole, in materia di politica della concorrenza. dai Trattati UE e FUE.

²⁹ Se ne è resa conto da tempo la dottrina (come evidenziato nelle note che precedono). Il dibattito è deflagrato dopo l'emanazione del d.lgs. n. 3 del 2017 (fra i molti, M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo*, cit.; F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, 6 giugno 2017, in *giustizia-amministrativa.it*). Proviene dall'Ufficio studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, lo scritto "Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti", in *giustizia-amministrativa.it*, 2017, p. 26: in cui si pone, espressamente, l'interrogativo se non sia tempo di "passare da un sindacato intrinseco di attendibilità ad un tipo di sindacato di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere appunto attendibile la valutazione dell'Autorità, ma la valuti in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata".

³⁰ Principio apparentemente trasfuso nell'art. 7, comma 1, secondo periodo, ma *ivi* anche, in parte, vanificato dalla riaffermazione del limite

espansiva, fintanto che “*le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo*”, non vengano apprezzate nella loro effettiva portata lesiva, alla stregua di sanzione penale (o quasi-penale).

Sul versante dei principi desumibili dall’art. 6 CEDU e con riguardo alla c.d. *full jurisdiction* sull’*an* e sul *quantum* che il processo (anche quello amministrativo) dovrebbe garantire, la correlazione fra le disposizioni contenute nell’art. 7, comma 1 e 2 e nel comma 1, art. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3³¹, deve fare ritenere urgente trovare soluzioni idonee, quanto meno, a colmare la differente intensità di tutela che l’ordinamento offre, da una parte, all’operatore assoggettato a procedimenti *antitrust* e, dall’altra, ai soggetti che lamentino di esserne stati danneggiati, senza che la disomogeneità degli interessi giustifichi, anche alla luce di principi costituzionali, un così gravoso divario di tutela processuale.

Ciò che sembra essere sfuggito al legislatore nazionale, appare ora chiaro anche al giudice amministrativo, che si avvia verso una lettura “*costituzionalmente e convenzionalmente orientata*”³² della disposizione contenuta nell’art. 7, comma 1,

derivante dai profili tecnici che presentino “un oggettivo margine di opinabilità”.

³¹ Il comma 1, primo periodo, propugna – in favore e nei riguardi di chi agisce in giudizio per far valere il proprio diritto al risarcimento per aver subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un’impresa o di un’associazione di imprese – la definitività dell’accertamento della violazione del diritto alla concorrenza “*constatata da una decisione dell’autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato*”; il comma 2 ammette (in favore dei destinatari del comma 1, e a carico dell’autore della violazione del diritto della concorrenza) valore di prova della natura della violazione, della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale (sia pure valutabile unitamente alle eventuali altre prove), alla “*decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza*”.

³² M. CAPPALÌ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l’impasse, in federalismi.it*, 21/2019, e la giurisprudenza ivi richiamata (Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821; 29 maggio 2018, n. 3197; 10 luglio 2018, n. 4211 e 12 ottobre 2017, n. 4733; sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058).

secondo periodo, d.lgs. n. 3 del 2017 cit., evitando di intaccare i limiti derivanti dal principio democratico della divisione dei poteri.

In dottrina, si prospettano soluzioni nel senso di implementare e valorizzare i diritti di difesa all'interno del procedimento³³.

In ogni caso, a processo amministrativo invariato, primo e secondo comma dell'art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, hanno, comunque, depotenziato, nella materia anticoncorrenziale, l'interesse a una tutela che investa – sia pure con cognizione estesa al merito – il “*quantum*” del provvedimento sanzionatorio, essendo l'aspetto più rilevante del diritto di difesa incentrato sulla “responsabilità”.

Ciò, che è fortemente appariscente, in tema di sanzioni pecuniarie dell'AGCM a tutela della concorrenza, non è che la punta dell'*iceberg* di un *deficit* di tutela che, come si è avuto modo di vedere, è di carattere generale.

Viene, allora, fatto di chiedersi se limitazioni di tutela, che appaiono insuperabili sul piano processuale – anche in ragione dei parametri di legalità cui il c.p.a. ricollega in linea generale, la cognizione estesa al merito di cui all'art. 134 c.p.a., non possano essere radicalmente superate, in linea generale, sul piano procedimentale, non soltanto attraverso la valorizzazione “sostanziale” della partecipazione al procedimento, ma, anche, ipotizzando – in tale ottica partecipativa – una sorta di negoziabilità della scelta sanzionatoria, analoga a quella contemplata dall'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 (che, come noto, fa salvi, i diritti dei terzi e la discrezionalità amministrativa), come da qualche parte era stato ventilato, in un recente passato³⁴.

³³ In questo senso, fra i tanti, M. CAPPAL, *Op. cit.* e F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni Amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, cit.

³⁴ Il riferimento è a F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., p. 14.

LA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA STRUMENTALE AL CORRETTO ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO

SIMONA TERRACCIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sanzione amministrativa quale strumento di perseguimento dell'interesse pubblico. – 3. La sanzione amministrativa pecuniaria in materia di contratti pubblici quale strumento di garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo. – 4. Conclusioni.

Abstract: The paper deepens the nature of the public administration's sanctioning power as an instrument to pursue public interests. Through the analysis of the public procurement code (Leg. Decree no. 50/2016), the aim is to show that some pecuniary administrative sanctions are intended to enhance the principles of transparency, cooperation and effectiveness of the procedure and, overall, to ensure the correct exercise of the public power.

1. Introduzione

La definizione, la natura, la funzione e, più in generale, la ricostruzione dogmatica della sanzione amministrativa nell'ordinamento giuridico sono state oggetto di molteplici riflessioni e approfonditi studi teorici già a partire dai primi decenni del secolo scorso¹.

¹ Tra i contributi necessari ai fini dello studio e dell'approfondimento della tematica, si richiamano gli scritti fondamentali di: A. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1/1909, pp. 385 ss.; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; G. BATTAGLINI, *La pena*

Il presente contributo propone l'approfondimento del ruolo e della funzione della sanzione amministrativa pecuniaria quale strumento per il corretto esercizio del potere amministrativo.

A tal fine, si porranno in rilievo quelle tesi che hanno valorizzato il collegamento funzionale della sanzione amministrativa con gli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'azione amministrativa.

Si analizzerà, infine, l'applicazione di tale approccio teorico nel diritto positivo, con specifico riferimento al potere sanzionatorio legislativamente attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, sebbene il novero delle sanzioni *strumentali* sia molto più ampio e presente anche in ambiti di disciplina differenti².

in rapporto alle sanzioni civili e amministrative, in *Riv. dir. pubbl.*, 1/1924, pp. 394 ss.; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, pp. 299 ss.; U. ARDIZZONE, *Sanzioni amministrative*, in *Nss. D.I.*, vol. XI, Torino, 1939, pp. 1084 ss.; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, pp. 223 ss.; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. D.I.*, vol. XVI, 1969, pp. 530 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, pp. 112 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, pp. 1291-1316; E. CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980), Milano, 1982, pp. 45-57; E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, *Id.*, pp. 88-123; F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, *Id.*, pp. 33-44; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988; C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, pp. 345 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XV ed., Napoli, 1989; E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, 1997, pp. 598 ss.; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999.

² In via esemplificativa, si vedano, in materia di tutela della concorrenza e del mercato, l'art. 14, comma 5 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria a tutela dello svolgimento della attività istruttoria dell'AGCM nel caso in cui i soggetti ai quali viene effettuata la richiesta omettano, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti ovvero forniscano informazioni e documenti non veritieri; l'art. 15, comma 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria, in caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1 dello stesso articolo, fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei

2. La sanzione amministrativa quale strumento di perseguimento dell'interesse pubblico

Il tentativo di delimitare e qualificare il concetto di sanzione amministrativa rispetto alle altre forme di reazione della pubblica amministrazione, ha condotto la dottrina alla elaborazione di due orientamenti prevalenti che si differenziano, sotto il profilo funzionale, in ragione della possibilità di perseguire finalità eterogenee con lo strumento sanzionatorio.

Secondo una prima impostazione, infatti, nella nozione di sanzione amministrativa dovrebbero essere ricompresi tutti quei provvedimenti ablatori con finalità sanzionatorie, risarcitorie e ripristinatorie utilizzati allo scopo di curare l'interesse pubblico perseguito dalla Amministrazione.

Si accoglie, così, una nozione di sanzione amministrativa *in senso lato* che consente alla Amministrazione di conservare e prevenire le lesioni agli interessi pubblici, curare e ripristinare gli interessi lesi e, inoltre, sanzionare le condotte illecite. In altri termini le sanzioni amministrative sarebbero costituite da *“qualsiasi forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto (...) ora reazioni, ora prevenzioni;*

casì in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1 dello stesso articolo, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. In dottrina, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pp. 216-219, secondo il quale *“(...) le sanzioni di cui si discorre in questo paragrafo sono riconducibili al più tipico modello affittivo-punitivo, tendente appunto a sanzionare il mancato rispetto di un obbligo imposto dall'Autorità ed in questo modo assicurarne strumentalmente l'effettività. (...) L'insieme di queste sanzioni, in sostanza, contribuisce ad assicurare piena effettività agli obblighi procedurali previsti dalla legge ed ai provvedimenti d'ordine dell'Autorità ed a far sì che la regolazione pubblica della concorrenza venga «presa sul serio»*. Si legga anche, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, p. 486, secondo la quale *“Mentre le misure sanzionatorie previste dall'art. 15 per la violazione diretta dei divieti di intese restrittive e di abusi di posizione dominante hanno una funzione preventiva e repressiva, diretta a scoraggiare e ad ottenere la desistenza dei comportamenti vietati, le sanzioni previste per la violazione delle misure inibitorie e degli obblighi di informazione hanno carattere strumentale, essendo preordinate a garantire l'effettivo esercizio dei poteri di controllo dell'Autorità”*.

*reazioni quando sono minacciate e comminate per la trasgressione di ordini amministrativi; prevenzioni, quando stanno ad assicurare lo svolgimento della funzione preventiva dell'amministrazione indipendentemente dall'emanazione di precetti generali o di ordini particolari"*³.

Tale impostazione, tuttavia, non è stata condivisa da altra autorevole dottrina che, invece, adotta una nozione di sanzione amministrativa *in senso stretto* comprensiva delle sole misure aventi in prevalenza un contenuto afflittivo-punitivo e distinta dalle altre forme di reazione della Amministrazione alla violazione di un precetto⁴.

Pertanto, sarebbe sanzione amministrativa solo la *pena in senso tecnico* avente un carattere esclusivamente afflittivo-punitivo nei confronti del trasgressore, la cui applicazione sarebbe riservata dalla legge alla autorità amministrativa a mezzo di provvedimenti amministrativi e che costituirebbe, a seconda delle diverse opinioni dottrinali, un diritto soggettivo dell'amministrazione⁵ ovvero un potere della stessa⁶.

Seguendo l'impostazione della sanzione amministrativa *in senso stretto*, è possibile rilevare che l'afflittività della misura è considerata l'elemento fondamentale per distinguere le misure qualificabili come sanzioni amministrative dai provvedimenti amministrativi sfavorevoli non rientranti in tale categoria.

Di conseguenza, quando un provvedimento sfavorevole della amministrazione (ossia limitativo della sfera giuridica del trasgressore o non ampliativo della stessa) non ha carattere

³ A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive* cit., p. 90 ss.; U. ARDIZZONE, *Sanzioni amministrative* (voce) cit., pp. 1084 ss.; A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980) cit., p. 126.

⁴ G. ZANOBINI, *Op. cit.*, pp. 2 ss.; C.E. PALIERO - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce) cit., p. 351; A. LENTINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1939, p. 248; G. BERLIRI, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 1980) cit., pp. 285 ss.; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali* cit., pp. 2 ss.

⁵ G. ZANOBINI, *Op. cit.*, p. 38.

⁶ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo* cit., pp. 316 ss.

afflittivo nei confronti del trasgressore della norma ma è finalizzato solo alla cura, alla prevenzione o al ripristino dell'interesse pubblico leso, allora non dovrebbe essere propriamente incluso nel *genus* delle sanzioni amministrative e non dovrebbe, dunque, essere applicata la disciplina generale prevista dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

Se può dirsi condivisibile la considerazione che un carattere della sanzione amministrativa è rappresentato dal suo contenuto afflittivo, che si sostanzia nella irrogazione della sanzione nei confronti del trasgressore del precetto⁷, ciò non esclude che attraverso la sanzione (afflittiva) si possano perseguire interessi pubblici e che tale tipologia di sanzione sia comunque riconducibile al *genus* delle sanzioni amministrative.

Si ritiene, infatti, che gli elementi della afflittività e della strumentalità alla cura dell'interesse pubblico non siano astrattamente incompatibili e che, anzi, qualora compresenti, mostrino l'essenza della sanzione amministrativa e del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione.

Secondo autorevole ricostruzione, esisterebbe “*un’ampia fascia di infrazioni (o inosservanze) a provvedimenti amministrativi nella quale ciò che interessa l’autorità non è l’infrazione in sé, ma invece la lesione o il pericolo di una lesione di un interesse pubblico*”⁸. Il fenomeno sanzionatorio non è considerato unitario e, in dipendenza della circostanza che la sanzione propenda verso la punizione per l’infrazione del precetto ovvero verso la cura e il ripristino dell’interesse pubblico, saranno influenzati la struttura e lo scopo del procedimento amministrativo, con la conseguente possibilità di individuare procedimenti finalizzati non tanto (o non solo) a

⁷ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2017, p. 73, “*Le misure ripristinatorie, di conseguenza, non possono considerarsi vere e proprie sanzioni amministrative, e ciò non tanto perché perseguono un interesse pubblico (...) quanto perché in esse manca l’elemento qualificante dei provvedimenti sanzionatori amministrativi, vale a dire il perseguimento di finalità afflittive e di prevenzione, che si estrinseca attraverso l’irrogazione della sanzione nei confronti del trasgressore del precetto*”.

⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, pp. 1304 ss.

punire, quanto a curare l'interesse pubblico turbato dall'infrazione⁹.

In altri termini, qualora la funzione della sanzione sia esclusivamente la cura o il ripristino dell'interesse pubblico leso, mancherebbe l'elemento dell'afflittività necessario per considerare la misura come una sanzione amministrativa volta anche a punire il trasgressore¹⁰.

La ricostruzione dottrinale da ultimo richiamata consente di attribuire rilevanza alla cura dell'interesse pubblico leso tra le funzioni perseguibili attraverso la sanzione amministrativa.

In conformità a tale linea di pensiero, di recente è stato sostenuto che *“il carattere punitivo e la funzione di tutela di un fine pubblico possono convivere dunque nelle sanzioni amministrative: non sussiste un contrasto ontologico tra punire ed amministrare, ossia tra l'infliggere una sanzione a seguito della violazione del precetto e la cura in concreto dell'interesse pubblico”*¹¹ e ciò pare, oggi, trovare conferma nel dato positivo

⁹ ID., pp. 1308 ss. Di recente, G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018, p. 92, secondo il quale *“sulla scia della tripartizione gianniniana è possibile senz'altro affermare che non si può discutere del fenomeno sanzionatorio come di un fenomeno unitario. (...) L'indagine sin qui condotta ha, infatti, ben messo in luce come nell'ambito della fattispecie sanzionatoria il ruolo dell'interesse pubblico, e quindi la protezione di un interesse settoriale della P.A., può essere più o meno rilevante, potendosi anche rinvenire ipotesi in cui la sanzione appare unicamente funzionalizzata alla garanzia dell'effettività dell'ordinamento od alla protezione di un bene giuridico rilevante per l'ordinamento generale”*.

¹⁰ Si pensi ai provvedimenti ripristinatori in ambito edilizio, paesaggistico e ambientale, che mirano alla reintegrazione dell'interesse pubblico leso attraverso interventi diretti sulla *res* (come la riduzione in pristino e la demolizione) al fine di ripristinare la legalità materiale violata e non anche al fine di sanzionare la condotta del trasgressore. In dottrina, S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni ripristinatorie*, in A. CAGNAZZO - S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, pp. 336-337; sulle sanzioni amministrative in materia paesaggistica, si segnalano A. MASSONE, *La vigilanza e le sanzioni in materia paesaggistica*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, Milano, 2014, pp. 607-637 e bibliografia *ivi* citata. In giurisprudenza, di recente, Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 6983; Cons. St., sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3534.

¹¹ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche* cit., pp. 67-68, secondo il quale *“nelle innumerevoli ipotesi di fattispecie sanzionatorie amministrative, il carattere afflittivo e la funzione di tutela di un fine pubblico sono presenti in misura che può essere assai diversa. Così, vi sono*

soprattutto in ragione della evoluzione e delle peculiarità del potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche in particolari settori del mercato.

Pare possibile, dunque, attraverso un approccio positivo, indagare le particolarità di alcune sanzioni amministrative pecuniarie per effettuare delle considerazioni sulla funzione e sul ruolo delle stesse nel sistema¹².

3. La sanzione amministrativa pecuniaria in materia di contratti pubblici quale strumento di garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo

La connessione strumentale tra funzioni di amministrazione attiva, di regolazione e di vigilanza e la funzione sanzionatoria, quale garanzia di effettività delle prime, pare particolarmente evidente nella disciplina delle Autorità amministrative indipendenti¹³.

sanzioni amministrative che perseguono in modo spiccato un interesse pubblico (tale profilo è particolarmente evidente nelle sanzioni di competenza delle Autorità indipendenti) e ve ne sono altre che invece tutelano siffatto interesse in modo indiretto, svolgendo una funzione prevalentemente afflittiva e di prevenzione (si pensi, in particolare, alle sanzioni amministrative cd. depenalizzate). In entrambi i casi, tuttavia, è sempre rinvenibile la cura di un interesse pubblico (...) la vera differenza tra le sanzioni amministrative e quelle penali risiede nella circostanza che le prime possono essere anche discrezionali, le seconde no”.

¹² Sulla importanza del ruolo della sanzione per comprendere la potestà punitiva della P.A., A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubbliche amministrazioni* cit., p. 240, che prosegue affermando che “Alla luce di queste considerazioni della normativa, e forse generalizzandone la portata, è stata talvolta proposta dalla dottrina una rappresentazione della funzione sanzionatoria come funzione ausiliaria a funzioni principali o come funzione che garantisce anch’essa (in termini «indiretti») gli interessi di cui è titolare l’amministrazione. In questa logica il rapporto fra autorità amministrativa e funzione sanzionatoria non può trovare riscontro nell’ambito penale, perché attraverso la funzione sanzionatoria l’amministrazione tutela un interesse proprio. La sanzione amministrativa non è più solo sanzione per l’infrazione di un precetto, ma è anche sanzione per la lesione di un interesse di cui è titolare l’amministrazione; nella medesima logica l’illecito amministrativo costituisce spesso anche lesione di una funzione amministrativa”.

¹³ Sul punto, E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti. Spunti per un’analisi unitaria*, Torino, 2000, pp. 40 ss.

Tale considerazione può essere riscontrata, ad esempio, nella disciplina dettata in materia di appalti pubblici e, in particolare, nel potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in virtù dell'art. 213, comma 13, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi stabiliti dalla l. 689/81¹⁴, attraverso un procedimento sanzionatorio disciplinato dalla stessa¹⁵.

L'ANAC è titolare dell'attività di vigilanza e controllo e di regolazione in materia di contratti pubblici e, *nel rispetto dei principi di cui alla l. n. 689/81*, può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie di un valore compreso tra un minimo edittale di 250 euro e un massimo di 25.000 euro nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono ingiustificatamente di fornire informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore

¹⁴ Da ultimo su tale potere, M. CORRADINO - G.F. LICATA, *Autorità nazionale anticorruzione*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2019, pp. 501-505. Si consideri che tale potere era già attribuito all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dall'art. 8, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'esercizio di tale potere era disciplinato dal Regolamento dell'AVCP del 26 febbraio 2014. Sulla disciplina previgente, M.L. CHIMENTI, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, pp. 1053-1098.

¹⁵ Allo stato il procedimento sanzionatorio dell'Autorità Nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici è disciplinato dal "Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50", approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 920 nell'audinanza del 16 ottobre 2019, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità. Il quadro di regolazione dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità in materia di contratti pubblici può essere riassunto nei seguenti termini: fino all'adozione del Regolamento nel 2019 vigeva il Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 8, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, adottato il 26 febbraio 2014 e modificato, da ultimo, con la delibera del 27 febbraio 2019 n. 164; l'ANAC aveva avviato una consultazione online nel 2017 presentando un primo schema di regolamento destinato a superare quello del 2014; infine, nel 2019 l'Autorità aveva avviato un'ulteriore consultazione online, pubblicando un secondo schema di regolamento destinato – come quello del 2017 – a superare il regolamento del 2014.

di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento.

Le ulteriori ipotesi, connotate da maggiore gravità, riguardano sanzioni amministrative pecuniarie di un valore compreso tra un minimo edittale di 500 euro e un massimo di 50.000 euro nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale.

Il codice dei contratti pubblici, inoltre, prevede una serie di fattispecie nelle quali si fa espresso rinvio all'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 213, comma 13 suddetto per la violazione dei precetti ivi contenuti.

Considerate unitariamente tali fattispecie, occorre sinteticamente rilevare che le sanzioni pecuniarie sono rivolte agli operatori economici (nel caso di presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione alle stazioni appaltanti nelle procedura di gara e negli affidamenti di subappalto)¹⁶, alle stazioni appaltanti (ad esempio, per le mancate o tardive comunicazioni all'ANAC delle modifiche o delle sospensioni dei contratti in corso di efficacia)¹⁷, al responsabile unico del procedimento (nel caso di indicazione, nel certificato di esecuzione dei lavori, di categorie di qualificazione diverse da quelle previste dagli atti di gara)¹⁸ e alle SOA (per violazioni di

¹⁶ Cfr. art. 80, comma 12 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che disciplina le conseguenze derivanti dalla presentazione da parte degli operatori economici alle stazioni appaltanti di false dichiarazioni o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto.

¹⁷ Cfr. l'art. 106, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che prevede sanzioni pecuniarie nei confronti della stazione appaltante per le mancate o tardive comunicazioni delle modifiche dei contratti nei periodi di efficacia.

Si veda, inoltre, l'art. 107, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 relativo alle comunicazioni di sospensione dei lavori.

¹⁸ Si veda l'art. 86, comma 5-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che disciplina i mezzi di prova che le stazioni appaltanti possono chiedere agli operatori economici al fine di ottenere la prova dell'assenza di motivi di

obblighi informativi o di doveri in ordine alla attività di qualificazione)¹⁹.

Nonostante la frammentarietà della disciplina del potere sanzionatorio dell'ANAC – dovuta alla pluralità dei soggetti destinatari delle sanzioni, alla diversità delle singole fattispecie, alla molteplicità delle fasi delle procedure in cui le sanzioni possono essere irrogate – si ritiene che un tratto unificante di tali fattispecie sia ravvisabile nella funzionalizzazione delle stesse alla garanzia del corretto espletamento della funzione di vigilanza e di controllo svolta dall'Autorità nel settore dei contratti pubblici.

A ben vedere, infatti, le fattispecie sinteticamente descritte sono volte a rafforzare la collaborazione tra i soggetti coinvolti a vario titolo nelle procedure di gara e nelle fasi esecutive, a garantire la trasparenza e il buon andamento delle procedure e,

esclusione *ex art. 80* e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice.

¹⁹ Il regime ad oggi applicabile alle sanzioni dell'ANAC nei confronti delle SOA è quello previsto dalla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, ultrattivo nel periodo transitorio in virtù dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nell'attesa dell'adozione del regolamento di attuazione di cui all'art. 216, comma 27-*octies* del codice degli appalti (e non più, dunque, del decreto di cui all'art. 83, comma 2 del codice in tema di sistemi di qualificazione). Il d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 prevede una serie di sanzioni pecuniarie e interdittive, non interpretabili alla luce di criteri estensivi o analogici, in considerazione del principio di tipicità dell'illecito amministrativo e delle misure afflittive che seguono al loro accertamento. Tali sanzioni attengono, in via esemplificativa, alle violazioni di obblighi informativi, alla trasmissione all'Autorità di dati o informazioni non veritieri, compresi i documenti forniti dalle imprese in sede di attestazione, alla violazione delle disposizioni regolamentari che indicano i doveri delle SOA in ordine all'attività di qualificazione.

Si precisa che l'art. 84, comma 10 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che la violazione delle disposizioni del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-*octies* è punita con le sanzioni previste dall'art. 213, comma 13 e, in tale ipotesi, non è ammesso il pagamento in misura ridotta. L'importo della sanzione è determinato dall'ANAC con ordinanza-ingiunzione sulla base dei criteri generali della l. 24 novembre 1981, n. 689, con particolare riferimento ai criteri di proporzionalità e adeguatezza in relazione alla gravità della fattispecie. È previsto, altresì, che nei casi più gravi, in aggiunta alla sola sanzione amministrativa pecuniaria, si applichi la sanzione accessoria della sospensione della attività di impresa per un periodo da un mese a due anni, ovvero della decadenza dell'autorizzazione.

più in generale, il corretto svolgimento delle stesse e l'effettività dei precetti legislativi.

In effetti, gli interessi pubblici al corretto svolgimento delle procedure, alla corretta esecuzione dei contratti, alla tutela della concorrenza e alla scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione possono essere perseguiti a condizione che le informazioni, i dati e la documentazione presentati dagli operatori economici in fase di partecipazione o in sede di controllo e dagli altri soggetti coinvolti siano veritieri, tempestivi e completi e che i diversi soggetti coinvolti collaborino tra loro e con l'Autorità.

L'ordinamento prevede, dunque, le sanzioni pecuniarie come meccanismi di reazione per tutelare tali interessi strumentali e, pertanto, l'ANAC, attraverso l'esercizio della potestà sanzionatoria, cura e persegue interessi pubblici sanzionando in maniera più o meno gravosa i trasgressori delle specifiche disposizioni o del più generale dovere di informativa in capo ai soggetti interessati²⁰.

In tal senso, risulta condivisibile l'autorevole tesi che considera le sanzioni amministrative come *mezzi per la realizzazione dell'azione amministrativa* o come *mezzi per il raggiungimento della attuazione pratica dei precetti amministrativi*²¹.

In altri termini, il corretto esercizio del potere amministrativo è garantito anche dall'esercizio della potestà sanzionatoria attraverso l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie indirizzate ai soggetti che, tramite comportamenti anti-giuridici, commissivi od omissivi, ostacolano o impediscono il corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

²⁰ M.L. CHIMENTI, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti* cit., p. 1058, secondo cui "più specificamente, viene sancito l'obbligo da parte dei soggetti pubblici e privati di fornire ogni informazione e documento che l'Autorità richieda per lo svolgimento delle attività che la legge ha attribuito alla stessa, ponendo a carico dei soggetti inadempienti sanzioni pecuniarie, diversamente graduate in funzione dell'avere, o meno, reso false dichiarazioni".

²¹ F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa* cit., pp. 42-43.

La circostanza che la sanzione amministrativa pecuniaria possa essere considerata quale conseguenza della violazione di un precetto e strumento di garanzia del corretto svolgimento del potere amministrativo consente di effettuare alcune riflessioni.

In particolare, occorre verificare se lo stretto collegamento tra la funzione sanzionatoria e la tutela strumentale degli interessi pubblici richiamati possa essere sufficiente ad elidere di per sé il carattere afflittivo-punitivo della sanzione pecuniaria, anche nelle ipotesi considerate in materia di contratti pubblici²².

In tal senso rileva, anzitutto, il dettato normativo che subordina il potere sanzionatorio dell'ANAC al rispetto dei principi della l. n. 689/1981.

Tale richiamo può costituire un indizio della volontà del legislatore di riaffermare il carattere afflittivo-punitivo delle sanzioni pecuniarie in materia di contratti pubblici e, comunque, impone il rispetto dei principi stabiliti dalla legge stessa – tra i quali, i principi di legalità, irretroattività, imputabilità, colpevolezza, solidarietà, intrasmissibilità – nonché il rispetto dei criteri per l'applicazione delle sanzioni.

A titolo esemplificativo, l'art. 11 della l. n. 689/1981 stabilisce, tra i criteri da utilizzare per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche. Il Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio prevede il richiamo espresso ai criteri di cui all'art. 11 della l. n. 689/81 al fine della quantificazione delle sanzioni pecuniarie e, inoltre, dispone che la rilevanza e la gravità

²² Sul punto, M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. ALLENA - S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Contenuti extra*, Approfondimenti, vol. 26, n. 82 (3-2013), in *mucchietore.it* (anche in *giustamm.it*, 2013), p. 92 secondo il quale "(...) l'interesse al corretto svolgimento delle attività regolare e al rispetto dei principi di funzionamento dei settori di intervento corre parallelo nel corso del procedimento all'interesse a identificare e punire i trasgressori, ed in alcuni casi prevale su quest'ultimo. (...) Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente a dimostrare l'esattezza della tesi secondo cui le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti si discostano radicalmente dal modello delineato dalla l. n. 689/1981, connotandosi sul piano funzionale per la strumentalità della funzione di regolazione".

dell'infrazione – oltre ad essere valutate con riferimento all'elemento psicologico dell'agente – devono essere valutate “con riferimento all'effetto pregiudizievole dell'omissione ai fini dell'attività dell'Autorità ed alle motivazioni addotte per giustificare il ritardo”²³ o, in altra ipotesi, con riferimento al “valore del contratto pubblico cui la violazione si riferisce”²⁴.

Dalla lettura integrata delle richiamate disposizioni della l. n. 689/81 e del Regolamento si evince, dunque, che l'ANAC – al fine di esercitare il proprio potere discrezionale nella individuazione del *quantum* della sanzione da irrogare tra il minimo e il massimo edittale – sarà tenuta a valutare una serie di indici di carattere soggettivo (elemento psicologico dell'agente, condizioni economiche dello stesso, eventuale reiterazione delle condotte) e di carattere oggettivo (effetti pregiudizievole sull'attività della Autorità e valore del contratto pubblico cui la violazione si riferisce).

Tale opera di bilanciamento degli interessi coinvolti mostra una propensione plurifunzionale della sanzione, dal momento che, se la stessa avesse una finalità unicamente afflittiva, non sarebbe necessario indagare anche gli effetti pregiudizievoli della violazione sull'attività della Autorità, ma sarebbe sufficiente limitarsi alla verifica degli indici, per così dire, soggettivi.

Tuttavia, la circostanza che il legislatore abbia, anche per ragioni di sinteticità, richiamato l'applicazione dei principi della l. n. 689/1981 pare consentire l'utilizzo dei principi ivi disciplinati solo in quanto compatibili con la disciplina in materia di contratti pubblici e, comunque, non consente di desumere un carattere di necessaria afflittività delle sanzioni strumentali.

In effetti, il legislatore ben avrebbe potuto dettare i principi regolatori dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità nel codice dei contratti pubblici senza effettuare un rinvio alla l. n. 689/1981 come, peraltro, già previsto nel codice previgente²⁵.

²³ Cfr. art. 21, comma 2, del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

²⁴ Cfr. art. 21, comma 1, lett. c) del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

²⁵ Cfr. art. 8, comma 4 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che dispone: “il regolamento dell'Autorità disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a

Peraltro, è l'art. 12 della l. n. 689/1981 che consente l'applicazione dei principi della stessa solo "*in quanto applicabili*" e "*salvo che non sia diversamente stabilito*". Secondo una parte della dottrina, con la clausola di compatibilità ("*in quanto applicabili*") il legislatore avrebbe fatto riferimento a delle ipotesi di incompatibilità intrinseca tra un particolare tipo di sanzione pecuniaria e la disciplina contenuta nel primo capo della legge; mentre, con la clausola di sussidiarietà ("*salvo che non sia diversamente stabilito*") il legislatore avrebbe preso in considerazione quelle deroghe espressamente disposte da altre norme contenute nella stessa o in diverse leggi²⁶.

In altri termini, se si indagano le disposizioni del codice dei contratti pubblici che stabiliscono i comportamenti illeciti alla cui violazione può far seguito una sanzione pecuniaria, si nota che le sanzioni sono previste unicamente a garanzia di interessi strumentali della amministrazione, ossia del corretto svolgimento del potere amministrativo e, pertanto, il richiamo ai principi della l. n. 689/1981 non può che essere consentito nel rispetto della clausola di compatibilità intrinseca con la diversa funzione che le sanzioni svolgono.

La peculiarità degli interessi protetti, dunque, giustifica una particolare conformazione del potere sanzionatorio.

Il carattere di afflittività/punizione nei confronti del trasgressore non si pone come un fine della sanzione pecuniaria, ma ne costituisce un effetto, che comporta una diminuzione della sfera patrimoniale del trasgressore per aver adottato (o omesso ingiustificatamente) una determinata condotta a scapito del tempestivo, efficace e, più in generale, corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

La circostanza che l'afflittività sia un effetto (e non lo scopo) della sanzione strumentale non esclude che debbano essere fissati degli indici per graduare la sanzione pecuniaria nei confronti del trasgressore. Al contrario, la previsione di indici prestabiliti per definire la misura della sanzione da irrogare appare necessaria a

difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti".

²⁶ R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, VI ed., tomo II, Padova, 2016, p. 1128.

garantire la parità di trattamento e il rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione della sanzione stessa, il cui fondamento può ricavarsi, a livello costituzionale, negli articoli 3 e 97 della Costituzione.

Un altro aspetto rilevante della potestà sanzionatoria strumentale dell'Autorità nazionale anticorruzione pare essere la formulazione utilizzata dal codice dei contratti pubblici nell'individuare i presupposti del potere.

In effetti – fatte salve le specifiche ipotesi sopra richiamate nelle quali si rinvia all'applicazione delle sanzioni pecuniarie dell'art. 213 – l'art. 213, comma 13 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 legittima l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità senza indicare una specifica fase della procedura nella quale l'Autorità può esercitare il potere ovvero degli specifici documenti o informazioni la cui mancata ostensione o falsificazione determina l'esercizio dello stesso. Piuttosto, il legislatore, formulando una disposizione in bianco, legittima l'esercizio del potere sanzionatorio in ogni momento della procedura per qualsiasi documento, informazione o dato utile al corretto esercizio dell'attività amministrativa.

Così, l'Autorità può individuare l'oggetto della sua richiesta, il soggetto cui è rivolta e il momento o la fase in cui effettuarla.

La scelta, comunque, deve essere guidata dai principi generali dell'attività amministrativa e, tra questi, dal principio di proporzionalità. Quest'ultimo, nonostante non espressamente previsto dalla l. n. 689/1981²⁷, si ritiene generalmente applicabile anche ai procedimenti sanzionatori amministrativi dal momento che l'art. 1, comma 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 impone a tutti i procedimenti amministrativi il rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali quello di proporzionalità²⁸. Inoltre, il codice dei contratti pubblici, all'art.

²⁷ Secondo S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 267, "Il principio in questione [di proporzionalità] si ricava inoltre dalla l. 689 del 1981, che impone all'Autorità sanzionatrice di considerare attentamente la gravità dell'illecito e la condotta del trasgressore (si pensi, in particolare, all'art. 11 di detta legge che ha riguardo alla gravità della violazione e all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, oltre che alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche)".

²⁸ Si leggano le considerazioni di A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri* cit., p. 222, secondo cui "nonostante le caratteristiche di

84, comma 10, fa espresso riferimento all'utilizzo del principio di proporzionalità e di adeguatezza per valutare la gravità della fattispecie nel procedimento di applicazione della sanzione.

Ebbene, il principio di proporzionalità, quando applicato al potere sanzionatorio strumentale, dovrebbe operare sia come criterio guida dell'attività, sia come canone da rispettare nella applicazione della sanzione.

Sotto il primo profilo, la richiesta di dati, informazioni e documenti da parte della Autorità nazionale anticorruzione nei confronti degli operatori economici e degli altri soggetti destinatari delle richieste dovrebbe essere ispirata al principio di proporzionalità e, in particolare, ai tre elementi della idoneità, necessità e adeguatezza della richiesta, in un'ottica di bilanciamento tra le esigenze ispettive, gli interessi dei privati (es. la riservatezza) e il principio di non aggravamento del procedimento.

Sotto il secondo profilo, il principio di proporzionalità dovrebbe guidare l'Autorità nella determinazione del *quantum* sanzionatorio da irrogare tra il minimo e il massimo edittale stabilito dalla legge e variabile a seconda dell'ipotesi di mancata (ingiustificata) ostensione della documentazione richiesta o di falsificazione della stessa. Come sopra evidenziato la concreta commisurazione della sanzione è affidata a degli indici di carattere soggettivo e oggettivo, tra i quali la proporzionalità e la adeguatezza della sanzione.

Pertanto, se la finalità della sanzione pecuniaria strumentale è quella di garantire gli interessi procedimentali della amministrazione con conseguenze sfavorevoli in termini economici per i trasgressori, l'irrogazione di una sanzione eccessivamente afflittiva o punitiva potrà essere un indizio della sua illegittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità ma non potrà

specialità della legge antitrust e del Regolamento in materia di procedure istruttorie, la l. n. 241/1990, in quanto legge che contiene i «principi generali dell'ordinamento» trova applicazione secondo i normali criteri di applicazione della legge di cui alle Disposizioni (sulla legge in generale) preliminari al Codice civile, ed in particolare dell'art. 14. Le norme generali sul procedimento amministrativo trovano quindi applicazione nei limiti in cui non sono derogate e quindi non risultino incompatibili con la disciplina speciale contenuta nella l. n. 287/1990 (...)”.

ontologicamente mutare la sua natura da sanzione amministrativa in sanzione sostanzialmente penale.

Da ciò potrebbe forse ricavarci, in termini più generali, la opportunità di recuperare uno spazio autonomo della sanzione amministrativa pecuniaria anche economicamente molto elevata in ragione della circostanza che l'interesse perseguito non è la punizione del trasgressore, bensì è il regolare svolgimento dell'attività amministrativa. In altri termini, ciò che connota la sanzione strumentale è la sua finalità di tutela dello svolgimento dell'attività amministrativa e, pertanto, alla stessa sono estranee finalità di punizione dei soggetti che pongono in essere comportamenti antigiuridici, pur essendo previste conseguenze economiche aventi una finalità dissuasiva.

4. Conclusioni

L'analisi svolta in merito al potere sanzionatorio della Autorità nazionale anticorruzione nella materia dei contratti pubblici consente di valorizzare il collegamento strumentale tra la sanzione amministrativa pecuniaria e la garanzia del corretto ed effettivo svolgimento del potere.

L'approfondimento teorico della sanzione amministrativa è stato profondamente influenzato da una serie di fattori, tra i quali l'assenza di una univoca definizione del concetto di sanzione²⁹, i processi di depenalizzazione, l'assenza di una disciplina generale in materia prima della l. n. 689/1981, l'attribuzione di poteri sanzionatori alle Autorità amministrative indipendenti e la più recente influenza delle fonti sovranazionali.

Inizialmente, gli studi dottrinali sono stati concentrati sulla individuazione degli elementi distintivi della sanzione amministrativa da quella penale e civile e sulla analisi delle peculiarità della sanzione amministrativa rispetto ad altri atti sfavorevoli adottabili dalla pubblica amministrazione a fronte della violazione di norme o provvedimenti amministrativi. Più di recente, invece, il potere sanzionatorio amministrativo è stato oggetto di approfondite riflessioni legate alla sovrapposizione della disciplina CEDU con quella nazionale in tema di garanzie

²⁹ N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. D.I.*, vol. XVI, 1969, pp. 530 ss.; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, pp. 223 ss.

sostanziali e procedurali da rispettare per le sanzioni amministrative considerate di natura sostanzialmente penale alla stregua del diritto sovranazionale.

Tra la molteplicità di tesi proposte in dottrina³⁰, ai fini del presente contributo appaiono di assoluto interesse quelle che hanno valorizzato la funzione della sanzione amministrativa quale strumento di perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla cura della pubblica amministrazione.

In particolare, la sanzione amministrativa, lungi dal poter essere considerata esclusivamente uno strumento di attuazione dei precetti di legge con finalità afflittiva e general preventiva, viene altresì in rilievo quale mezzo di attuazione della attività amministrativa volto al perseguire l'interesse pubblico, a garantire il corretto svolgimento del potere e, talvolta, a regolare particolari settori del mercato.

Una conferma in tal senso si rinviene nella disciplina dei contratti pubblici e, in particolare, nel potere attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione di irrogare sanzioni pecuniarie in caso di omissioni o di ritardi ingiustificati nella ostensione della documentazione richiesta ovvero in caso di presentazione di falsa documentazione.

Tale potere non pare essere attribuito con finalità afflittive-punitive nei confronti dei trasgressori, bensì per assicurare il regolare, rapido, corretto, effettivo svolgimento del procedimento amministrativo al fine di garantire il buon andamento, la trasparenza dell'azione amministrativa e la scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione³¹. Tramite l'esercizio del potere sanzionatorio, l'Autorità cura

³⁰ Per una approfondita analisi delle varie tesi dottrinali si legga G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa* cit., pp. 45-143.

³¹ Appare interessante notare che un simile profilo è stato evidenziato con riferimento alla sanzione disciplinare da G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva* cit., p. 98, secondo il quale "in altri termini, mediante la sanzione disciplinare l'amministrazione mira a prevenire il verificarsi di condotte che, cagionando una disfunzione organizzativa, sono, almeno potenzialmente, in grado di ritardare o impedire all'amministrazione l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico, come pure di influire sulla percezione che i terzi, ed in particolare i destinatari dell'azione, hanno circa il modus agendi dell'amministrazione, finendo con l'influire anche in quest'ultima ipotesi, sull'efficacia dell'azione amministrativa".

l'interesse pubblico alla conoscenza di informazioni rilevanti nella scelta dei futuri contraenti³².

Lo stretto collegamento tra sanzione e interesse pubblico strumentale e la formulazione in bianco della norma attributiva del potere sanzionatorio connotano la finalità del potere sanzionatorio.

Tale affermazione potrebbe comportare delle conseguenze sul modo di esercizio del potere tra le quali l'apertura a spazi di discrezionalità nell'*an* e nel *quantum* della sanzione pecuniaria irraggiungibile nel rispetto dei canoni dell'azione amministrativa.

Se lo scopo della sanzione amministrativa pecuniaria è la tutela dell'interesse strumentale al corretto svolgimento del potere, l'Autorità titolare del potere dovrebbe forse poter valutare discrezionalmente l'opportunità dell'utilizzo di tale strumento per il perseguimento dell'interesse procedimentale, oltre a poter graduare l'entità della sanzione in ragione della turbativa degli interessi pubblici³³.

In conclusione, la peculiare finalità che connota la sanzione amministrativa strumentale si riflette sulla natura del potere sanzionatorio attribuito alla amministrazione, espressione dello svolgimento di attività amministrativa strumentale alla tutela di interessi pubblici.

³² M.L. CHIMENTI, *Le sanzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti* cit., p. 1058 secondo la quale "(...) il potere di sanzionare con provvedimento amministrativo l'omessa o non veritiera trasmissione di dati richiesti, già riconosciuto ad altre autorità indipendenti, è connesso al rispetto dell'obbligo di comunicare gli elementi di informazione necessaria per l'esercizio delle primarie funzioni di vigilanza della Autorità stessa".

³³ Sulla possibilità di perseguire interesse pubblici tramite l'esercizio del potere sanzionatorio dell'ANAC, M. CORRADINO - G.F. LICATA, *Autorità nazionale anticorruzione*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici* cit., pp. 504-505, secondo i quali "la constatazione di un'attività comunque valutativa all'interno delle dinamiche sanzionatorie dell'ANAC pone un rapporto di distinzione tra tali sanzioni e gli altri mezzi di coercizione diretta della pubblica amministrazione al cospetto dell'accertamento degli illeciti. Qui, infatti, non vi è potestà meramente punitiva in quanto (anche) attraverso l'esercizio e la modulazione della potestà sanzionatoria l'ANAC può tutelare pubblici interessi, precisamente mediante un'attività che è (insieme o alternativamente) pedagogica, dissuasiva e correttiva".

L'ESTENSIONE DELLE GARANZIE PENALI ALLE SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PUNITIVE*

STEFANIA TREDICI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sanzioni penali e sanzioni amministrative: modello dicotomico o onnicomprensivo? – 3. La progressiva estensione delle garanzie convenzionali. – 3.1 Estensione della garanzia del *ne bis in idem* e del diritto a un giusto processo. – 3.2 Il consolidamento dell'approccio sostanziale teso all'estensione delle garanzie convenzionali. – 4. Una battuta d'arresto: l'inapplicabilità dell'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 alle sanzioni amministrative punitive. – 5. La difficile estensione della garanzia dell'applicazione retroattiva della *lex mitior*. – 5.1 Le pronunce che negano l'applicabilità della *lex mitior*. – 5.2 La svolta sulla retroattività favorevole: Corte costituzionale n. 63 del 2019. – 6. La rilevata omogeneità punitiva degli illeciti penali e amministrativi in successione: Corte costituzionale n. 223 del 2018. – 7. Estensione del principio "*nemo tenetur se detegere*". – 8. Estensione del principio di proporzionalità della sanzione. – 9. Conclusioni.

Abstract: The purpose of this contribution is to acknowledge the process of gradual extending of the criminal guarantees to essentially afflictive administrative sanctions. We therefore witness a partial assimilation of the two types of sanctions, based on the shared opinion that the exercise of an intrinsically sanctioning power, regardless of its formal aspects, must be suitably backed by indispensable guarantees in favour of its recipients. Starting from the well-known Grande Stevens arrest, ascertained – in the light of the so-called “Engel criteria” – the eminently punitive nature of the administrative sanctions,

*Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

imposed on the outcome of the proceedings conducted by CONSOB, the need has emerged to ensure the conventional guarantee of the *ne bis in idem* principle, sanctioned by Art. 4, Prot. 7 ECHR, also with respect to proceedings of a formally “non-criminal” nature. Likewise, on the basis of the considered identity of effects of the two types of sanctioning measures, the Constitutional Court advocated the extension of the guarantee of the retroactive application of the more lenient penalty, aimed at individuals, to substantially punitive administrative sanctions. Finally, the same Court advocated the extension of the proportionality of the sanctioning response and the right to silence to the application procedure of punitive administrative sanctions.

1. Introduzione

Il processo di progressiva assimilazione, sul piano funzionale ed effettuale, tra sanzioni penali ed amministrative ha condotto al superamento della impostazione dogmatica tradizionale che esaltava, invece, l’alterità delle due categorie.

La rilevata omogeneità punitiva delle due tipologie di illeciti pone oggi, invece, la necessità di vagliare la problematica estensione di tutele e garanzie originariamente concepite per il solo diritto penale alle sanzioni amministrative. Percorso stimolato dalla giurisprudenza sovranazionale che, mediante un processo di osmosi dinamica con principi e garanzie riconosciuti anche dall’ordinamento interno, ha contribuito decisamente alla penetrazione ed implementazione di un sistema punitivo garantista, applicabile tanto alle pene in senso stretto quanto alle sanzioni amministrative afflittive.

Nella definizione dello statuto garantista del “*diritto punitivo*”, certamente assume un peso la distanza concettuale dei modelli cui sono ispirati l’ordinamento interno e quello sovranazionale. La concezione monistica, propria delle Corti sovranazionali, consente *de plano*

un'estensione agli illeciti intrinsecamente punitivi delle garanzie proprie del diritto penale; l'approccio formalistico, che connota il nostro ordinamento, impone, invece, una differenziazione tanto nominalistica quanto di disciplina tra sanzione penale ed amministrativa.

Proprio la contrapposizione dialettica tra questi due modelli ha determinato un recepimento graduale delle garanzie convenzionali, la cui intensità e il cui ambito applicativo vengono definiti all'esito di un necessario confronto con il sistema nazionale. Tanto impone una trasposizione delle garanzie in questione diversamente modulata in funzione della *ratio* sottesa ad ognuna di esse.

Per tali ragioni, a seguito di una preliminare disamina sul complesso rapporto tra sanzioni penali ed amministrative, si procederà partitamente all'analisi delle singole garanzie convenzionali e del loro recepimento nell'ordinamento interno.

2. Sanzioni penali e sanzioni amministrative: modello dicotomico o onnicomprensivo?

Tradizionalmente, il nostro ordinamento ha accolto un modello dogmatico dualistico, incentrato su una profonda differenziazione tra sanzioni penali ed amministrative. Tale distinzione, funzionale a non irrigidire eccessivamente il sistema amministrativo, improntato a maggiore flessibilità e dinamismo operativo, precludeva un'estensione capillare delle garanzie sostanziali e procedurali dettate dal legislatore per l'applicazione della sanzione penale.

Tale constatazione evidenzia la necessità di rinvenire un chiaro criterio discrezionale tra sanzioni penali e amministrative, al fine di individuare i referenti costituzionali sottesi ai due paradigmi punitivi e delineare i canoni di garanzia sostanziale e procedimentale afferenti a ciascuno dei due sistemi.

Tuttavia, la difficoltà di individuare con nettezza dei caratteri differenziali discende tanto dall'assenza di parametri normativi perspicui, quanto dai frequenti interventi mediante i quali il legislatore ha depenalizzato taluni illeciti penali,

trasformandoli poi nuovamente in reati¹. Tali interventi normativi, infatti, sembrano sintomatici di una sostanziale omogeneità funzionale più che di una netta frattura categoriale tra le due tipologie di sanzioni.

Nondimeno, la dottrina, in un annoso sforzo definitorio, è riuscita a tracciare dei criteri di differenziazione, che possono compendiarsi prevalentemente in due grandi orientamenti. I fautori delle teorie sostanziali rievocano criteri fondati sull'oggettività giuridica della norma, sul bene giuridico e sull'interesse tutelato; mentre i sostenitori dei criteri formali incentrano la distinzione sulla tipologia di sanzione comminata, sul *nomen iuris* prescelto dal legislatore, sul tipo di procedimento previsto per l'irrogazione della sanzione e sull'autorità competente a disporla.

Tuttavia, il criterio che registra maggior consenso in dottrina è quello fondato sulla diversa natura della sanzione inflitta. Invero, solo le sanzioni penali incidono su valori fondamentali, quali la libertà individuale che, per espressa previsione costituzionale (art. 13 Cost.), può essere legittimamente compressa solo per effetto di provvedimenti giurisdizionali e mai meramente amministrativi. Le pene in senso stretto, inoltre, sono foriere di uno stigma indelebile di natura etico-sociale, in grado di compromettere l'immagine sociale del reo e comportano effetti giuridici ulteriori, potenzialmente in grado di incidere sulla futura condizione del condannato².

Le sanzioni amministrative, invece, si limitano ad incidere su beni di natura prevalentemente patrimoniale, non implicando le conseguenze afflittive ordinariamente riconnesse all'applicazione di una pena in senso stretto e, per tali ragioni, soggiacciono alle sole prescrizioni poste dall'art. 23 Cost.

Orbene, l'asserita eterogeneità dei due modelli di illecito ha, tradizionalmente, condotto all'applicazione di un diverso statuto di garanzie. In particolare, i principi di cui agli artt. 25 e 27 Cost. si ritenevano applicabili ai soli illeciti penali, sulla scorta di plurime considerazioni fondate, essenzialmente, sulla necessità di evitare che l'estensione delle garanzie penalistiche

¹ Cfr. sul punto A. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. con.*, 3/2016, p. 257.

² Si pensi all'iscrizione nel casellario giudiziale, alla dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato, alla disciplina della recidiva ecc.

pregiudicasse la funzionalità, celerità e semplificazione che connotano il sistema punitivo amministrativo.

Oltretutto, si evidenziava che l'omologazione delle tutele, con il relativo aggravio procedimentale, avrebbe depotenziato l'effettività e la funzionalità degli interventi di depenalizzazione, volti invece ad assicurare maggiore speditezza nell'applicazione di una sanzione di minor rigore. Si affermava, infatti, una sorta di parallelismo tra intensità delle garanzie e gravità della sanzione irrogata, ritenendosi che la *“riduzione del livello di garanzie è considerata la fisiologica compensazione della perdita di rilevanza penale del fatto”*³.

La stessa giurisprudenza faceva pedissequa applicazione di tali principi, negando fermamente l'estensione dello statuto costituzionale della pena alle sanzioni amministrative, sulla scorta di un'asseverata eterogeneità ontologica e funzionale. Chiara esplicitazione di tale indirizzo si coglie in una risalente pronuncia della Corte costituzionale che, testualmente, afferma che: *“l' illecito amministrativo e, per relationem, la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art. 25, secondo comma e art. 27 della Costituzione che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa) nonché dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello disegnato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla legge 24 novembre 1981, n. 689”*⁴.

Occorre, tuttavia, evidenziare che l'attitudine del criterio formale a segnare una differenza reale tra le due sanzioni è stata progressivamente ridimensionata, per ragioni imputabili tanto alla legislazione interna quanto alla giurisprudenza sovranazionale, che ha fortemente contribuito a scardinare questo sistema qualificatorio, imponendo una rivisitazione delle tradizionali categorie dogmatiche.

Sul primo versante, si può segnalare la presenza di numerosi interventi normativi, che hanno conferito alla sanzione amministrativa una caratterizzazione in senso marcatamente afflittivo, che prima non le competeva. Il considerevole incremento del trattamento sanzionatorio, unitamente alla

³ A. GARGANI, *Depenalizzazione e “materia penale”*. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza, in *disCrimen*, 3 luglio 2019, p. 4.

⁴ C. cost., 21 aprile 1994, n. 159.

predisposizione di misure punitive in precedenza sconosciute, ha indotto parte della dottrina⁵ a rinvenire in tali dati un sicuro indice della metamorfosi in atto delle sanzioni amministrative.

In questa prospettiva, si è affermato che esisterebbe, in realtà, un unico sistema generale del diritto punitivo, che si articolerebbe internamente in due ulteriori sottosistemi, quello del diritto penale in senso stretto e quello del diritto punitivo amministrativo⁶. Assunto che sembra corroborato dall'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689 che, nell'utilizzare il criterio infrasistemico di specialità al fine di disciplinare il concorso apparente di sanzioni penali e amministrative, sembra postulare l'appartenenza di entrambe ad un unico *genus* punitivo⁷.

Proprio sulla scorta di tale ispirazione, ha visto la luce la legge appena citata, che ambisce a porsi quale paradigma sistematico di riferimento nella disciplina delle sanzioni amministrative, alle quali estende alcune delle tradizionali garanzie riservate dalla Costituzione all'illecito penale⁸. Nonostante tale progressiva assimilazione, dottrina e giurisprudenza⁹ hanno dato continuità all'orientamento formale che esaltava le divergenze esistenti tra i due modelli, inibendo l'estensione delle garanzie penali alle sanzioni amministrative.

Un sostanziale cambio di prospettiva è, invece, imputabile alle pronunce rese dalle Corti sovranazionali che, prescindendo da qualificazioni formali, con approccio sostanzialistico, hanno ravvisato un'ontologica omogeneità tra le due tipologie di illecito e, correlativamente, hanno perorato un'estensione del regime garantista, previsto dall'ordinamento nazionale per le sole pene, alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive. L'elemento essenziale di tale approdo interpretativo consiste nella riqualificazione della natura di talune sanzioni

⁵ In tal senso, esaurientemente A. CHIBELLI, *Op. cit.*, pp. 259 ss.

⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, pp. 945 ss.

⁷ Sul punto, C. E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, pp. 309 ss.

⁸ Si vedano, in tal senso, i primi articoli della l. 24 novembre 1981, n. 689 che estendono all'illecito amministrativo il principio di legalità, di irretroattività sfavorevole, la necessità che il colpevole sia soggetto imputabile, la disciplina del concorso di persona ecc.

⁹ Per una rassegna delle decisioni fondate sulla differenziazione delle due sanzioni v. I. NACCI, *Rassegna di giurisprudenza sulle sanzioni amministrative (anni 1995-1999)* in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 262.

amministrative, che esibiscono un contenuto talmente afflittivo da potersi considerare ontologicamente penali.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, propugna l'uniforme applicazione delle garanzie penalistiche ad ogni istituto che rappresenti espressione del diritto punitivo complessivamente considerato, superando quelle differenze qualificatorie su cui si fonda la persistente differenziazione di regime operata dalla giurisprudenza nazionale.

A partire dal noto caso *Engel*¹⁰, la Corte di Strasburgo ha enucleato i criteri sostanziali che devono ricorrere, anche in via alternativa, affinché una sanzione amministrativa possa considerarsi sostanzialmente penale. In particolare, vengono in rilievo la natura della sanzione, che deve perseguire finalità punitive e deterrenti e non meramente risarcitorie, e la gravità del trattamento sanzionatorio. La qualificazione della misura operata da ciascuno Stato membro rileva, invece, in via meramente sussidiaria, ovvero soltanto quando consenta l'applicabilità delle garanzie convenzionali in materia penale, in difetto degli alti requisiti sostanziali richiesti dalla giurisprudenza convenzionale.

Non è un caso, infatti, che l'emersione di questo approccio sostanzialistico sia geneticamente connesso al manifestarsi di ampi fenomeni di depenalizzazione. Al fine di evitare che la degradazione di numerose fattispecie delittuose in illeciti amministrativi si traduca in una surrettizia elusione delle garanzie costituzionali dettate per la pena, viene elaborata una nozione di sanzione che trascende le qualificazioni nazionali e contrasta efficacemente i fenomeni di "truffa delle etichette".

Occorre, nondimeno, valutare con quale intensità le garanzie convenzionali vadano applicate e se la loro incidenza sia modulabile in ragione del tipo di sanzione che viene in rilievo¹¹. A tal proposito fornisce illuminanti chiarimenti la sentenza *Jussilla* del 2006¹², nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo esplicita che la qualificazione in termini penali di una determinata sanzione è determinante ai fini dell'*an* dell'applicazione delle garanzie convenzionali; tuttavia, la definizione del *quomodo* o del *quantum* sono rimesse a valutazioni che concernono il caso di specie e che devono essere

¹⁰ C. eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

¹¹ Cfr. A. GARGANI, *Op. cit.*, pp. 7 ss.

¹² C. eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, *Jussilla c. Finlandia*, ricorso n. 73053/01.

dirette, su base equitativa, a determinare un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco. Se, dunque, il cd. “nucleo duro” del diritto penale è certamente destinato a trovare applicazione in tali fattispecie, non necessariamente lo sono le tutele collaterali, specie di natura procedimentale.

Tale pronuncia sembra sottendere una graduabilità delle garanzie convenzionali in ragione della situazione concretamente manifestatasi e pone l’ulteriore, e complessa, questione di attendere all’esatta individuazione di quali garanzie, certamente estensibili alle sanzioni amministrative punitive, integrino il nucleo essenziale del diritto penale e quali, invece, assumano un carattere accessorio.

L’esame della questione, dunque, non può che essere casistico ed incentrato sulla portata ed il valore della singola garanzia.

3. La progressiva estensione delle garanzie convenzionali

3.1 Estensione della garanzia del ne bis in idem e del diritto a un giusto processo

Gli enunciati diritti presentano una stretta afferenza al diritto penale in senso stretto e, in ragione della loro incidenza riflessa sul valore primario della libertà individuale, sono sempre stati ritenuti inapplicabili alle sanzioni formalmente amministrative.

A fornire l’occasione per una riconsiderazione globale di questa prospettiva, è stata la disciplina dettata dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 in tema di *market abuse*, nel tempo oggetto di numerose pronunce che hanno consentito, anche alla giurisprudenza interna, di estendere – sulla scorta dei criteri *Engel* – alle sanzioni amministrative punitive numerose garanzie di matrice penale.

L’intervento della Corte europea dei diritti dell’uomo¹³ si è reso necessario al fine di scrutinare la validità del sistema di repressione degli abusi di mercato fondato sul principio del doppio binario sanzionatorio¹⁴. Al fine di predisporre strumenti di adeguato contrasto a tale fenomeno delittuoso, rientra nella discrezionalità del legislatore la possibilità di articolare un

¹³ C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

¹⁴ La medesima condotta assurgeva tanto ad illecito penale (art. 185 t.u. fin.) quanto ad illecito amministrativo (art. 187 t.u. fin.).

sistema repressivo composito, che possa condurre alla contestuale applicazione di pene e sanzioni amministrative. Se, dunque, la comminatoria congiunta di tali misure appare scelta legislativa insindacabile nel merito, occorre valutare se, in concreto, il soggetto possa subire l'applicazione delle due sanzioni, per effetto del dispiegarsi di un duplice procedimento, o se tale prospettiva sia scongiurata dalla possibile estensione della garanzia penale del *ne bis in idem* anche alle sanzioni amministrative.

Con approccio metodologico destinato a porsi a fondamento di tutte le pronunce estensive delle garanzie convenzionali, la Corte ha, in primo luogo, proceduto ad effettuare una congrua qualificazione delle sanzioni amministrative previste dal t.u. fin. ed irrogate dalla CONSOB, rilevandone la natura essenzialmente penale. La severità che le connota manifesta un'evidente finalità repressiva e di deterrenza, inconciliabili con una prospettiva meramente riparatoria.

Acclarata la natura essenzialmente penale della misura prevista, non poteva che conseguirne l'ineludibile applicazione delle garanzie convenzionali.

Dunque, la Corte ha precisato che, sebbene le sanzioni di cui all'art. 187 *ter* t.u. fin. siano applicate all'esito di un procedimento amministrativo, il grado di afflittività che le connota impone l'estensione delle garanzie penali, con la conseguenza di dover precludere la celebrazione di un nuovo procedimento, destinato a concludersi con l'applicazione di una sanzione sostanzialmente punitiva, per un fatto già in precedenza oggetto di accertamento in sede penale. L'estensione della garanzia prevista dall'art. 4 Prot. 7 CEDU si giustifica alla luce dell'esigenza di evitare che per il medesimo fatto, sebbene diversamente qualificato, vengano celebrati plurimi procedimenti, ben potendo, invece, procedersi all'applicazione congiunta delle varie sanzioni previste, purché complessivamente disposte all'esito di un unico procedimento¹⁵.

Nella medesima sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, altresì, ravvisato la violazione, ad opera della normativa italiana sugli abusi di mercato, dell'art. 6 CEDU, che impone il rispetto di indefettibili garanzie di natura procedurale.

¹⁵ Cfr. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 1/2015, pp. 1 ss., che evidenzia le differenze sussistenti tra *ne bis in idem* sostanziale e *ne bis in idem* processuale.

La portata dirompente della sentenza in commento risiede nell'aver esteso, per la prima volta, prerogative e diritti tradizionalmente riservati ad un ambito strettamente processuale ai procedimenti diretti all'emanazione di sanzioni formalmente amministrative. Invero, il riferimento ad un "tribunale indipendente ed imparziale", di cui all'art 6 CEDU, era sempre stato valorizzato al fine di perorare l'inesistibilità di tale garanzia a procedimenti avulsi da un contesto giurisdizionale. Tuttavia, l'approccio sostanzialistico che connota l'ermeneusi della Corte EDU impone che vengano assicurate le garanzie convenzionali di stampo processuale, anche se il procedimento è destinato a svolgersi innanzi a un organo non definibile "tribunale" e privo dei caratteri di terzietà e imparzialità di quest'ultimo.

Tale conclusione giustificherebbe una piena giurisdizionalizzazione della fase procedimentale, diretta ad assicurare, anche in quella sede, un contraddittorio integro, parità delle armi tra le parti e la netta separazione tra organo istruttorio e giudicante. La Corte, invece, assume una posizione più flessibile che consente che il procedimento amministrativo, preordinato all'emanazione della sanzione afflittiva, si svolga secondo le modalità previste dalla legislazione nazionale, purché successivamente, con funzione correttiva, una Corte imparziale, munita di *full jurisdiction*¹⁶, possa rivisitare integralmente la decisione assunta dall'organo amministrativo, così assicurando il rispetto di tutte le garanzie prescritte dall'art. 6 CEDU¹⁷.

Pertanto, rilevato che, nel caso di specie, il procedimento svoltosi innanzi alla CONSOB risultava inficiato da numerose violazioni dell'art. 6 CEDU (quali le carenze del contraddittorio, l'assenza di una pubblica udienza, l'impossibilità di esaminare i testimoni), si è stabilito che la decisione cui è pervenuta l'autorità di vigilanza dovesse essere sottoposta al pieno scrutinio di un organo giurisdizionale imparziale ed indipendente.

¹⁶ In tal senso cfr. C. eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l c. Italia*, ricorso n. 43509/08.

¹⁷ In merito alla nozione di pena e ai poteri del giudice cfr. M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement* (Dlgs n. 3/2017), in *Federalismi*, 18 aprile 2018.

3.2 *Il consolidamento dell'approccio sostanziale teso all'estensione delle garanzie convenzionali*

Dalle considerazioni riportate emerge la tendenza della giurisprudenza sovranazionale – e, correlativamente, di quella interna – a trasporre talune essenziali garanzie di matrice penale anche alle sanzioni amministrative ontologicamente afflittive, adducendo l'omogeneità funzionale delle rispettive misure. Tale approccio ha indotto ad effettuare una rilettura anche di diritti e prerogative già riconosciuti dal legislatore nazionale alle sanzioni amministrative.

Si pensi ai principi di legalità ed irretroattività della sanzione amministrativa, enunciati all'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che andranno riletti alla luce dell'art 7 CEDU, che impone una valorizzazione degli aspetti qualitativi della legalità, quali l'accessibilità e la determinatezza del precetto imposto ai consociati. Inoltre, anche la giurisprudenza comunitaria, in numerosi arresti, ha ormai riconosciuto la piena estensibilità della garanzia del *ne bis idem* (art. 50 CDFUE) alle sanzioni amministrative, sostanzialmente afflittive, nonché la necessità di assicurare insopprimibili garanzie procedurali (art. 47 CDFUE).

Può, dunque, asserirsi che esiste ormai un “*acquis*” sovranazionale sulla natura essenzialmente afflittiva di alcune sanzioni amministrative e sulla necessità di estendervi, in prospettiva garantista, talune delle tutele riservate dalla legislazione nazionale alle pene in senso stretto¹⁸.

Tuttavia, è possibile riscontrare, in tale processo evolutivo, una battuta d'arresto, segnata da alcune pronunce che hanno negato la potenziale estensione alle sanzioni amministrative di tutele che, pur non afferendo al “nucleo duro” delle garanzie penali (i.e legalità e irretroattività sfavorevole) concorrono a delineare una disciplina di maggior favore per il condannato.

4. Una battuta d'arresto: l'inapplicabilità dell'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 alle sanzioni amministrative punitive

Le criticità connesse all'estensione delle garanzie previste dall'ordinamento nazionale per le pene a sanzioni

¹⁸ Cfr. E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 22/2019.

amministrative, di carattere sostanzialmente afflittivo, sono state esplicitate dalla Corte costituzionale con sentenza 24 febbraio 2017, n. 43.

La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 30, comma 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87 che, nel prevedere che “*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali*” omette di estendere tale effetto anche alle sanzioni amministrative punitive, inflitte sulla scorta di una disposizione normativa poi caducata, per effetto della sua riscontrata incostituzionalità.

Tale lacuna aveva indotto a dubitare della legittimità costituzionale della disposizione in esame, per violazione degli articoli 117 Cost., comma 1, in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, 25 Cost., comma 2, e 3 Cost. Il giudice rimettente, infatti, assumeva che, data la sostanziale omogeneità funzionale tra sanzione amministrativa punitiva e penale, le garanzie concernenti la seconda dovessero estendersi alla prima, conducendo, pertanto, in applicazione dell'art. 30 della predetta legge, alla rimozione del giudicato di condanna ad una misura amministrativa fortemente afflittiva, fondato su una norma dichiarata incostituzionale.

Si osservava, infatti, che sulla scorta dei criteri Engel, la sanzione amministrativa manifestava un indubbio carattere punitivo, in ragione del suo cospicuo ammontare e della finalità repressiva e preventiva cui era orientata. La prospettiva meramente risarcitoria risultava, dunque, assorbita dal prevalente obiettivo di approntare un'efficace risposta punitiva al fenomeno dello sfruttamento del lavoro, secondo il teleologismo proprio delle autentiche sanzioni penali.

Acclarata la natura sostanzialmente penale della misura, risultava ineludibile l'applicazione delle garanzie convenzionali codificate all'art. 7 CEDU che impone, in primo luogo, che i reati e le correlative sanzioni siano sempre previsti dalla legge.

Secondo il ragionamento del giudice *a quo*, nel caso di specie, l'eliminazione della disposizione normativa, per effetto della pronuncia di incostituzionalità, caducando la base legale della sanzione inflitta, avrebbe determinato la consequenziale violazione del principio “*nulla poena sine lege*”, enunciato all'art. 7 CEDU. Tuttavia, la doverosa rimozione degli effetti del trattamento sanzionatorio convenzionalmente illegittimo

risultava preclusa dalla perspicua formulazione letterale dell'art. 30 della l. 11 marzo 1953, n. 87, che circoscrive alle sole sanzioni formalmente penali la garanzia della cessazione degli effetti del giudicato.

Dalle predette considerazioni emergono, secondo il giudice remittente, i profili di incostituzionalità della norma che preclude, illegittimamente, l'estensione delle garanzie previste dall'ordinamento nazionale per sanzioni formalmente penali ad una misura da considerarsi sostanzialmente afflittiva, alla luce dei parametri convenzionali.

La questione, dunque, inerisce nuovamente la problematica definizione di una compiuta disciplina idonea a normare, in senso sufficientemente garantista, il diritto punitivo genericamente inteso.

Nonostante le convincenti argomentazioni proposte dal giudice *a quo*, la Corte ha respinto la questione, ritenendola infondata con riguardo a ciascuno dei parametri di costituzionalità evocati.

In primo luogo, alla luce dell'evoluzione pretoria sul punto, ha ritenuto priva di pregio la censura diretta a denunciare la violazione dell'art. 117 Cost., per il tramite degli articoli 6 e 7 CEDU.

In merito, la Corte osserva che, sebbene debba considerarsi corretta la riqualificazione della sanzione amministrativa in termini penali, tale operazione ermeneutica conduce all'applicazione delle sole garanzie previste dalla CEDU in materia penale e non anche all'attuazione delle ulteriori forme di tutela previste dall'ordinamento interno avverso l'esercizio del potere punitivo. Tale estensione, infatti, rientra nel margine di apprezzamento che compete ad ogni Stato membro, che può legittimamente riservare alle sole sanzioni considerate autenticamente penali le ulteriori garanzie previste dall'ordinamento interno. D'altronde, rappresenta condivisa acquisizione la circostanza che le disposizioni convenzionali siano funzionali a definire una soglia minima di tutela comune, che la legislazione di ogni Stato membro può certamente incrementare in una prospettiva ancor più garantista.

Ebbene, non può non evidenziarsi che nella trama delle garanzie predisposte dalla CEDU non si rivenga alcun istituto in grado di produrre effetti analoghi a quelli contemplati dall'art. 30, comma 4, con la conseguenza di non poter procedere alla rimozione del giudicato di condanna ad una sanzione

amministrativa “punitiva”, in caso di sopravvenuta caducazione della sua base legale.

Considerazioni sostanzialmente analoghe conducono, poi, alla reiezione delle altre censure di incostituzionalità profilate dal giudice *a quo*, con riguardo agli articoli 3 e 25 Cost.

La pronuncia evidenzia, infatti, la sostanziale autonomia dell’ordinamento interno da quello convenzionale, che legittima una trasposizione anche solo parziale delle garanzie concepite dal legislatore nazionale per le pene in senso stretto. L’asseverata diversità dei due sistemi consente di evidenziare l’erroneità della premessa interpretativa da cui muove il giudice remittente, e cioè che le garanzie previste dall’ordinamento interno nei riguardi delle sanzioni penali debbano essere *sic et simpliciter* estese a sanzioni amministrative, qualificabili come penali alla stregua dei canoni convenzionali.

5. La difficile estensione della garanzia dell’applicazione retroattiva della *lex mitior*

Problemi di particolare complessità ha suscitato, altresì, la possibilità di estendere la garanzia dell’applicazione retroattiva della norma più favorevole alle sanzioni amministrative punitive. L’evoluzione pretoria in merito è stata complessa e, prevalentemente, ispirata ad una logica casistica.

Per tali ragioni, a fini espositivi, giova delineare tale *iter* evolutivo in chiave diacronica, distinguendo idealmente tre fasi: la prima, anteriore alle sentenze gemelle del 2007, nella quale la questione viene affrontata prevalentemente sul piano del diritto interno; la seconda, che va da tali pronunce fino alla sentenza 27 marzo 2019, n. 63; ed, infine, l’ultima fase, che prende avvio dall’ultima pronuncia citata, a partire dalla quale la Corte costituzionale sembra propugnare la creazione di un sistema garantistico integrato¹⁹.

Nella prima delle fasi delineate, la Corte costituzionale non ritiene che la mancata estensione del principio della retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative punitive determini un’irragionevole disparità di trattamento ai sensi dell’art. 3 Cost., sull’assunto che rientrerebbe nell’insindacabile discrezionalità

¹⁹ Per un approfondimento di tale classificazione, cfr. E. BINDI - A. PISANESCHI, *Op. cit.*, pp. 18 ss.

del legislatore disporre l'applicazione di tale garanzia solo in riferimento a talune selezionate sanzioni.

La questione comincia ad essere esaminata alla luce della giurisprudenza sovranazionale solo dopo la sentenza *Grande Stevens*, al fine di stabilire se la posizione assunta in sede nazionale sia ancora ammissibile alla luce dei più innovativi sviluppi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Anche in tale fase, non è dato rinvenire un'omogenea presa di posizione delle corti nazionali, potendosi riscontrare distinti approcci interpretativi.

5.1 *Le pronunce che negano l'applicabilità della lex mitior*

Esaminando più approfonditamente le pronunce²⁰ sul punto, occorre muovere, in primo luogo, dalla celebre sentenza della Corte costituzionale, 6 luglio 2016, n. 193.

Nel caso di specie, il giudice *a quo* aveva sollecitato una rimeditazione del tradizionale orientamento che escludeva la possibilità di trasporre il principio della retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative. La dottrina tradizionale, infatti, osservava che il canone della retroattività della legge più favorevole, lungi dal rappresentare un principio assoluto e necessitato, si pone esso stesso quale deroga al basilare principio espresso dall'art. 11 preleggi, che chiarisce che, di regola, la legge non dispone che per l'avvenire.

Pertanto, atteso che, a differenza di quanto avviene nel codice penale (art. 2 c.p.), tale principio non viene in alcun modo richiamato nel *corpus* normativo deputato a disciplinare, in via generale, le sanzioni amministrative, ne discende la sua inapplicabilità a tali misure afflittive. Oltretutto, a ciò osterebbe anche il disposto dell'art. 14 preleggi che preclude l'applicazione analogica di norme eccezionali, quali devono considerarsi quelle che statuiscono l'applicazione retroattiva della misura amministrativa più mite.

Tuttavia, il giudice *a quo*, rilevato che, a partire dal noto caso *Scoppola*, il principio della retroattività favorevole deve ritenersi implicitamente incluso nel disposto di cui all'art. 7 CEDU, ha ritenuto che tra le garanzie convenzionali da trasporre al sistema

²⁰ Per una ricostruzione delle principali elaborazioni pretorie sul punto, cfr. P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costituzionale dell'AIC*, luglio 2014, p. 3.

sanzionatorio amministrativo rientrasse, altresì, l'applicazione della *lex mitior*²¹.

La Corte ha, in primo luogo, evidenziato che, sebbene l'art. 7 CEDU includa, in via interpretativa, anche il diritto all'applicazione della legge meno severa, spetta sempre alla Corte costituzionale, sulla base del margine di apprezzamento che si è riservata, la facoltà di selezionare quale tra le garanzie convenzionali debba trovare applicazione nell'ordinamento interno, tenuto conto dell'approccio casistico che caratterizza gli interventi giurisdizionali della Corte EDU.

Oltretutto, la Corte costituzionale ha chiarito che la giurisprudenza convenzionale non si è mai occupata di vagliare la legittimità dell'intero sistema delle sanzioni amministrative, avendo esaminato, piuttosto, specifiche misure sanzionatorie, idonee ad acquisire, per i loro caratteri peculiari, venature punitive. Dunque, è solo rispetto a tali sanzioni che si impone la doverosa estensione della garanzia della retroattività *in mitius*, ma non può ritenersi esistente, in via generale, un vincolo convenzionale alla trasposizione integrale di tale principio al sistema delle sanzioni amministrative delineato dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

Pertanto, come correttamente, rilevato in dottrina²², l'intervento additivo richiesto alla Corte risulta ultroneo rispetto agli obblighi convenzionali discendenti da una corretta lettura dell'art. 7 CEDU, che sottende sempre una riqualificazione della sanzione amministrativa in termini di sanzione penale. L'inclusione del principio della retroattività favorevole nel disposto di cui all'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 implicherebbe, invece, un'applicazione generalizzata di tale principio a tutte le sanzioni amministrative, così vanificando la necessità di condurre uno scrutinio concreto sul grado di afflittività che caratterizza la singola misura e obliterando del tutto la distinzione, tuttora persistente nel nostro ordinamento, tra pene in senso stretto e sanzioni amministrative.

La Corte, dunque, ribadisce la tradizionale distinzione tra pena e sanzione amministrativa, precludendo qualunque forma di

²¹ In tal senso, v. P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5/2012, pp. 877 ss.

²² In merito, A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. con.*, 4/2017, p. 254.

omologazione automatica e riconosce l'applicabilità del principio della retroattività favorevole solo a sanzioni amministrative che, alla luce dei criteri *Engel*, debbano considerarsi sostanzialmente penali. Si consacra, dunque, un approccio casistico, che impone una valutazione della singola misura ma fa, complessivamente, salvo il sistema delineato dalla l. 24 novembre 1981, n. 689²³.

L'orientamento della Corte costituzionale è rimasto costante anche successivamente, quando nuovamente sollecitata a dichiarare l'illegittimità dell'art. 1 della predetta legge, ha ribadito che il principio di retroattività favorevole debba estendersi alle sole sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive e non anche a quelle che producono conseguenze di carattere meramente patrimoniale²⁴.

Argomentazioni diverse si rinvengono, invece, in una distinta pronuncia, in cui la Corte esclude che le questioni di costituzionalità, sollevate per presunte violazioni delle garanzie convenzionali, possano essere veicolate ai sensi dell'art. 25 cost., deputato a definire un canone di legalità solo interno, dovendo tali censure essere sollevate per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione agli articoli 6 e 7 CEDU. Con tale precisazione la Corte sembra ribadire, in linea con i suoi precedenti, l'autonomia tra il sistema di garanzie predisposte a livello nazionale per la materia penale ai sensi degli artt. 25 e 27 Cost. e quelle di matrice sovranazionale, richiamate per effetto dell'art. 117 Cost. ed aventi un ambito applicativo più ampio²⁵.

5.2 La svolta sulla retroattività favorevole: Corte costituzionale 21 marzo 2019, n. 63

Solo con tale pronuncia si giunge, infine, all'applicazione del principio della retroattività favorevole anche a sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive. Con la sentenza in esame, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una

²³ Per un ulteriore commento della sentenza, v. M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte costituzionale, 20 luglio 2016 n. 193*, in *AIC*, 3/2016.

²⁴ C. cost, ord. n. 2/2017.

²⁵ Cfr. I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia*, in *Dir. pen. con.*, 4/2017, p. 172.

disposizione transitoria²⁶ che non soltanto precludeva l'applicazione retroattiva di un trattamento sanzionatorio più favorevole in tema di *market abuse*, ma ne postergava l'operatività all'emanazione di alcuni regolamenti ad opera di CONSOB e Banca d'Italia.

Con approccio antitetico a quello in precedenza manifestato, la Corte sembra muovere dalla ricostruzione di un sistema integrato di garanzie, derivante dalla confluenza di norme ed interpretazioni sovranazionali con principi di diritto interno. Preso atto della pluralità dei fondamenti normativi sottesi al principio di retroattività, riconosciuto quale principio generale dell'ordinamento nazionale e sovranazionale, la Corte ne rileva tuttavia la natura derogabile, all'esito di un vaglio positivo di ragionevolezza, dal quale emerge l'opportunità di tutelare preminenti interessi contrapposti. Ciò che, tuttavia, difetta nel caso di specie, secondo l'argomentare della Corte, è proprio la ragionevolezza della deroga, che sacrifica senza adeguata ragione il diritto degli autori dell'illecito a vedersi applicata una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore²⁷.

Tuttavia, ciò che più rileva in tale pronuncia è la precisazione mediante cui la Corte esplicita che è piuttosto “*la mancata generalizzata previsione della retroattività delle modifiche sanzionatorie in melius ad essere sospetta di irragionevolezza*”, attribuendo così vocazione generale al principio espresso, non specificamente circoscritto al caso di specie. La Corte, dunque, superando consapevolmente il proprio precedente²⁸, sembra ritenere opportuna un'estensione generalizzata del principio di retroattività favorevole a tutte le sanzioni amministrative, prescindendo da un esame della singola misura e della sua incidenza afflittiva.

²⁶ Si tratta dell'art 6 comma 2 del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, attuativo della Dir. 2013/36 UE di modifica del d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 (t.u. bancario) e del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (t.u. fin.).

²⁷ Per un approfondimento su tale pronuncia v. C. PAONESSA, *Il fine giustifica i mezzi? Brevi osservazioni a margine della possibile retroattività favorevole delle sanzioni amministrative c.d. punitive*, in *Giur. cost.*, 2/2019; E. BINDI - A. PINESCHI, *La retroattività in melius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22/2019; ed ancora, M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. con.*, 2 aprile 2019.

²⁸ Si fa riferimento alla sentenza della C. cost., 27 luglio 2016, n. 193.

Portando a compimento il percorso evolutivo intrapreso, la Corte costituzionale, con le sue pronunce, ha definito lo statuto intertemporale cui devono soggiacere le sanzioni amministrative punitive, retroattivamente inapplicabili quando foriere di un trattamento deteriore rispetto a quello penale pregresso, e destinate a trovare applicazione retroattiva ove si sostanzino in misure più miti.

6. La rilevata omogeneità punitiva degli illeciti penali e amministrativi in successione: Corte costituzionale 12 dicembre 2018, n. 223

Nel segno di una progressiva assimilazione tra le due sanzioni si pone, inoltre, la pronuncia 12 dicembre 2018, n. 223, che ha decretato l'illegittimità costituzionale di una disciplina transitoria che assumendo, in via automatica, che la sanzione amministrativa – risultante da un procedimento di depenalizzazione – fosse più favorevole della progressiva disciplina penale, ne ha disposto l'applicazione retroattiva.

Superando la prospettiva della permanente autonomia dell'illecito amministrativo seguita nei suoi precedenti arresti²⁹, la Corte sembra considerare, in tale fattispecie di successione impropria, sostanzialmente unitario il trattamento punitivo previsto dal legislatore, sebbene formalmente articolato nell'irrogazione di misure di distinta natura.

D'altronde, l'acquisita consapevolezza della natura afflittiva delle sanzioni amministrative emerge tanto da indicazioni legislative³⁰, quanto dalla giurisprudenza costituzionale che, già con sentenza 7 aprile 2017, n. 68, ha manifestato la consapevolezza che la natura amministrativa della misura non ne implica automaticamente una maggiore mitezza, precludendo così la possibilità di disporre un'indiscriminata e generalizzata applicazione retroattiva.

Tuttavia, è solo con la sentenza in commento che la Corte ritiene possibile condurre un bilanciamento effettivo tra sanzioni fino ad allora reputate intrinsecamente eterogenee per la diversa

²⁹ V. C. cost., 11 maggio 2017, n. 109 dapprima esaminata.

³⁰ Si pensi all'art. 8 del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 che prevede un meccanismo di contenimento delle sanzioni amministrative neo introdotte, che sono destinate ad applicarsi retroattivamente.

natura dei beni (libertà personale/ patrimonio) su cui erano destinate ad incidere³¹.

Pertanto, dando atto di una rinnovata concezione, fondata su una riscontrata affinità effettuale tra sanzione amministrativa e penale, la Corte dispone che se, all'esito di un esame complessivo del trattamento sanzionatorio imposto per effetto della depenalizzazione, emerge un maggior rigore rispetto alle sanzioni penali pregresse, deve dichiararsi incostituzionale l'eventuale disposizione transitoria che ne preveda l'applicazione retroattiva.

Dunque, al tradizionale paradigma dell'assoluta alterità tra categorie si sostituisce una più evoluta visione di omogeneità funzionale tra le misure punitive, entrambe assoggettate al principio di irretroattività del trattamento deteriore.

7. Estensione del principio “*nemo tenetur se detegere*”

Il percorso di omologazione intrapreso a partire dalla storica sentenza 21 marzo 2019, n. 63, viene portato ad ulteriore compimento dalla Corte costituzionale per effetto dell'ordinanza n. 117 del 2019, con la quale viene manifestata in maniera ancor più netta la tendenza a trasporre le garanzie previste dallo statuto costituzionale della pena alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive.

In particolare, la Corte è chiamata a stabilire se l'art. 187-*quinquiesdecies* t.u. fin. sia costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della CONSOB, ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle sue funzioni, “*anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate*”³².

Tale disposizione, imponendo di rendere dichiarazioni potenzialmente auto indizianti, risulta astrattamente confliggente con una pluralità di parametri, tanto di matrice nazionale quanto sovranazionale (il diritto di difesa e il principio della parità tra le

³¹ V. F. CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. Pen. Proc.*, 4/2019, p. 472.

³² V. sul punto Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831.

parti nel processo, di cui rispettivamente agli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Cost.; nonché il diritto a un processo equo, di cui agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

In piena consonanza all'approccio interlocutorio manifestato nei casi di c.d doppia pregiudizialità, la Corte stessa opera un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in ragione, tra l'altro, della derivazione comunitaria della norma che impone un obbligo di cooperazione con l'autorità di vigilanza, la cui inosservanza è punita con sanzioni di cospicua entità.

Per quanto di più stretta attinenza al tema in esame, preme evidenziare che la Corte costituzionale sembra muovere dalla premessa concettuale che la garanzia costituzionale del *nemo tenetur se detegere*, debba estendersi anche alle sanzioni di carattere sostanzialmente punitivo irrogate all'esito di un procedimento amministrativo. Invero, il diritto al silenzio, sebbene non riceva esplicita consacrazione a livello costituzionale, rappresenta un corollario applicativo del diritto di difesa (art. 24 Cost.), da riconoscere a chiunque sia soggetto a un procedimento potenzialmente implicante una compromissione o restrizione dei propri diritti.

La Corte evidenzia che le sanzioni comminate all'esito del procedimento svolto dalla CONSOB sono in grado di produrre un consistente effetto afflittivo, in ragione della considerevole entità delle sanzioni pecuniarie prefigurate, dell'inibizione allo svolgimento dell'attività professionale conseguente all'applicazioni di sanzioni interdittive e della possibilità di disporre, altresì, la confisca diretta e per equivalente del profitto dell'illecito.

A fronte di un apparato sanzionatorio di tale severità, sembra lecito riconoscere all'incolpato diritti omologhi a quelli riconosciuti in favore del potenziale destinatario di una sanzione penale. Oltretutto, si prospetta il concreto rischio che, costringendo il soggetto a cooperare dietro minaccia di ingenti sanzioni amministrative, questi finisca per rendere dichiarazioni che possano contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa penale nei propri confronti. Si ricordi, infatti, che l'abuso di informazioni privilegiate, nel nostro ordinamento, assume contestualmente ad illecito amministrativo (art 187 *bis* t.u. fin.) e ad illecito penale (art. 184 t.u. fin.), e i relativi procedimenti

possono essere attivati e proseguiti parallelamente, nei limiti in cui ciò sia compatibile con il principio del *ne bis in idem*.

Alla luce delle predette considerazioni, la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se chiarire se la normativa comunitaria consenta agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura punitiva; e, in caso di risposta negativa, se tale disciplina risulti compatibile con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

8. Estensione del principio di proporzionalità della sanzione

Infine, ulteriore manifestazione della tendenza alla progressiva assimilazione delle sanzioni amministrative punitive alle pene in senso stretto, si coglie nell'estensione del principio di proporzionalità della sanzione.

La Corte costituzionale ha dichiarato incompatibile³³ con le garanzie costituzionali la previsione dell'art. 187 *sexies* del t.u. fin., nella parte in cui, in maniera del tutto sproporzionata rispetto alle effettive esigenze repressive, prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, non già del solo profitto ma anche del prodotto dell'illecito.

Si è osservato che le cennate forme di confisca, congiuntamente alle severe sanzioni pecuniarie previste dal t.u. fin., concorrono a delineare un trattamento sanzionatorio manifestamente sproporzionato per eccesso.

La pronuncia acquisisce particolare rilevanza per il tema oggetto di indagine, poiché esplicita con chiarezza che il principio di necessaria proporzionalità della pena debba trovare applicazione anche con riguardo a illeciti amministrativi di carattere punitivo, così sancendo una sempre più netta omologazione nel regime delle tutele applicabili a illeciti di tale natura.

³³ C. cost., 10 maggio 2019, n. 112.

9. Conclusioni

Le ultime pronunce riportate sono emblematiche del processo di graduale implementazione interna delle garanzie convenzionali e della progressiva riduzione delle asimmetrie di tutela che dapprima emergevano nel confronto tra il modello nazionale e sovranazionale.

La netta differenziazione tra lo statuto delle sanzioni amministrative e penali poteva essere predicata solo a condizione di mantenere ferma la logica formalistica, che distingueva le due misure esclusivamente sulla base del *nomen iuris* e del procedimento di irrogazione. La penetrazione di criteri sostanziali di qualificazione ha, invece, reso inevitabile il superamento di tale prospettiva, inducendo un ripensamento delle categorie tradizionali e l'estensione di garanzie essenziali.

La prospettiva convenzionale è, ancor oggi, più avanzata rispetto a quella nazionale, specie con riguardo all'estensione alle sanzioni amministrative del principio di colpevolezza e delle tutele del giusto processo.

Nondimeno, è presumibile che tali differenze sfumeranno ulteriormente, anche alla luce del graduale superamento, nella giurisprudenza interna, dei dogmi della discontinuità nella successione diacronica di illeciti amministrativi e penali e della presunta maggior mitezza del trattamento sanzionatorio amministrativo³⁴.

³⁴ Cfr. A. GARGANI, *Op. cit.*, p. 15.

APPENDICE

ATTIVITÀ DIDATTICHE DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

A.A. 2019/2020

Prof.ssa Silvana Sciarra, *I diritti sociali fondamentali “presi sul serio” (lezione magistrale)*

Prof.ssa Elda Turco Bulgherini, *Sovranità degli Stati e regime degli spazi marini*

Prof.ssa Elisa Arcioni, *Immigrazione e trattamento dello straniero nell’esperienza australiana: profili costituzionali*

Prof.ssa Emanuela Pistoia, *Principi costituzionali sul trattamento dello straniero nell’Unione europea, tra divieto di discriminazione ed equo trattamento*

Dott. Francesco Monastero, *L’organizzazione giudiziaria in Italia oggi (lezione magistrale)*

Dott. Giuseppe Filippetta, *Storia partigiana della Costituzione*

Incontro di studi “Giornata in onore di Eugenio Picozza” (a cura del Prof. A. Police), *Giustizia amministrativa, economia e ambiente. Sviluppo sostenibile ed istituzioni di garanzia*

Prof.ssa Rosa Maria Geraci, *Squadre investigative comuni*

Prof.ssa Pia Acconci, *Tutela della salute sul piano internazionale: attori, obiettivi, meccanismi, con alcune considerazioni sulla salute della donna in particolare*

Prof. Francesco D’Agostino, *Il Diritto nell’epoca della Bio-etica (lezione magistrale)*

Prof. Eugenio Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo*

Prof.ssa Stefania Cavagnoli, *Il linguaggio giuridico e la lingua di genere: una simbiosi possibile anche nella legislazione dell'Unione europea*

Prof. Luigi Daniele, *Stato di diritto e indipendenza dell'ordinamento giudiziario: la sentenza della Corte di giustizia UE sul caso della Polonia*

Prof.ssa Pinotti, *La Giustizia contabile*

Incontro di studio (Proff. Morana, Cupelli, Mengozzi), *L'ergastolo ostativo*

Prof. Italo Birocchi, *Dogmatica giuridica e storia nel Novecento*

Dott.ssa Rita Lopez, *Il riconoscimento facciale tramite software: implicazioni giudiziarie*

Prof. Luigi Daniele, *Efficacia diretta, primato e interpretazione conforme: recenti novità giurisprudenziali*

Prof. Eugenio Picozza - Prof.ssa Federica Mucci, *Diritto internazionale pubblico v. Global Administrative Law?*

Prof.ssa Antonella Meniconi, *Per una storia della magistratura in Italia: dimensioni e metodi*

Prof. Roberto Rampioni, *Sul recente lavoro di F. Sgubbi: "Il diritto penale totale", Mulino, 2019.*

Prof. Massimo Luciani, *Principio di legalità e Corte Costituzionale. La sentenza n.195 del 2019 (lezione magistrale)*

Prof. Alessandro Dani, *Risorse naturali e diritto: una prospettiva storica*

Prof. Antonello Tancredi, *Cedu e altri trattati come parametro interposto nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale*

Prof. Antonio D'Atena, *Il rapporto tra Stato e Regioni alla prova dell'emergenza*

Dott.ssa Chiara Buffon - Dott. Lorenzo Belvini, *La rideterminazione della pena illegale – L’offeso da reato nella vicenda cautelare ad personam* (Seminario di presentazione di tesi di dottorato)

Prof. Cristiano Cupelli, *Il diritto penale dell’emergenza COVID-19*

Prof.ssa Lucia Serena Rossi, *L’art. 2 del Trattato UE e i valori fondamentali dell’Unione europea*

Prof.ssa Samantha Velluti, *Human rights as a horizontal issue in EU external relations*

Prof. Francesco Cherubini, *Il rapporto tra la Convenzione di Ginevra sui rifugiati e il Sistema europeo comune d’asilo (CEAS) in una recente sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*

Prof. Andrea Buratti, *Le costituzioni tedesche da Weimar a Bonn*

Dott.ssa Orietta Bruno, *Carcere e diritti fondamentali*

Prof. Giovanni Guzzetta, *Le fonti per l’emergenza nell’ordinamento italiano. Profili problematici*

Prof. Cristiano Cupelli - Prof. Vincenzo Ricciuto, *Gli effetti della pandemia sul sistema del diritto civile e del diritto penale. Letture de jure condito e de jure condendo.*

Dott. Diego Mauri, *Armi autonome e profili di responsabilità internazionale*

Prof. Roberto Rampioni, *“Legittimazione” delle norme penali e libertà “frammentaria”*

Dott.ri Alessandro Bosco - Marco Maria Cellini - Emanuele Fratto Rosi Grippaudo - Esper Tedeschi, *Le varianti in corso d’opera: tra indeterminatezza della fattispecie ed esercizio del potere discrezionale tecnico – Il giudizio di anomalia dell’offerta. Natura e limiti del sindacato del Giudice – La responsabilità da violazione o elusione dell’equilibrio di*

bilancio nella cornice dei giudizi di contabilità pubblica – I limiti funzionali delle società pubbliche e la capacità giuridica della P.A.” (Seminario di presentazione di tesi di dottorato)

Prof.ssa Federica Mucci, “*Spinte*” *alla spontanea evoluzione del diritto internazionale consuetudinario? Riflessioni a partire dall’ordine esecutivo del Presidente Trump del 6.4.2020 sullo sfruttamento delle risorse naturali dello spazio e dei corpi celesti*

Prof. Claudio Franchini, *Il diritto pubblico dell’economia tra diritto interno, diritto europeo e diritto globale (lezione magistrale)*

Prof. Roberto Cisotta, *Le regole della UEM e La solidarietà finanziaria ai tempi del COVID-19*

Prof. Nino Paolantonio, *Problemi e prospettive del diritto amministrativo dell'emergenza sanitaria*

Prof. Aristide Police, *Problemi e prospettive del diritto amministrativo dell'emergenza sanitaria*

Prof.ssa Stefania Mabellini - Dott.ssa Marta Mengozzi, *L’autodichia delle Camere e la problematica questione della sua ‘tenuta’ costituzionale*

Dott. Raffaele Piccirillo - Dott. Dario Simeoli, *Sindacato del giudice penale e discrezionalità amministrativa: la perdurante attualità dell’abuso d’ufficio* (tavola rotonda a cura dei Proff. A. Police - C. Cupelli)

Dott.ssa Michela Tresca - Dott.ssa Valentina Carucci, *La manifestazione del pensiero on line: i limiti costituzionali alla libertà sulla rete – Giustizia costituzionale in trasformazione. Prospettive evolutive del giudizio incidentale* (Seminario di presentazione di tesi di dottorato)

Dott.ssa Alessia Vignoli, *Le peculiarità del contenzioso tributario*

Dott. Paolo Troisi, *L’investigazione informatica sotto copertura*

Prof. Eugenio Picozza - Prof. Raffaello Lupi - Dott.ssa Alessia Vignoli, *Il sindacato del giudice la funzione amministrativa. La funzione impositiva e sue peculiarità.*