CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA

DISTRETTO DI TORINO

INCONTRO DI AGGIORNAMENTO SULLE RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA PENALE

Torino, 11 novembre 2011

relatore

GUGLIELMO LEO

Magistrato – Assistente di studio

presso la Corte costituzionale

MATERIALI DI SUPPORTO PER LA RELAZIONE

Gli appunti che seguono hanno una mera funzione di supporto per l'esposizione orale, e di memoria per i partecipanti all'incontro circa i provvedimenti menzionati ed il relativo oggetto.

Il testo integrale di tutti i provvedimenti, e delle relative massime, è reperibile presso il sito istituzionale della Consulta, nell'area «Giurisprudenza», con particolare riguardo al settore «Ricerca delle pronunce», ove è disponibile un motore di ricerca. La Corte pubblica i provvedimenti più recenti anche nella pagina d'ingresso del sito, nell'area «Ultimo deposito delle pronunce», che contiene anche un elenco con titoletti, la cui lettura può dare una informazione rapidissima su ciò che vale la pena di leggere a seconda degli interessi di ciascuno.

Il sito istituzionale è

www.cortecostituzionale.it

SOMMARIO

In generale

A pagina **7**: ancora sulle sentenze **n. 348 e 349 del 2007**, e sulle sentenze **n. 311 e 317 del 2009** (quest'ultima a proposito del **processo contumaciale**), per ricordare le premesse dell'attuale «sistemazione» dei rapporti tra **Costituzione** e **fonti sovranazionali**.

A pagina **12**: qualche nota di raccordo: l'entrata in vigore del **Trattato di Lisbona** e la rinnovata controversia sull'**applicazione diretta** delle **norme sovranazionali** di tutela dei **diritti umani**.

A pagina **15**: casi ulteriori di norme dichiarate **illegittime** per contrasto con la **Convenzione europea** dei diritti umani, dalla disciplina «retroattiva» della **confisca** nelle norme sulla guida in stato di ebbrezza alla **pubblicità dell'udienza** nel procedimento di prevenzione: rispettivamente, la sentenza n. **196 del 2010**, la sentenza **n. 93 del 2010** e l'ordinanza **n. 159 del 2011.**

A pagina **18**: ancora a proposito della **pubblicità delle udienze** nel procedimento di prevenzione, la Corte ritorna **direttamente** sui **rapporti tra ordinamento interno** e **Carte sovranazionali** di tutela dei diritti umani: la sentenza **n. 80 del 2011**.

A pagina **21**: l'approdo più recente in tema di rapporti tra **Costituzione** e **fonti sovranazionali**, in occasione dello «scontro finale» sulla **retroattività della *lex mitior*** e sulla disciplina transitoria in materia di prescrizione: la sentenza **n. 236 del 2011**.

A pagina **27**: ancora nella stessa prospettiva, un **diverso caso di revisione**, *ex* art. 630 c.p.p., per dare **esecuzione** alle sentenze con le quali la **Corte di Strasburgo** abbia accertato una **violazione** dei diritti dell'uomo nell'ambito di un **procedimento penale**: la sentenza **n. 113 del 2011**.

A pagina **36**: un caso di **illegittimità *ex* art. 117**, comma primo, Cost. per contrasto tra norma interna e **norma comunitaria**, relativamente alla materia del cd. **mandato di arresto europeo**: la sentenza **n. 227 del 2010**; le ordinanze **n. 237**, **n. 306 del 2010, n. 134 del 2011**; la sentenza n. **274 del 2011.**

A pagina **41**: a partire dalla sentenza n. 394 del 2006, a proposito tra l'altro del concetto di **norma penale di favore** e del relativo sindacato di legittimità, per introdurre un provvedimento, riguardante la disciplina ambientale in materia di **rifiuti**, che investe (oltre ai rapporti tra norma interna e norma comunitaria) il tema generale della **sindacabilità della *lex intermedia mitior***: la sentenza **n. 28 del 2010**.

A pagina **46**: un altro caso di censure volte alle **scelte di depenalizzazione** del legislatore, riguardante le condotte di derivazione o utilizzazione di **acqua pubblica** senza autorizzazione o concessione dell'autorità competente: la sentenza **n. 273 del 2010**.

A pagina **48**: sulla **discrezionalità legislativa** in materia di determinazione dei comportamenti sanzionabili e delle relative pene, e sui limiti conseguenti del sindacato della Corte anche a fronte di soluzioni normative incongruenti: cenni, tra l'altro, alle sentenze **nn. 250 e 359 del 2010**.

A pagina **52**: gli approdi più recenti, relativamente ai **valori edittali** della pena per il delitto di **sequestro di persona** a scopo di estorsione: la sentenza **n. 240 del 2011**.

A pagina **54**: una norma processuale penale come occasione per un intervento della Corte sul **rifiuto parziale di conversione del decreto-legge**, e sul regime degli atti compiuti in applicazione della norma non convertita: la sentenza **n. 367 del 2010**.

A pagina **55**: sui confini della giurisdizione. Un prolungato **conflitto tra poteri** dello Stato, attinente alla qualificazione dei **reati ministeriali** ed ai rapporti tra **Tribunale dei ministri** e **Parlamento**: l'ordinanza **n. 211 del 2010** e l'imminente decisione sul merito del conflitto.

A pagina **57**: sempre in materia di **reati ministeriali**, una recente decisione di ammissibilità del conflitto proposto dal **Senato della Repubblica,** ancora relativamente alle **competenze funzionali del Tribunale dei ministri**: la ordinanza **n. 104 del 2011** e l'imminente decisione sul merito del conflitto.

A pagina **59**: ancora in materia di **reati ministeriali**, una decisione di ammissibilità del conflitto proposto dalla **Camera dei deputati,** sempre relativamente alle **competenze funzionali del Tribunale dei ministri**: la ordinanza **n. 241 del 2011**.

A pagina **60**: sempre sul rapporto tra giurisdizione ed altri poteri dello Stato: la decisione sul cd. «**legittimo impedimento**»: la sentenza n. **23 del 2011**.

A pagina **63**: a proposito del conflitto tra poteri nei casi di deliberazione parlamentare di **insindacabilità ex art. 68 Cost.**, alcuni casi recenti di valutazione nel merito: le sentenze **n. 301 del 2010** e **nn. 82, 96, 97**, **98** e **194 del 2011**.

A pagina **65**: sulla **frammentazione delle fonti** del diritto punitivo; la illegittimità costituzionale della norma concernente le **ordinanze sindacali** in materia di «**sicurezza urbana**»: la sentenza **n. 115 del 2011.**

Diritto sostanziale

A pagina **69**: un nuovo profilo di illegittimità costituzionale della **legge *ex Cirielli***, a proposito del riconoscimento di **attenuanti generiche** in favore del **recidivo reiterato**, nella sentenza **n. 183 del 2011**.

A pagina **76**: una dichiarazione di illegittimità costituzionale che concerne le iscrizioni nel **casellario giudiziale** ma presenta speciale interesse per notazioni sulla **sospensione condizionale della pena**: la **sentenza n. 287 del 2010**.

A pagina **77**: il **diritto penale dell'immigrazione**; brevi cenni alla **sentenza CGUE del 28 aprile 2011**, alla sopravvenuta **incompatibilità «comunitaria»** delle norme che sanzionavano con pene detentive l'inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento, all'ancor più recente **abrogazione** delle norme medesime: **disapplicazione** e **successione nel tempo** delle fattispecie incriminatrici, nei riflessi sulla **giurisprudenza costituzionale** in materia (a proposito, tra l'altro, delle ordinanza **nn. 179, 215 e 216 del 2011**.

A pagina **86**: le questioni concernenti il «**reato di soggiorno o permanenza illegale**» nel territorio dello Stato, di cui all'art. 10-bis del T.u. immigrazione: la sentenza **n. 250 del 2010** e le ordinanze nn. **252, 253 e 318 del 2010**.

A pagina **89**: in prosecuzione, la decisione sulla inottemperanza all'**ordine di allontanamento «reiterato»** a norma del nuovo comma 5-quater dell'art. 14 del T.u. immigrazione, per il caso che ricorra un «**giustificato motivo**»: la sentenza **n. 359 del 2010**.

A pagina **91**: le questioni relative alla cd. **aggravante di «clandestinità»** (art. 61, n. 11-bis, cod. pen.), dalle prime decisioni interlocutorie alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della previsione: la sentenza **n. 249 del 2010**.

A pagina **95**: una divagazione *extra moenia*: quale la sorte delle **sentenze irrevocabili** nella quali sia stata fatta applicazione della cd. **aggravante di «clandestinità»** (art. 61, n. 11-bis, cod. pen.)?

A pagina **98**: una nuova decisione in materia di **intermediazione finanziaria**: la ordinanza **n. 295 del 2010**.

A pagina **99**: in materia di **misure di prevenzione**, importanti puntualizzazioni sul reato di **inosservanza delle prescrizioni** nella prospettiva del **principio di tassatività**: la sentenza **n. 282 del 2010**.

A pagina **100**: sempre riguardo alle **misure di prevenzione**, una pronuncia di inammissibilità a cavallo tra il diritto sostanziale (nozione di pericolosità) e diritto processuale (**rapporti col giudizio di cognizione**): la ordinanza **n. 270 del 2011.**

A pagina **102**: nuove questioni sulla **sospensione della patente** in caso di **guida in stato di ebbrezza**: la ordinanza **n. 266 del 2011.**

A pagina **102**: restando in tema di circolazione stradale: non si applica (in quanto norma generale rispetto alla previsione sanzionatoria amministrativa) la **fattispecie di peculato** nei confronti del **custode** che **utilizza** il **mezzo in sequestro**: la ordinanza **n. 287 del 2011.**

A pagina **104**: una decisione di manifesta infondatezza relativamente alla disciplina penale dell'**incenerimento di rifiuti**: la ordinanza **n. 253 del 2011**.

A pagina **105**: ancora sul diritto penale complementare, una recente pronuncia di manifesta infondatezza in materia di **omesso versamento dell'I.V.A.**: la ordinanza **n. 224 del 2011**.

A pagina **107**: ancora una importante pronuncia di inammissibilità, su «base interpretativa», a proposito delle preclusioni concernenti i **benefici penitenziari** in caso di condanna con la **recidiva reiterata**: la sentenza **n. 291 del 2010**.

A pagina **109**: ancora un provvedimento di inammissibilità in materia di preclusioni di accesso ai **benefici penitenziari**, in particolare riguardo a **minorenni**: la ordinanza **n. 111 del 2011**.

A pagina **109**: sulla versione dell'**art. 41-*bis* ord. pen.** dopo il «pacchetto sicurezza» del 2009, relativamente al **diritto di reclamo** contro il provvedimento applicativo: la sentenza **n. 190 del 2010**.

A pagina **111**: ancora sul regime speciale di cui all'**art. 41-bis ord. pen**. dopo il «pacchetto sicurezza» del 2009, relativamente al **diritto di colloquio** con il **difensore**: la ordinanza **n. 220 del 2010**.

Diritto processuale

A pagina **112**: la Consulta ribadisce e riassume il proprio orientamento in tema di **incompatibilità «extraprocedimentale»** del giudice: la ordinanza **n. 347 del 2010**.

A pagina **113**: ancora una pronuncia in tema di **incompatibilità «endoprocedimentale»** del giudice, a proposito del difetto di attribuzione rilevato *ex* art. 33-*septies* c.p.p.: la sentenza **n. 177 del 2010**.

A pagina **115**: sulla **rappresentanza dell'ente** sottoposto a giudizio per **responsabilità da reato**, ai fini delle **notifiche**, una pronuncia di inammissibilità con indicazioni ermeneutiche: la sentenza **n. 249 del 2011.**

A pagina **118**: sul diritto di partecipazione consapevole al processo, nuova pronuncia sul **regime di sospensione** nel caso di persone **irrimediabilmente incapaci** di stare in giudizio: la ordinanza **n. 289 del 2011.**

A pagina **119**: legittima solo una **presunzione relativa** quanto alla disponibilità, per i responsabili di **associazione mafiosa** e di altri delitti, di redditi occulti incompatibili con l'accesso al **patrocinio a spese dello Stato**: la sentenza **n. 139 del 2010**.

A pagina **124**: ancora sulle presunzioni di pericolosità, una fondamentale decisione in materia di «**carcerazione obbligatoria**», nella specie riguardante i **reati sessuali**: la sentenza **n. 265 del 2010** e la conseguente ordinanza **n. 146 del 2011.**

A pagina **128**: i prevedibili sviluppi della sentenza n. 265 del 2010; illegittima la «**carcerazione obbligatoria**» anche per il delitto di **omicidio volontario**: la sentenza **n. 164 del 2011.**

A pagina **129**: prosegue il sindacato sulle **presunzioni assolute** in materia *de libertate*; illegittima la «**carcerazione obbligatoria**» anche per il delitto di **associazione per il narcotraffico**: la sentenza **n. 231 del 2011.**

A pagina **131**: sui **termini** di durata massima della **custodia cautelare**, la Corte sterilizza gli effetti del **giudicato parziale** sul meccanismo di garanzia contro le **contestazioni a catena**: la sentenza **n. 233 del 2011**.

A pagina **136**: un nuovo tentativo di denunciare la mancata assicurazione del **diritto alla controprova del pubblico ministero** nel caso di **produzione a sorpresa** degli atti di **indagine difensiva** in vista del **giudizio abbreviato**: la sentenza **n. 117 del 2011**.

A pagina **138**: sul **decreto penale** di condanna, in particolare riguardo alla **carenza di contraddittorio** prima del **giudizio conseguente all'opposizione**: la ordinanza **n. 317 del 2010**.

A pagina **139**: ancora sul **decreto penale**, ed in particolare sul **giudizio di revisione**, una pronuncia di manifesta infondatezza quanto alla partecipazione della **persona offesa**: l'ordinanza **n. 254 del 2011**.

A pagina **140**: ancora sui riti speciali, ed in particolare sul **giudizio direttissimo**, a proposito della portata del **sindacato giudiziale** sulla ricorrenza delle **condizioni di accesso**: la sentenza **n. 229 del 2010** e la ordinanza **n. 353 del 2010**.

A pagina **142**: non è illegittima la mancata previsione di **riduzioni di pena** nel caso di **consenso** prestato, **in sede dibattimentale**, all'inserimento di **atti di indagine** nel fascicolo per il dibattimento: la ordinanza **n. 290 del 2011.**

A pagina **143**: a proposito di modello accusatorio del processo, una decisione sulla acquisizione delle **dichiarazioni istruttorie** a seguito di **indebite pressioni sul testimone**, ed in particolare sulle regole di prova per l'accertamento delle pressioni medesime: la ordinanza **n. 358 del 2010**.

A pagina **144**: «**intercettazioni** casuali» e acquisizione o utilizzazione di «tabulati» nei confronti di **ministri e parlamentari**: le sentenze **nn. 113, 114 e 188 del 2010**, nonché la ordinanza **n. 263 del 2010**.

A pagina **147**: a proposito del procedimento penale innanzi al **giudice di pace**, relativamente alla **incidenza della connessione** sui criteri di determinazione della **competenza**: da ultimo, le ordinanze **nn. 56 e 252 del 2010**.

A pagina **149**: ancora a proposito della **connessione** nel procedimento penale per reati di competenza del **giudice di pace**, ed in particolare sulla ***perpetuatio iurisdictionis***: le ordinanze **n. 318 del 2010** e **n. 144 del 2011**.

A pagina **150**: sempre riguardo al procedimento penale per reati di competenza del **giudice di pace**, una pronuncia di inammissibilità in materia di **contestazione «tardiva»** e rimessione in termini per la **riparazione del danno**: la sentenza **n. 206 2011**.

IN GENERALE

Non avrebbe alcun senso, ormai, ragionare sulla proiezione costituzionale del sistema di giustizia penale senza guardare al **sistema delle fonti**, ed in particolare al rapporto tra ordinamento interno, diritto sovranazionale in materia di tutela dei diritti umani, diritto dell'Unione europea.

Può essere utile fare un punto aggiornato della situazione, avuto naturalmente riguardo all'osservatorio (del resto tutt'altro che marginale) rappresentato dalla giurisprudenza della Consulta.

La recente **sentenza n. 80 del 2011**, occasionata ancora una volta da questioni concernenti la giurisdizione penale (o assimilata), segna del resto un **nuovo ostacolo** frapposto dalla Corte riguardo ad una ciclica propensione di parte degli interpreti verso forme di **applicazione diretta del diritto sovranazionale**.

Propensione che trova il suo fondamento, soprattutto, nei principi del diritto «comunitario», ed è probabilmente incrementata dalla constatazione delle omissioni e dei ritardi che segnano la legislazione del nostro Paese quanto alla trasposizione di principi e regole del diritto sovranazionale, specie per alcuni aspetti, nell'ordinamento interno. Sennonché le limitazioni della sovranità nazionale producono effetti diretti, appunto, nella sola proiezione comunitaria, cui il diritto penale e la stessa materia della difesa dei diritti umani sono riconducibili entro limiti determinati.

L'intero sistema di garanzia della **legittimità delle fonti** è costruito nel nostro Paese, per altro, sul **controllo accentrato** di compatibilità tra le leggi ordinarie e la Carta fondamentale, anche per quanto riguarda l'obbligo legislativo, sanzionato espressamente dal «nuovo» primo comma dell'art. 117 della Costituzione, di osservare gli impegni assunti dall'Italia secondo le regole del diritto internazionale.

Proviamo allora, ed appunto, ad inquadrare il problema e a definire le soluzioni al momento prevalse nella giurisprudenza costituzionale.

Conviene ancor oggi prendere le mosse, a mio avviso, dalle fondamentali **sentenze n. 348 e n. 349 del 2007**. Come tutti sanno, con quei provvedimenti la Corte costituzionale aveva chiarito come le norme della **Convenzione europea dei diritti dell'uomo** non siano «autoapplicative» perché non sono norme comunitarie (oggi diremmo «dell'Unione»), né comunque sono riferibili all'art. 11 della Costituzione, dato che non introducono alcuna limitazione di sovranità.

Sono norme internazionali pattizie (dunque non consuetudinarie, con conseguente inapplicabilità del primo comma dell'art. 10 Cost.), che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento

interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando, nello stesso tempo, le norme interne in eventuale contrasto.

Per altro, il testo riformato dell'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Va respinta – secondo la Corte – la tesi che la norma sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. Allo stesso tempo, non può ritenersi che ogni norma contenuta in un trattato internazionale assuma, per il tramite dell'art. 117, primo comma, il rango di norma costituzionale.

In realtà la disposizione presenta struttura simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. Nel linguaggio corrente si tratta di «**fonti interposte**».

Quindi le **norme della Convenzione**, come interpretate dalla Corte di Strasburgo (*infra*), non acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò non immuni dal controllo di legittimità della Corte costituzionale italiana. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano compatibili con la nostra Carta fondamentale.

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano **esse stesse conformi alla Costituzione** è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. È illegittima solo una norma che contrasti con un parametro interposto del quale sia positivamente scrutinata la conformità alla Costituzione.

Insomma, quando sorga il dubbio di un contrasto tra una norma nazionale ed una della Convenzione, occorre verificare: **a)** se effettivamente vi sia contrasto, non risolvibile in via interpretativa, tra la norma interna e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; **b)** se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

Se la norma interna contrasta con una norma della Convenzione, e la norma della Convenzione non contrasta con la Costituzione, ebbene il giudice nazionale dovrà **eccepire l'illegittimità della norma interna** per contrasto con il primo comma dell'art. 117 Cost., e la Consulta ne disporrà l'eliminazione dall'ordinamento.

Questa lettura di sintesi del sistema costruito nelle cd. «**sentenze gemelle**» è stata più volte ribadita, e posta alla base di un numero ormai rilevante di pronunce di illegittimità costituzionale, non a caso di preminente interesse penalistico.

Tra le prime va ricordata per altro una decisione di oggetto diverso (attinente ad una pretesa norma «interpretativa» circa il trattamento economico e giuridico di dipendenti degli enti locali trasferiti all'Amministrazione dello Stato): è la **sentenza n. 311 del 2009**. La Corte ebbe tra l'altro a specificare la rilevanza concorrente dell'art. 10, primo comma, Cost., quale parametro di misurazione della legittimità di una norma interna, quando ne si prospetti il contrasto con una disposizione convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. Ma soprattutto, la Corte aveva dato una pur schematica anticipazione della prospettiva poi sviluppata nella sentenza sul processo contumaciale, e cioè la configurazione della CEDU e della Costituzione come un **sistema integrato multilivello**, idoneo a garantire la «massima estensione delle tutele» in ordine ai diritti umani.

Veniamo quindi alla **sentenza n. 317 del 2009**, che presenta ai nostri occhi un duplice interesse: puntualizza e sviluppa la riflessione della Corte sui rapporti tra ordinamenti ed introduce una regola di grande importanza, pratica e sistematica, nella disciplina del processo contumaciale.

Si poneva da tempo la questione, relativa all'**art. 175, comma 2, c.p.p.**, se il meccanismo della **rimessione in termini** per l'impugnazione a favore dell'imputato processato in contumacia potesse essere azionato quando il gravame fosse già stato interposto dal difensore, con conseguente **duplicazione del giudizio impugnatorio**.

Al meccanismo in questione il sistema aveva assegnato il ruolo di **rimedio** per l'eventualità che un **processo contumaciale** si concludesse con una sentenza di condanna senza che l'imputato avesse avuto contezza della pendenza del giudizio. Tuttavia, all'esito di una evoluzione normativa che non merita ormai una ricostruzione di dettaglio, la **rimessione** nel termine dell'impugnazione restava ammessa solo a condizione che un giudizio impugnatorio **non** fosse stato celebrato. Era dunque possibile – visto che l'impugnazione era consentita al difensore anche in assenza di una procura speciale dell'imputato – che un processo si svolgesse in tutti i suoi gradi senza cognizione da parte dell'interessato. E che l'imputato, una volta sottoposto all'esecuzione della sentenza, non potesse ottenere un nuovo giudizio. Nonostante un intervento legislativo urgente per **ammettere la rimessione** anche in caso di gravame già interposto dal difensore, un discusso intervento ermeneutico delle **Sezioni unite della Cassazione** aveva ricondotto la disciplina al suo significato originario, privando quindi del rimedio quel contumace inconsapevole il cui difensore avesse impugnato la sentenza di condanna, e nel contempo aveva negato (in nome della **ragionevole durata del processo**) che una disciplina

siffatta contrastasse con la Carta costituzionale e con la Convenzione europea.

La questione era esplosa a metà dello scorso decennio, per effetto della sentenza di condanna deliberata contro l'Italia, dalla **Corte di Strasburgo**, su ricorso di tale **Sejdovic** (*infra*). Il legislatore era intervenuto d'urgenza, con il decreto-legge n. 17 del 2005, per altro modificato sostanzialmente, per quanto ci riguarda, dalla legge di conversione. Il testo riformato dell'art. 175 c.p.p., ancor oggi vigente, ammette la restituzione in termini del contumace senza alcuna distinzione (almeno esplicita) tra casi di gravame già interposto e casi di impugnazione proposta per la prima volta insieme alla richiesta di rimessione.

Con la sentenza Huzuneanu (n. 6026 del 2008) le **Sezioni unite della Cassazione** avevano stabilito – nonostante l'intento esplicito del legislatore della riforma e la congruenza degli interventi attuati sulla norma pertinente – che anche in base al testo novellato dell'art. 175 c.p.p. l'imputato contumace non avesse diritto alla restituzione in termini per l'impugnazione quando il gravame fosse già stato proposto dal difensore (anche d'ufficio) e già definito. La soluzione, in problematico rapporto con la giurisprudenza CEDU sul diritto di personale partecipazione al processo, era stata giudicata costituzionalmente compatibile perché – naturalmente semplifico – mai specificamente "imposta" dalla Corte europea ed espressiva di un necessario bilanciamento con altri principi costituzionali, che si risolvono nel parametro della ragionevole durata.

Restava comunque sacrificata la possibilità per l'imputato contumace inconsapevole di partecipare al proprio processo. Non ha sorpreso, quindi, che proprio a partire dall'assunto delle Sezioni unite (divieto di *bis in idem* in caso di gravame proposto d'iniziativa del difensore) venissero sollevate questioni di legittimità costituzionale.

Quella poi accolta dalla Corte è stata proposta da una sezione della stessa **Cassazione**, che ha rimarcato come il comma 2 dell'art. 175 c.p.p., proprio in forza della preclusione ravvisata dal Supremo Collegio, contrastasse con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quindi con la Costituzione.

Come la stessa Consulta avrebbe poi ricordato, i giudici di Strasburgo hanno fissato, in relazione all'**art. 6 della Convenzione**, una serie di principi (si vedano, tra le altre, le sentenze Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985; F.C.B. c. Italia, 28 agosto 1991; T. c. Italia, 12 ottobre 1992; Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004; Sejdovic c. Italia, 10 novembre 2004 e Idem, Grande Camera, 1° marzo 2006). Eccone una ricostruzione schematica:

a. La persona accusata di un reato, pur non avendone l'obbligo, ha **diritto di essere presente** al processo che la riguarda.

b. È possibile la **rinuncia** all'esercizio di tale diritto, e dunque la previsione di forme di procedimento contumaciale non è per se stessa contraria alle disposizioni convenzioni di garanzia dei diritti dell'uomo.

c. Affinché la celebrazione *in absentia* del processo rappresenti il frutto di una scelta, e non la violazione di un diritto, l'imputato deve essere **consapevole** della celebrazione del procedimento a suo carico.

d. Va conseguentemente prevenuta l'esecuzione di sentenze pronunciate contro **contumaci inconsapevoli**.

e. Appartiene alla discrezionalità degli Stati la **scelta degli strumenti** per evitare l'esecuzione delle sentenze appena indicate, potendo essi approntare strumenti preventivi, cioè preclusioni che ostacolino la celebrazione del processo *in absentia* a fronte di comunicazioni non personalizzate circa le scansioni del processo, oppure **strumenti ripristinatori**.

f. A proposito di questi ultimi, in particolare, deve essere garantita al condannato contumace inconsapevole la nuova celebrazione di un procedimento, che si svolga in sua presenza avanti ad un giudice che ascolti le ragioni del condannato e gli consenta l'esercizio del diritto di difesa.

Era evidente che la disciplina italiana sulla restituzione in termini, almeno nella versione offertane dalla sentenza delle Sezioni unite, non assicurava la garanzia del diritto di **personale partecipazione** al processo da parte dell'accusato.

La **Consulta** non ha rimproverato al rimettente l'omessa sperimentazione di una soluzione «convenzionalmente orientata» (che pure sembrava tutt'altro che inconcepibile), e neppure si è indotta ad una decisione su base interpretativa (ad esempio una sentenza interpretativa di rigetto). La Corte piuttosto, opportunamente riconoscendo alla Cassazione la sua preminente funzione nomofilattica, ha fatto applicazione della teorica del **diritto vivente**. Senza dunque assoggettare a verifica (ed a critica) l'assunto che ancor oggi l'art. 175 c.p.p. precludesse il *bis in idem*, i Giudici costituzionali sono partiti da quell'assunto. Ma immediatamente e – si direbbe – inevitabilmente, hanno contraddetto le Sezioni unite in punto di compatibilità tra detto diritto vivente ed i precetti della Costituzione. **Illegittimo** dunque il comma 2 dell' art. 175 c.p.p. « nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato».

Oggi la sentenza ci interessa soprattutto quale snodo essenziale della riflessione nelle Corti costituzionali (non solo quella italiana) circa i **rapporti tra ordinamenti nazionali, ordinamenti sovranazionali e ordinamento internazionale**. Non è questione di gerarchie, ma di «**sistema multilivello**» delle garanzie per i diritti umani, in una interazione virtuosa tra fonti, tale da assicurare sempre la garanzia più estesa tra quelle disponibili. Né la Corte ha «appaltato» il proprio ruolo storico ed istituzionale di garante degli equilibri disegnati dalla nostra Costituzione, perché una trasposizione automatica delle norme e dei *dicta* provenienti dagli ordinamenti sovranazionali non potrebbe mai determinare una lesione di interessi garantiti dalla Costituzione italiana. Concetto già presente nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, ma chiarito e puntualizzato, appunto, con la decisione in esame.

È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato ***mirando alla massima espansione delle garanzie****, anche*

attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.

Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il ***necessario bilanciamento*** *con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali.*

Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che ***la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro****. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di* ***evitare*** *che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. –* ***si sviluppi in modo squilibrato****, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea.*

Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.

In base a questa ricostruzione del sistema – della quale è già stata posta in rilievo una forte carica assiologia – è stato valutato l'assunto delle Sezioni unite secondo cui il diritto di difesa del contumace avrebbe ben potuto soccombere ad una pratica applicazione del **principio di ragionevole durata del processo**, del quale il *ne bis in idem* costituisce un corollario particolarmente importante.

Tale eventualità deve essere esclusa, giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. **Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo**, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata.

Come accennato in apertura le cosiddette **«sentenze gemelle»** del 2007, e le decisioni successive cui abbiamo fatto riferimento, avevano rappresentato, tra l'altro, una barriera eretta dalla Corte contro il movimento per l'«**autoapplicazione**» delle disposizioni della CEDU.

Esula ampiamente dalla funzione di questi appunti una ricognizione delle reazioni che si sono registrate, sul piano dottrinale come su quello giurisprudenziale, all'atteggiamento assunto dalla Consulta.

Vorrei mettere però in rilievo la **difficoltà principale** che deriverebbe da un ampliamento dei casi di **rilevanza diretta** delle norme sovranazionali, sul piano dei diritti umani. In tali casi si registrerebbe la disapplicazione delle norme nazionali che ciascun giudice ritenesse in contrasto con le previsioni sovranazionali. L'obiezione che i margini di prevedibilità delle decisioni si ridurrebbero drasticamente prova troppo, perché anche le norme che regolano i rapporti tra ordinamenti sono norme giuridiche, che devono essere osservate, come tutte le altre, previa interpretazione. È certo per altro che l'affidamento al singolo giudice della decisione sulla compatibilità costituzionale della norma nazionale (perché di questo si tratta, come subito vedremo, nella generalità dei casi) può determinare un quadro di **incertezza e disuguaglianza** nell'attuazione dei diritti fondamentali.

Occorre evidenziare, d'altra parte, l'**ampia coincidenza delle norme di garanzia**, riguardo a diritti fondamentali come la difesa o la libertà personale, che caratterizza la nostra **Costituzione** e gli strumenti sovranazionali, soprattutto la cd. **Carta di Nizza** e la stessa **Convenzione europea** dei diritti dell'uomo. Si è detto da qualcuno che, per i diritti a garanzia multipla, **concorrerebbero più strumenti di tutela**: dalla disapplicazione ad opera del giudice nazionale della norma lesiva, in applicazione diretta di quella sovranazionale, al controllo di legittimità deputato alla Consulta, attraverso la questione incidentale riferita ai singoli parametri (ad esempio, l'art. 24 Cost.). Il rilievo, in realtà, è impreciso.

Più propriamente, sarebbe di fatto **disattivato il controllo incidentale di costituzionalità**, con conseguente eliminazione del meccanismo fondamentale di garanzia della legalità costituzionale dell'ordinamento, e cioè la **eliminazione con effetti *erga omnes* delle norme incostituzionali**. È infatti dato notorio – la stessa Corte costituzionale l'ha affermato più volte – che sono **inammissibili questioni** sollevate riguardo a disposizioni contrastanti con **norme sovranazionali suscettibili di applicazione diretta**. Infatti, è condizione generale, per un valido instaurarsi del giudizio di costituzionalità, che il giudice *a quo* debba **fare applicazione** della norma che ritiene illegittima. Per definizione, dovendo il giudice **disapplicare** la norma interna quando contrasta con quella sovranazionale autoapplicativa, la condizione di rilevanza non sussiste.

Uno squilibrio intollerabile, sembrerebbe.

Va anche considerato che una **tutela «sistemica dei diritti»**, ove la dilatazione dell'uno non implichi l'annichilimento di quelli potenzialmente configgenti, richiede una **regola di bilanciamento** che non può non risiedere nel **nostro assetto costituzionale**.

Nondimeno, il «**movimento per l'autoapplicazione**» ha preso nuovo vigore a partire dal **1° dicembre 2009**, e ciò naturalmente in forza dell'entrata in vigore del **Trattato di Lisbona**, con l'ulteriore implicazione della operatività della nuova disciplina contenuta nell'**art. 6 del TUE**.

Trascrivo qui, per comodità, il testo della norma.

Articolo 6 (ex articolo 6 del TUE)

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella **Carta dei diritti fondamentali** dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che **ha lo stesso valore giuridico dei trattati**.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'**Unione aderisce alla Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. **I diritti fondamentali**, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, **fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali**.

Ho già evidenziato, nel testo che precede, i punti sui quali si è maggiormente concentrato il dibattito:

a. Adesione dell'Unione alla Convenzione, e dunque sua sottoposizione, come soggetto del diritto internazionale, agli obblighi nascenti dalla Convenzione ed alla giurisdizione della Corte di Strasburgo.

b. Riferimento ai diritti riconosciuti dalla Convenzione quali oggetto del diritto dell'Unione alla stregua di principi fondamentali.

c. Carta di Nizza con valore di norma trattatistica, e dunque di sicura rilevanza all'interno dei singoli ordinamenti.

Per inciso, la «trattatizzazione» della Carta di Nizza riguarderebbe di fatto anche le norme della Convenzione, in forza della nota «**clausola di equivalenza**» posta dall'art. 52 della stessa Carta. Trascrivo anche questa norma per comodità di consultazione:

Articolo 52. ***Portata e interpretazione dei diritti e dei principi***

omissis

3.Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi **sono uguali** a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

4.Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.

omissis

Un complesso di argomentazioni, essenzialmente fondate sui riferimenti normativi che ho richiamato, ha portato parte degli interpreti a prospettare una «**comunitarizzazione**» delle norme europee di garanzia dei diritti umani, e dunque una efficacia negli ordinamenti nazionali tale da emulare quella, ormai sperimentata da decenni, che conduce alla disapplicazione delle norme contrastanti con disposizioni comunitarie *self-executing.*

Riscontri di questa tendenza si sono avuti anche in **giurisprudenza**. A titolo di esempio si può citare una decisione del **Consiglio di Stato** (2 marzo 2010, n. 1120) ed una del **T.a.r. del Lazio** (18 maggio 2010, n. 11984).

È apparso subito chiaro, però, il **diverso atteggiamento della Consulta**. Nella giurisprudenza sul tema possono distinguersi due fasi, che seguiremo cronologicamente nelle prossime pagine.

Una **prima fase** è stata caratterizzata dalla (perdurante) **negazione implicita di effetti diretti delle disposizioni convenzionali** in forza del

dato normativo sopravvenuto alle «sentenze gemelle». Infatti la Corte, anche dopo il 1° dicembre 2009, ha continuato a valutare le norme convenzionali quali «**parametri interposti**», rilevanti nella prospettiva del primo comma dell'art. 117 Cost., talvolta respingendo e talvolta accogliendo **questioni incidentali di costituzionalità** che altrimenti, per le ragioni già sopra illustrate, avrebbero dovuto considerarsi inammissibili.

Una **seconda fase** si è aperta in tempi più recenti. La Corte ha **affrontato esplicitamente il tema** della pretesa comunitarizzazione, illustrando articolatamente le ragioni per le quali, ancor oggi, le norme convenzionali di cui si tratta sono **insuscettibili di applicazione diretta** nel nostro ordinamento, con la conseguenza che le disposizioni interne con esse configgenti dovranno essere sindacate con l'incidente di costituzionalità.

Con una sola e probabilmente ovvia **precisazione**. La Corte ha già avuto modo di chiarire (ad esempio, con la **sentenza n. 227 del 2010**, *infra*) che la centralità sistematica assunta dal «nuovo» **art. 117 della Costituzione**, secondo il quale Stato e Regioni sono obbligati a conformare le proprie leggi agli impegni derivanti dal diritto internazionale e da quello comunitario, non implica che sia venuta meno la costruzione fondata sulla storica sentenza *Granital*. Il vincolo nascente dalle norme comunitarie munite di efficacia diretta non riguarda solo Stato e Regioni, ma continua ad investire i singoli giudici chiamati a definire controversie in cui rilevino le disposizioni del diritto dell'Unione. Permane dunque il **meccanismo della disapplicazione** delle norme configgenti, in forza della diretta efficacia, in senso verticale, di quelle comunitarie. E la Corte, appunto, lo ha ribadito.

Abbiamo del resto vissuto, nei primi mesi del 2011, un massiccio **fenomeno di disapplicazione delle norma penali in materia di immigrazione,** e più precisamente di inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal questore, a maggior ragione dopo che la **Corte di giustizia dell'Unione Europea**, con la sentenza del **28 aprile 2011 nel caso El Dridi**, ha stabilito l'incompatibilità delle fattispecie incriminatrici richiamate con il diritto dell'Unione, ed in particolare con la cd. «**direttiva rimpatri**». Torneremo naturalmente sull'argomento.

Qui piuttosto, per ultimare il quadro di sintesi, va ricordato come la Consulta abbia fatto applicazione anche del **principio concorrente** per il quale, nel caso di contrasto tra disposizione interna e norma di diritto dell'Unione **sprovvista di efficacia «autoapplicativa»**, il rimedio consiste nella questione di legittimità costituzionale, tradizionalmente fondata sull'art. 11 della Costituzione e «ora» anche sul primo comma del successivo art. 117.

Vi sono stati dunque diversi esempi di norme «convenzionalmente» illegittime, cioè norme che la Corte ha espunto dall'ordinamento per il ritenuto contrasto – rilevante ex art. 117, primo comma, Cost. – con una disposizione della C.E.D.U.

Un esempio rilevante, anche nel merito, è dato dalla **sentenza n. 93 del 2010**, intervenuta in materia di necessaria **pubblicità delle udienze**, con specifico riguardo al procedimento di merito per l'applicazione delle **misure di prevenzione**.

È già noto come la sentenza abbia dichiarato: «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423* (…) *e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575* (…), *nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, **davanti al tribunale e alla corte d'appello**, nelle forme dell'udienza pubblica*».

La Corte si è mossa dalla verifica dell'assunto interpretativo sotteso all'ordinanza di rimessione, e cioè che il regime vigente non consentisse di celebrare udienza pubblica neppure in caso di **richiesta dell'interessato**. Le leggi speciali prescrivono in effetti la procedura in camera di consiglio, e la relativa disciplina prevede che l'udienza si svolga in assenza del pubblico (in questo senso si erano pronunciate anche le **Sezioni unite** della Cassazione nel 2003, con la sentenza n. 26156, Di Filippo).

Ciò premesso, va ricordato che l'**art. 6, paragrafo 1**, della CEDU stabilisce che «*ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata* […], *pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale* […]», soggiungendo, altresì, che «*il giudizio deve essere pubblico, ma l'ingresso nella sala di udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia*».

Inutile ricordare le ragioni di garanzia che sottendono al principio. Va detto, piuttosto, che per ben tre volte la **Corte di Strasburgo** l'aveva ritenuto applicabile anche al nostro procedimento prevenzionale (sentenza 13 novembre 2007, nella causa Bocellari e Rizza contro Italia; sentenza 8 luglio 2008, nella causa Pierre ed altri contro Italia; sentenza 5 gennaio 2010, nella causa Bongiorno contro Italia). Condannando il nostro Paese, la Corte ha ritenuto «essenziale», ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma sopra citata, «*che le persone* […] *coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello*».

La Convenzione, in effetti, ammette **eccezioni al principio di pubblicità**, ma, in linea generale, solo per specifiche caratteristiche del caso concreto, e non per una intera tipologia di procedimenti. È concepibile

anche una deroga per tipo di procedura, ma solo quanto a giudizi a carattere «**altamente tecnico**». Nondimeno, per questi casi, la Corte europea ha più volte affermato che la legge deve consentire almeno una pubblicità «a domanda» dell'interessato.

Quindi un divieto positivo ed incondizionato di celebrare udienza pubblica risulta illegittimo, anche per i giudizi «altamente tecnici», ed a maggior ragione per quelli che siano privi di tale caratteristica. Ne consegue che il giudizio di prevenzione – il quale pure può rientrare nella categoria indicata, almeno per le **misure patrimoniali** – non tollera l'assenza, per l'interessato che lo desideri, di un controllo pubblico sul suo svolgimento.

In base a queste premesse, non sorprende che la Corte abbia ritenuto la violazione dell'**art. 117, primo comma, Cost.**

Seguendo lo schema delle sentenze gemelle, si è escluso per un verso che la norma convenzionale sia essa stessa in contrasto con la nostra Carta costituzionale. Anzi, sebbene la **Costituzione** non faccia menzione della pubblicità tra le garanzie del giusto processo, la nostra Consulta aveva già più volte affermato che la stessa pubblicità «costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione (sentenze n. 373 del 1992; n. 69 del 1991; n. 50 del 1989; n. 212 del 1986; n. 17 e 16 del 1981; n. 12 del 1971 e n. 65 del 1965). Il principio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenza n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sentenza n. 12 del 1971)».

D'altra parte il giudizio prevenzionale non può certo considerarsi una mera procedura amministrativa: «*Si tratta … di un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo, come del resto nel procedimento a quo), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965). Il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato*».

Un'ultima avvertenza. La Corte si è preoccupata dell'eventualità che la domanda dell'interessato possa pregiudicare, nel caso concreto, interessi garantiti dalla **riservatezza della procedura**. In questi casi la stessa Corte di Strasburgo ammette il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico.

In sostanza la fattispecie sarà regolata, nei suoi profili sostanziali e procedurali, a norma dell'art. 472 cod. proc. pen.

A titolo di completa informazione si segnala che una questione analoga a quella accolta con la sentenza appena illustrata è stata trattata dalla Corte con la recente **ordinanza n. 159 del 2011**. Com'è ormai d'uso, avendo la questione perso il suo oggetto per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità della norma censurata, la questione stessa è stata dichiarata **manifestamente inammissibile**.

Un esempio ulteriore di illegittimità «convenzionale» era venuto dalla **sentenza n. 196 del 2010**, a proposito della applicazione «retroattiva» della **confisca obbligatoria** che il legislatore aveva introdotto, a partire dal 2008, per il veicolo condotto da persona sorpresa alla **guida in stato di ebbrezza**.

Con la sentenza in questione, la Corte aveva dichiarato la **illegittimità costituzionale**, limitatamente alle parole «*ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale*», dell'art. 186, comma 2, lettera *c*), del Codice della strada, come modificato, appunto, dall'art. 4, comma 1, lettera b), del decreto-legge n. 92 del 2008 (convertito, con modificazioni, dalla legge 125 del 2008).

È noto che la Costituzione italiana, attraverso la specifica indicazione del terzo comma dell'art. 25, sembra ammettere, dal punto di vista della successione nel tempo delle norme regolatrici, una disciplina differenziata delle **misure di sicurezza**, non precludendo ipotesi di **applicazione «retroattiva»**. È altrettanto noto, però, che la Corte di Strasburgo – attraverso una serie di provvedimenti che in questa sede non è possibile analizzare in dettaglio – ha adottato una **nozione sostanziale** di pena, quando si tratta di valutare eventuali violazioni dell'**art. 7 della Convenzione** europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui pone un **divieto di applicazione retroattiva**.

Di qui la crisi del nostro istituto della **confisca**, che il legislatore aveva concepito quale misura di sicurezza ma che assume sempre più spesso una evidente **natura sanzionatoria**. Di qui, in particolare, la crisi delle norme che configurano la possibilità di applicazione retroattiva di nuove previsioni di confisca, a partire all'art. 200, primo comma, cod. pen. (cui rinvia, quanto alle misure di sicurezza patrimoniali, l'art. 236, secondo comma, del medesimo codice), in base alla quale «le **misure di sicurezza** sono regolate dalla **legge in vigore al tempo della loro applicazione**».

È noto che, riguardo alla **confisca per equivalente**, con la **sentenza n. 97 del 2009**, la Consulta aveva adottato la strategia della **interpretazione adeguatrice**: la considerazione cioè della confisca quale misura «eminentemente sanzionatoria», con conseguente operatività del divieto di applicazione retroattiva.

Nel caso della **confisca del veicolo** imposta dal codice della strada si è individuato un ostacolo per una soluzione analoga: il riferimento testuale all'art. 240 c.p., che invece manca nell'art. 322-*ter* dello stesso codice, riferimento che la Corte ha probabilmente inteso nel senso che la confisca regolata da quella norma è «per forza» una misura di sicurezza.

Si è stimato allora necessario, ma anche sufficiente, rimuovere il richiamo alla norma codicistica per ottenere l'effetto preclusivo necessario a garantire conformità della disciplina con l'art. 7 della Convenzione europea e dunque con l'art. 117, comma primo, della nostra Costituzione.

Inutile approfondire ulteriormente la questione, dato anche che, successivamente alla sentenza, la **legge 29 luglio 2010, n. 120** (Disposizioni in materia di sicurezza stradale) è intervenuta profondamente sulla materia fin qui trattata, in particolare con l'art. 33, di modifica della lett. c) del secondo comma dell'art. 186 cds. In particolare la confisca è stata legislativamente definita quale sanzione amministrativa accessoria.

Abbiamo ricordato la decisione, qui, soprattutto perché espressiva della perdurante considerazione delle **norme della Convenzione e.d.u.**, da parte della Consulta, quali parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale *ex* art. 117, primo comma, della Costituzione.

Insomma, come annunciato, oltre un anno di pronunce con le quali la Consulta, pur non trattando espressamente il tema della pretesa «**comunitarizzazione**» della Carta di Nizza o della stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha nei fatti negato che gli strumenti in questione abbiano assunto **efficacia diretta** nel nostro ordinamento.

Tuttavia, come pure si è anticipato, il momento di una presa di posizione espressa ed argomentata è alla fine venuto, con la **sentenza n. 80 del 2011**, ancora una volta pertinente al tema della **pubblicità delle udienze** nei procedimenti per l'applicazione delle **misure di prevenzione**.

Il problema di partenza è già stato sopra illustrato, e ne ripeterò i soli termini essenziali. L'art. 6 della Convenzione europea assicura ad ogni persona il diritto ad **un'equa e pubblica udienza** per la determinazione dei suoi diritti o per la verifica di fondatezza delle accuse che le vengono rivolte. La **Corte di Strasburgo** ha più volte stabilito che, in applicazione di tale principio, il nostro ordinamento deve riconoscere la possibilità, per coloro nei cui confronti sia proposta l'applicazione di una **misura di prevenzione**, di chiedere ed ottenere la trattazione della causa in regime di pubblicità. Proprio alla luce della giurisprudenza indicata, facendo applicazione del parametro rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost., la **Corte costituzionale** aveva recentemente stabilito l'illegittimità della norma che precludeva al giudice, nella **fase di merito** del procedimento di prevenzione, la possibilità di disporre, su richiesta dell'interessato, che il procedimento stesso fosse celebrato in forma pubblica (**sentenza n. 93 del 2010**).

Il problema si è riproposto per la **fase di legittimità** del procedimento, ed infatti la nuova questione risolta dalla Corte era stata sollevata dalla Cassazione, ancora una volta con riguardo al primo comma dell'art. 117

Cost.: si chiedeva fossero dichiarati illegittimi gli artt. 4 della legge n. 1423 del 1956 e 2-*ter* della legge n. 575 del 1965, n. 575, che riguardano rispettivamente la prevenzione in materia di criminalità comune e quella concernente la criminalità mafiosa. Lo schema di ragionamento era quello ormai consueto: la norma interna contrasta con la norma convenzionale, che funge da parametro interposto.

Ebbene, la Corte ha esordito riconoscendo come, nella prospettiva della C.e.d.u., la **pubblicità delle udienze** debba rappresentare una **regola**, che ammette eccezioni solo in base a peculiari caratteristiche del caso concreto, oppure per procedure particolari, di contenuto essenzialmente tecnico. Tali eccezioni, per altro, sono state generalmente ammesse dai giudici di Strasburgo in procedure che, comunque, contemplano una fase pubblica di discussione della causa portata in giudizio.

Ora, proprio per effetto della già citata sentenza n. 93 del 2010 (successiva all'ordinanza di rimessione), anche il nostro procedimento di prevenzione è ormai segnato dalla pubblicità (o meglio, dalla possibilità di uno svolgimento in forma pubblica), nella fase che si svolge innanzi al Tribunale ed in quella concernente la Corte di appello. È rimasto tuttavia sul tappeto il dubbio di compatibilità con la Convenzione delle norme, non incise dalla sentenza, che regolano il **giudizio di prevenzione** innanzi alla **Corte di cassazione**.

> Per comprendere come mai la Consulta abbia deciso di verificare l'eventualità di una sopravvenuta **efficacia diretta** delle norme convenzionali, occorre sapere che la parte privata del giudizio *a quo*, costituitasi anche nel giudizio di costituzionalità, ha sostenuto proprio la tesi secondo cui la Corte di cassazione **avrebbe dovuto disapplicare la norma interna configgente**, e disporre direttamente che la trattazione del ricorso fosse compiuta in forma pubblica. Sennonché, ha osservato la stessa Consulta, se l'assunto della parte fosse stato fondato, la questione sollevata dalla Cassazione avrebbe dovuto considerarsi **inammissibile per irrilevanza**. È un dato acquisito della giurisprudenza costituzionale: se il giudice interno assume che la norma nazionale pertinente alla fattispecie concreta si trovi in conflitto con una disposizione "comunitaria" (ma dovrebbe ormai dirsi "dell'Unione"), e ritiene tale disposizione munita di efficacia diretta nel nostro ordinamento, **non deve fare applicazione della norma interna**; e tutti sanno, naturalmente, che la necessità di applicare la norma censurata nel giudizio *a quo* è la prima condizione di rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

Sono ormai noti (cfr. *supra*) gli **argomenti principali** a sostegno di una «rinnovata» prospettazione di efficacia diretta per la C.e.d.u. e per la Carta di Nizza, dopo che, con riguardo alla prima, le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 avevano espresso l'assunto contrario. Li ripeto brevemente. L'**art. 6 del Trattato** sull'Unione europea, nel testo in vigore dal 1° dicembre 2009 per effetto del Trattato di Lisbona, stabilisce al primo paragrafo che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo **stesso valore giuridico dei trattati**». La norma prosegue – per quanto

interessa – prevedendo, al paragrafo 2, che «**l'Unione aderisce alla Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Infine, il terzo paragrafo recita che «i **diritti fondamentali**, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto **principi generali**».

Rinviando com'è ovvio alla trattazione analitica che si trova in sentenza, si può dire con sintesi estrema come la Corte abbia «neutralizzato» i tre elementi di novità.

Anzitutto l'**adesione della UE**, quale soggetto della comunità internazionale, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: come in altre occasioni (ad esempio, la sentenza n. 250 del 2010 in materia di diritto penale dell'immigrazione), la Corte ha negato alla norma ogni attualità di effetti, posto che la relativa procedura è ancora in corso (non senza avvertire, con tono incidentale, della possibilità di «altri rilievi»).

In secondo luogo, la **valenza dei diritti** riconosciuti dalla Convenzione quali **principi generali** del diritto dell'Unione era già stabilita nel testo precedente dell'art. 6 del Trattato UE, e la Corte aveva già ritenuto nel 2007 (con argomenti richiamati nell'occasione odierna) la sua irrilevanza a fini di determinazione dell'efficacia delle norme convenzionali negli ordinamenti nazionali: «*i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario* (...) *è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale*».

Altrettanto va detto infine, a parere della Consulta, quanto alla **equiparazione ai Trattati** della Carta di Nizza. Secondo parte degli interpreti, tale equiparazione conferirebbe alla Carta gli stessi effetti «interni» delle norme trattatistiche. Non solo: poiché il terzo paragrafo dell'art. 52 contiene la nota «**clausola di equivalenza**» tra i livelli di tutela garantiti dalla Carta e quelli assicurati dalla Convenzione europea, l'effetto di «trattatizzazione» si estenderebbe, appunto, anche alla Convenzione.

In realtà – osserva la Corte – gli Stati riuniti a Lisbona hanno espresso con chiarezza il concetto che, pur doverosamente manifestando un'opportuna tensione verso la generalizzata promozione ed assicurazione dei diritti umani al proprio interno, l'Unione non ha inteso estendere le proprie competenze in siffatta direzione (lo stesso art. 6 del Trattato UE, al paragrafo 1, primo alinea, stabilisce che «le disposizioni della Carta **non estendono** in alcun modo le **competenze** dell'Unione definite nei trattati»). Un concetto già espresso nell'ambito della stessa Carta di Nizza, la quale, all'art. 51, stabilisce come le disposizioni in essa contenute si applichino «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri **esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione**».

Che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea è stato già escluso più volte dalla Corte di giustizia, sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (tra le altre, sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU).

Insomma, il presupposto per applicabilità della Carta di Nizza è che «*la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia* ***disciplinata dal diritto europeo*** *– in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e* ***non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto***».

La Corte può dunque tornare al problema di partenza. L'eventuale contrasto della norma censurata con l'art. 6 della C.e.d.u. non potrebbe che condurre ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale. La questione sollevata dalla Corte di cassazione, nella parte in cui non è stata risolta dalla sentenza n. 93 del 2010, è dunque ammissibile. L'ipotizzato contrasto, tuttavia, non sussiste.

I giudici di Strasburgo non hanno mai affermato violazioni della norma convenzionale riguardo a **procedure** non pubbliche che avessero ad oggetto **questioni di diritto**. L'omissione, secondo la Consulta, corrisponde all'essenza dei principi enunciati nella materia in esame.

Per verificarne la compatibilità con il principio di pubblicità, i modelli procedimentali vanno infatti apprezzati nel loro complesso,di talchè, quando è preceduta da udienze che sono (o possono essere) aperte al pubblico, una **fase finale dedicata esclusivamente alla verifica di legittimità** può utilmente essere celebrata in forma non partecipata (da ultimo, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia).

In effetti, l'esigenza del controllo pubblico sul corretto esercizio della giurisdizione è particolarmente pressante nella fase di **assunzione** delle prove, e delle **prove dichiarative** in particolare, mentre si attenua riguardo a procedure assolutamente tecniche, centrate sulla discussione tra operatori del processo.

In definitiva – e la conclusione sembra valevole per l'intero modello del **giudizio camerale di legittimità** (art. 611 c.p.p.), almeno quando lo stesso consegue a procedimenti di merito aperti alla partecipazione del pubblico – il giudizio di cassazione può svolgersi nella necessaria assenza di estranei, senza che da questo derivi una violazione dell'art. 6 della C.e.d.u., così come interpretato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ed eccoci finalmente alla **sentenza n. 236 del 2011**, che presenta grandissima importanza da **più punti di vista**.

In primo luogo la Corte è stata chiamata a valutare nuovamente la compatibilità costituzionale della **disciplina transitoria** fissata, nell'art. 10 della legge n. 251 del 2005, per l'applicazione delle nuove norme in materia di **prescrizione del reato**.

Poiché un *revirement* della decisione di infondatezza già deliberata riguardo a questioni analoghe (*infra*) è stato sollecitato in base alla pretesa «**costituzionalizzazione» del principio di retroattività della *lex mitior***, si è determinata la necessità di verificare il fondamento di tale assunto. E poiché l'assunto veniva riferito a prese di posizione delle **Corti sovranazionali**, ed in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è dovuta riprendere ed approfondire la riflessione sulla portata effettiva del **vincolo interpretativo** che pure, riguardo alle norme C.E.D.U., era stato riconosciuto a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007.

Cominciamo dal problema concreto, cioè dalla **retroattività solo parziale** delle norme più favorevoli in tema di prescrizione.

La cronologia degli avvenimenti è nota a tutti. L'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005 fissava originariamente alla **dichiarazione di apertura del dibattimento** di **primo grado** la soglia di progressione dei giudizi raggiunta la quale, alla data di entrata in vigore della novella, le norme più favorevoli in materia di prescrizione non potevano applicarsi. Con la **sentenza n. 393 del 2006**, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, ritenendo che la scelta legislativa del fattore discriminante non fosse «assistita da ragionevolezza» e quindi violasse l'art. 3 Cost. Per effetto della pronuncia i nuovi termini più favorevoli di prescrizione erano rimasti inapplicabili nei soli processi **già pendenti in grado di appello** o avanti alla Corte di cassazione.

> Non mi dilungo qui sulla miriade di problemi e contrasti che è derivata dal riferimento ad un concetto normativamente oscuro, cioè quello della **pendenza in appello**. Ricordo solo che, dopo un lungo contrasto, la nozione è stata fissata dalle **Sezioni unite**, con riguardo alle impugnazioni proposte contro **sentenze di condanna**, nei termini seguenti: «ai fini dell'operatività delle disposizioni transitorie della nuova disciplina della prescrizione, la pronuncia della sentenza di condanna di primo grado de-termina la pendenza in grado d'appello del procedimento, ostativa all'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli» (Cass., Sez. un., 10 dicembre 2009, n. 47008, D'Amato). Secondo una parte della giurisprudenza, la questione si pone in termini diversi nel caso di gravame proposto contro le **sentenze di assoluzione**, ed il contrasto dovrebbe essere risolto dalle stesse Sezioni unite il 21 novembre prossimo.

Ma torniamo alla **compatibilità costituzionale** della disciplina vigente. Diverse corti di appello, e la stessa Cassazione, avevano ritenuto a questo punto ingiustificata la discriminazione operata nei confronti degli imputati sottoposti a giudizio in procedimenti progrediti già oltre la soglia rappresentata dalla sentenza di primo grado.

Dunque la norma «risultante» dall'intervento della Corte era stata nuovamente investita da questioni di legittimità costituzionale, che la Consulta, con la **sentenza n. 72 del 2008**, aveva giudicato prive di fondamento, ritenendo ragionevole il residuo limite posto alla retroattività del più favorevole regime di prescrizione del reato.

La Corte di Cassazione è tuttavia tornata alla carica, recentemente, negando che ancor oggi si regga l'assunto posto alla base della decisione del 2008, e cioè che nella nostra Costituzione il principio di retroattività della *lex mitior* non sarebbe riconosciuto in assoluto, pur ponendosi, alla luce del principio di uguaglianza, il problema di una **verifica di ragionevolezza** del criterio di discriminazione individuato per impedire l'applicazione generalizzata di una legge sopravvenuta più favorevole. Verifica da condurre in termini di scrutinio stretto (cioè di verifica in positivo, anziché in termini di non manifesta irragionevolezza), dato il riconoscimento che al principio di retroattività è stato accordato dalle Carte sovranazionali dei diritti.

Ecco, secondo la Cassazione, al **principio di uguaglianza** sarebbe oggi affiancato quello di **osservanza degli impegni internazionali** assunti dall'Italia, se non addirittura al

diritto comunitario. E poiché, **secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo**, l'art. 7 della C.E.D.U. conterrebbe per implicito un principio di **necessaria retroattività della *lex mitior***, ecco che contrasterebbe con l'**art. 117, comma primo**, della Costituzione una norma interna che introduca una regola contraria a quella della retroattività. L'allusione della Cassazione riguarda ovviamente la decisione assunta dalla Corte di Strasburgo con la sentenza della **Grande Camera** del 17 settembre 2009 (**Scoppola contro Italia**), così riassumibile: «l'art. 7 della Convenzione, che stabilisce il principio del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, incorpora anche il corollario del diritto dell'accusato al trattamento più lieve».

Studiamo allora, con necessario dettaglio, i passaggi della decisione assunta dalla Consulta, nel senso della **infondatezza** della questione sollevata dalla Corte di legittimità.

Naturalmente si è ribadito, in primo luogo, che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., attraverso il **parametro interposto** rappresentato, appunto, dalla norma convenzionale. Spetta per altro alla Corte verificare se la norma della Convenzione – norma che si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In questa, seppur eccezionale, ipotesi, deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato.

Ma ecco un primo elemento di novità o meglio di «**precisazione**» del **vincolo interpretativo** scaturente dalle **decisioni della Corte e.d.u.**

Dopo aver ripetuto che l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo **non potrebbe essere sindacata**, e che dunque le norme convenzionali devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla stessa Corte, la Consulta osserva che le spetta invece, e certamente, «valutare come ed in qual misura **il prodotto dell'interpretazione** della Corte europea **si inserisca nell'ordinamento costituzionale** italiano».

Ed ecco i passaggi cruciali, che conviene citare testualmente: «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, **in termini di interpretazione e bilanciamento**, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza» (…) A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da **rispettarne la sostanza**, ma con un **margine di apprezzamento** e di adeguamento che le consenta di tener conto delle **peculiarità dell'ordinamento giuridico** in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi».

Quanto al **principio di retroattività della legge più favorevole**, la Corte ricorda come avesse ribadito, ancora nel 2006 (con la già citata sentenza n. 393), che «il **principio di eguaglianza** costituisce (…) non solo il fondamento, ma anche il limite dell'**applicabilità retroattiva** della *lex mitior*. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività *in mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo». Con la stessa decisione si era però riconosciuto l'interesse espresso per il principio di retroattività dal **diritto sovranazionale** (art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza; art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

In base a queste ed altre fonti, le **Corti europee** hanno solennemente accreditato l'influenza cogente del principio di retroattività. A livello dell'Unione, più volte

definendolo parte delle **tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri** e, come tale, parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto interno adottato per attuare l'ordinamento comunitario (sentenza 3 maggio 2005, **Berlusconi** e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; sentenze 11 marzo 2008, **Jager**, C-420/06, e 28 aprile 2011, **El Dridi**, C-61/11). Nell'ordinamento della Convenzione, considerandolo corollario del **principio di legalità**, secondo gli enunciati già citati della sentenza **Scoppola** del 2009, e della più recente decisione **27 aprile 2010**, **Morabito** contro Italia.

Ebbene, la Corte costituzionale riconosce che le pronunce di Strasburgo hanno trasformato **l'art. 7** della Convenzione europea in un **parametro interposto** per la valutazione di legittimità costituzionale, *ex* art. 117 Cost., di norme derogatorie al principio di retroattività della legge più favorevole. Non solo, perché la Corte riconosce la **non sindacabilità** dell'affermazione – che pure nella giurisprudenza di Strasburgo ha rappresentato un *revirement* assai clamoroso – secondo la quale «se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono **più favorevoli** all'imputato».

Tuttavia, in pratica applicazione e concreto sviluppo della propria rivendicazione del ruolo di **ermeneuta del diritto convenzionale, compreso quello scaturente dai *dicta* della Corte europea**, la Corte nega che il principio di retroattività **abbia carattere assoluto** al pari di quello di irretroattività della norma sfavorevole.

Ed ecco il «recupero», nel quale risuona la eco di critiche dottrinali alle letture formalistiche delle **sentenze gemelle** (o, direttamente, alle sentenze medesime): «Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola resta pur sempre **legata alla concretezza della situazione** che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a **trasporre il principio affermato** dalla Corte di Strasburgo nel **diritto interno** e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio».

D'altra parte – rileva la Consulta – nella sentenza Scoppola i giudici europei **non hanno escluso**, perché non avevano ragione di farlo, che il principio di retroattività *in mitius* ammetta deroghe, ed anzi hanno ammesso la legittimità di uno sbarramento (quello del **giudicato**) che per l'ordinamento italiano non è invece più tale. Soprattutto, la Corte europea si sarebbe limitata ad affermare che la **vigenza della legge più severa al momento del fatto** non può da sola giustificare limiti alla efficacia retroattiva della legge sopravvenuta: «infliggere una pena più severa **solo** perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo». Ed allora, ragiona la Consulta, «se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che **la soluzione può essere diversa** quando le **ragioni per escluderla** siano altre e consistenti».

Come si vede, **non un attacco frontale** all'autorità della Corte europea, ma una **interpretazione «orientata»** dei suoi *dicta*. E voglio subito aggiungere che non si tratta di un **espediente**. Non solo c'è da dire, come già accennato, che la Corte di Strasburgo aveva espresso numerosi precedenti contrari prima dell'arresto Scoppola. Come vedremo tra pochissimo, la stessa Corte ha avallato imperturbabile l'applicazione retroattiva di norme peggiorative del regime della prescrizione, a dimostrazione che il pressante riferimento all'**incidenza delle legislazioni nazionali e delle caratteristiche del caso concreto** nella

decisione dei ricorsi e nella enunciazione dei relativi principi di diritto non è solo strumentale.

> Credo sia lecito affermare che sentenza Scoppola potrebbe essere stata condizionata dal fatto che l'interessato era stato condannato all'**ergastolo**, in regime di rito abbreviato, pur avendo formulato la relativa richiesta in un momento in cui la legge chiaramente fissava in **trenta anni** di reclusione il massimo della sanzione applicabile nell'ambito del rito, in forza di una inqualificabile «legge di interpretazione autentica», dunque *ex se* munita di efficacia retroattiva, che avrebbe indignato qualunque osservatore esterno. In pratica, si era riformata la disciplina del giudizio abbreviato in guisa da imporre la pena detentiva temporanea anche in caso di pluralità di delitti puniti ciascuno con la pena dell'ergastolo, e di fronte alle proteste dell'opinione pubblica qualcuno, per evitare che nel frattempo tutti gli appartenenti alla criminalità organizzata che si erano affrettati a cogliere l'attimo fossero condannati solo a pene temporanee, aveva avuto la "trovata" di imporre retroattivamente il *revirement* legislativo, definendo interpretativa una norma dal chiaro valore di novazione.
>
> Sarebbe stata indifferente una situazione fisiologica, in cui non si trattasse di «piegare» il principio di retroattività ad una funzione singolare di **ripristino di effettività** del patto intervenuto tra ordinamento nazionale e singolo?

Occorre insomma – dice la nostra Corte –stabilire sempre **quale sia esattamente la portata della regola** enunciata dai giudici dei diritti umani, anche alla luce della controversia che detti magistrati erano chiamati a risolvere, e comunque secondo gli **ordinari strumenti dell'ermeneusi**.

Nella specie: la regola **non è quella della retroattività necessaria**, ma quella della necessità di giustificazioni qualificate per **limitazioni della retroattività** della *lex mitior*, che restano **ammissibili**.

Quali sono, poi, le «**leggi penali**» per le quali si imporrebbe l'applicazione retroattiva?

Qui la traccia per un «**secondo restringimento**» della portata delle pronunce di Strasburgo viene desunta dallo stesso tenore letterale delle sentenze Scoppola e Morabito, ove il principio di retroattività *in mitius* viene riferito alle «disposizioni che **definiscono i reati e le pene** che li reprimono»

Non v'è dunque coincidenza, osserva la Consulta, tra la nozione di «**legge penale**» rilevante per l'art. **7 della Convenzione** e quella accolta nel nostro ordinamento, e segnatamente nell'**art. 2 del codice penale.** Quest'ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni. Tornando di contro al piano sovranazionale, sia l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia l'art. 49 della Carta di Nizza, infatti, non si riferiscono a qualsiasi disposizione penale, ma solo alla «legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve».

Ed ecco, anche in questa seconda prospettiva, una **valorizzazione del «caso concreto»**, chiaramente fondata e del tutto ragionevole (*supra*): nel caso Scoppola si discuteva non già di una norma dotata di incidenza indiretta sul trattamento della fattispecie, ma di **un valore edittale** della pena (sia pure attraverso la mediazione della norma processuale sul rito abbreviato).

Dunque la regola è: il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguarda «esclusivamente la **fattispecie incriminatrice** e la **pena**, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità».

Per la Consulta è facile attribuire all'altra Corte una nozione di legge penale che – stando sul concreto – non comprenda la prescrizione. Una cosa però la voglio dire. C'è infatti un **precedente di Strasburgo sulla prescrizione** (in una causa belga), ove addirittura è stata ammessa l'**efficacia retroattiva di una modifica peggiorativa**, cioè del sopravvenuto allungamento dei termini. La Corte europea ha così operato considerando che la prescrizione, nel contesto dell'ordinamento belga, è istituto a carattere processuale, ma certamente ha **escluso**, nel contempo, **che l'istituto sia compreso nella prescrizione dell'art. 7 della Convenzione,** finanche nel suo nucleo più forte e tradizionale. Alludo qui alla sentenza del **22 giugno 2000**, ***Coëme** e altri c. Belgio,* con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che aveva allungato, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati.

Poste allora due fondamentali «**precisazioni**» della «norma» prodotta a Strasburgo, la soluzione del caso di specie è divenuta agevole, e la Corte costituzionale è parsa in certo senso seguire **due percorsi alternativi**.

Il primo è che la disciplina della **prescrizione**, pur essendo certamente compresa nella nozione di «**legge penale**» rilevante per l'art. 2 c.p. (la Corte non poteva certo smentire i numerosi suoi precedenti in tal senso), resta estranea alla corrispondente nozione a fini di applicazione dell'**art. 7 della Convenzione europea**, pur recepita nell'interpretazione datane dai giudici di Strasburgo. Dunque il regime della transizione da una disciplina all'altra, nella prospettiva del diritto costituzionale, torna a gravitare essenzialmente sulla regola di ragionevolezza imposta dall'art. 3 Cost.

Secondo percorso: per **qualunque legge penale**, anche quella rilevante *ex* art. 7 C.e.d.u., i limiti all'applicazione retroattiva non sono del tutto preclusi, ma devono essere giustificati da **fattori aggiuntivi**, non bastando la considerazione che il reo si vedrebbe applicato proprio il trattamento "minacciato" al momento della sua condotta antigiuridica.

Nell'un verso e nell'altro, come la Consulta già aveva detto con la **sentenza 72 del 2008,** la disciplina transitoria della *ex Cirielli* è oggi pienamente **razionale**, nella prospettiva della valorizzazione delle risorse processuali già impiegate, della funzionalità del sistema penale, dell'esaurimento tendenziale della fase di raccolta delle prove, della stessa *ratio* dell'istituto della prescrizione.

Un'ultima notazione. La Corte non aveva interesse a precisarlo, data la selezione dei parametri operata dal giudice rimettente, ma la compiuta **delimitazione della nozione di legge penale** nell'ambito degli ordinamenti sovranazionali sembra utile, e forse prodromica, a fronteggiare questioni dello stesso genere che vengano costruite sulla **Carta di Nizza** e sulle ormai frequenti esternazioni della **Corte di Lussemburgo** circa il valore di principio della regola di retroattività della *lex mitior*.

Ma l'argomento richiederebbe ben altra cura, e basti qui averlo evocato.

C'è un altro fronte sul quale incidono profondamente i **rapporti tra legislazione nazionale e norme sovranazionali**, ancora una volta riguardante la Convenzione e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Occorre stabilire, in particolare se e quali **conseguenze processuali** derivino da una **decisione di condanna deliberata dalla Corte europea** sul presupposto di una **violazione del diritto all'equo processo.**

È appena il caso di evidenziare, a titolo di premessa, quale sia la differenza essenziale tra questo problema e quello trattato in apertura della presente relazione. In quella sede si discute del **contrasto tra normative** e dei poteri-doveri che ne derivano per il giudice nazionale. Qui parliamo di una **singola fattispecie concreta**, in cui la Corte sovranazionale afferma la violazione di una regola che l'Italia avrebbe dovuto rispettare: ma ciò può

dipendere sia da un'erronea applicazione del diritto interno, sia – ed è questo il problema – da una perfetta applicazione di quel diritto, il quale però, a parere della Corte, non è stato in grado di assicurare la tutela apprestata dalla Convenzione.

Ora, l'art. 41 della Convenzione europea statuisce che, «*se la Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte stessa accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*». Inoltre, **l'art. 46 della medesima Convenzione**, sotto l'epigrafe «*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*» statuisce che «*Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti (comma 1). La sentenza definitiva della Corte viene trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione*».

Dunque, una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo fa nascere in capo allo Stato l'obbligo di **rimuovere le cause della violazione**, ripristinando la situazione anteriore alla stessa. Solo in via sussidiaria la constatata violazione darà diritto al **risarcimento**, eventualmente riconosciuto dal giudice europeo, a titolo di *satisfaction équitable*. Pertanto, per ottemperare all'obbligazione di risultato che discende dall'accertamento della Corte europea, le autorità nazionali devono prevedere, all'interno del loro sistema processuale, misure idonee a ripristinare la situazione giuridica preesistente alla suddetta violazione. Ma, ovviamente, la **presenza di un giudicato interno** (inevitabile, posto che è proprio l'esaurimento dei rimedi interni la condizione imprescindibile per la legittimazione a ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo) necessita di uno strumento idoneo alla sua **"rimozione"**.

Inizialmente, nell'ambito del Consiglio d'Europa si coltivò l'idea di introdurre direttamente, con uno strumento internazionale, l'obbligo per gli Stati di prevedere meccanismi di revisione delle sentenze penali irrevocabili a seguito delle pronunce della Corte di Strasburgo, idea che poi non si realizzò. Le Raccomandazioni successive accreditano la tesi che l'unica vera forma di *restitutio in integrum* sia la "revisione" (in senso più o meno tecnico, inteso cioè come riapertura) del giudicato penale e la celebrazione di un nuovo processo in conformità alle norme pattizie.

Va posto in chiaro rilievo come sia stata superata, progressivamente ma definitivamente, l'idea che il problema possa essere risolto sempre e comunque con il pagamento della somma indicata a titolo di *satisfation equitable*. Anticipando notazioni trasfuse in parte nella sentenza n. 113 del 2011 (*infra*), va detto come il Comitato dei ministri abbia interpretato l'art. 46 CEDU in guisa da configurare, per gli Stati aderenti alla Convenzione, tre distinte e concorrenti categorie di obblighi: il pagamento dell'**equa soddisfazione**, ove attribuita dalla Corte ai sensi dell'art. 41; l'adozione di **misure individuali** volte a rimediare, nel singolo caso, alle conseguenze della violazione accertata; l'introduzione di **misure generali** volte a far cessare la violazione derivante da un atto normativo o da prassi amministrative o giurisprudenziali e ad evitare violazioni future.

L'orientamento del Comitato è stato recepito dalla Corte EDU a partire dalle sentenze 31.10.1995, Papamichalopoulos c. Grecia e 13.7.2000, Scozzari e Giunta c. Italia (§ 249), traducendosi nell'affermazione del principio – ormai consolidato – in forza del quale, «*quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di **adottare le misure** generali e/o, se del caso, individuali necessarie*» [Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 147); Corte EDU, Grande Camera, 1.3.2006, Sejdovic d. Italia (§ 119); Corte EDU, Grande Camera, 8.4.2004, Assanidze c. Georgia (§ 198)]. Ciò in quanto, alla luce dell'art. 41 CEDU, le somme assegnate a titolo di equo indennizzo mirano unicamente ad «*accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui questi costituiscano una conseguenza della violazione che non può in ogni caso essere cancellata*» [Corte EDU, 13.7.2000, Scozzari e Giunta (§ 250)].

Dunque, la **esecuzione** deve comunque consistere nella ***restitutio in integrum*** della vittima. Dette misure devono porre, cioè, «*il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza delle esigenze della Convenzione*», giacché «*una sentenza che constata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze in modo da ristabilire per quanto possibile la situazione anteriore a quest'ultima*» [in questo senso, tra le altre, Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 151); Corte EDU, 8.2.2007, Kollcaku c. Italia (§ 81); Corte EDU, 10.11.2004, Sejdovic c. Italia (§ 55); Corte EDU, 18.5.2004, Somogyi c. Italia (§ 86); Corte EDU, Grande Camera, 8.4.2004, Assanidze c. Georgia (§ 198)]. Se il conseguimento del risultato è precluso da **norme interne**, allora è dovere dello Stato condannato quello di «***eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo*** *a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente*» [Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 152); Grande Camera, 8.4.2004, Assanidze c. Georgia (§ 198)].

In riferimento al caso specifico della condanna concernente la conduzione di un **procedimento «non equo»**, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che il **rimedio** più appropriato alla violazione constatata consiste, in linea di principio, in un **nuovo processo** o in una **riapertura del procedimento**, su richiesta dell'interessato, nel rispetto di tutte le condizioni di un processo equo [Corte EDU, 23.10.2003, Gençel c. Turchia (§ 27); Corte EDU, 29.1.2004, Tahir Duran c. Turchia (§ 23); Corte EDU, 29.7.2004, Yildrim c. Turchia]. Conclusione successivamente confermata dalla Grande Camera nel **caso Öcalan** [Corte EDU, Grande camera, 12.5.2005, Öcalan c. Turchia (§ 210)].

Va aggiunto che «*lo Stato convenuto resta libero*», «*sotto il controllo del Comitato dei Ministri, di scegliere i mezzi per adempiere al proprio obbligo, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte*» [Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola (§ 147); Corte EDU, 8.2.2007, Kollcaku c. Italia (§ 82); Corte EDU, 21.12.2006, Zunic c. Italia (§ 75); Corte EDU, Grande Camera, 1.3.2006, Sejdovic c. Italia (§§ 119 e 127); Corte EDU, Grande camera, 12.5.2005, Öcalan c. Turchia (§ 210), § VIII.1 ric.; Corte EDU, 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia (§ 44); Corte EDU, 13.7.2000, Scozzari e Giunta (§ 249)]. Tuttavia la **prassi delle c.d. "sentenze pilota"**, con le quali la Corte EDU identifica le misure di carattere generale volte a rimuovere le cause strutturali della violazione, laddove questa sia addebitabile a un difetto sistemico dell'ordinamento interno, può ridimensionare seriamente l'asserita «libertà delle forme» negli adempimenti esecutivi della decisione di condanna.

Va inoltre almeno menzionata la **rilevante modifica dell'art. 46 CEDU,** in connessione all'entrata in vigore del **Protocollo 14 alla Convenzione** (ratificato dall'Italia con la legge n. 280 del 2005), determinatasi il 1° giugno 2010 a seguito della ratifica – lungamente attesa – da parte della Federazione russa. Tramite l'aggiunta di ulteriori tre paragrafi al citato art. 46 CEDU, è stato modificato il **sistema accentrato di controllo** sulla conformazione degli Stati contraenti alle decisioni adottate dalla Corte, riconoscendo al Comitato dei ministri sia la facoltà di richiedere alla Corte una decisione interpretativa, quando vi siano dubbi circa il contenuto di una sentenza di merito in precedenza adottata (§ 3), sia e soprattutto il potere di domandare alla Corte una ulteriore pronuncia in tema di accertamento dell'eventuale violazione dell'obbligo di esecuzione delle sentenze (§§ 4 e 5). È stato quindi istituito uno specifico procedimento di infrazione, atto a costituire un più incisivo mezzo di pressione sugli Stati per l'effettiva esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo.

Nel perdurante silenzio del legislatore, l'attenzione della dottrina e degli operatori si era rivolta all'istituto della **revisione**, la cui disciplina per altro, secondo l'opinione comune, non ne consentiva l'adattamento in via interpretativa alle necessità che stiamo discutendo.

La giurisprudenza, piuttosto, aveva escogitato **soluzioni «alternative»**, al fine ineludibile di evitare l'esecuzione di pene detentive inflitte in esito ad un processo definito «ingiusto» dal Giudice dei diritti umani.

Limitandoci alla giurisprudenza della Cassazione, possiamo segnalare la notissima **sentenza Somogyi** [Sez. 1, Sentenza n. 32678 del 2006], concernente la riapertura dei termini *ex* art. 175 c.p.p., la quale presuppone, al fine di legittimare l'impugnazione della sentenza contumaciale passata in giudicato, che l'interessato non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento. La Corte, con una sentenza da alcuni ritenuta ridondante rispetto allo scopo (oltre che discutibile), aveva stabilito che nel relativo accertamento il giudice é tenuto a conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in accoglimento del ricorso proposto dal condannato, abbia riconosciuto il carattere non equo del processo celebrato *in absentia*, di talché il diritto al nuovo processo non può essere negato invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale svoltosi nel rispetto della normativa processuale interna.

Una seconda pronuncia di rilievo è rappresentata dalla **sentenza Cat Berro** [Sez. 5, Sentenza n. 4395 del 2006]. La decisione non negava l'efficacia "vincolante" delle pronunce di Strasburgo, ma affermava che, in caso di condanna pronunciata all'esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte EDU, il condannato, onde ottenere la rinnovazione del giudizio, potesse avvalersi unicamente dell'istituto della **rimessione in termini** per la proposizione dell'impugnazione, rimanendo per converso esclusa la declaratoria di non eseguibilità della condanna. In questo senso – o almeno in senso contrario alla «sospensione» del titolo esecutivo - si era pronunciata anche parte della giurisprudenza di merito (ad esempio la Corte di assise di appello di Milano nel caso Cat Berro).

La terza decisione è rappresentata dalla notissima **sentenza Dorigo** [Sez. 1, Sentenza n. 2800 del 2007], sulla quale torneremo tra breve. Con questa pronuncia la Cassazione aveva stabilito che il giudice italiano dovesse dichiarare l'**ineseguibilità del giudicato** nei casi di accertamento, ad opera della Corte europea, di una condanna pronunciata in violazione delle regole sul processo equo. La sentenza per altro induceva la situazione di un giudicato ineseguibile e però non superabile in alcun modo, quasi che il carattere ingiusto della procedura precludesse per sempre la possibilità di valutare il fatto (soluzione estrema che la Convenzione non accredita in alcun modo).

Non a caso la **giurisprudenza successiva** si era fatta più prudente. Ad una decisione che sembrava confermarne in linea astratta l'enunciato, negandone però l'efficacia per il caso concreto [Cass., Sez. 1, Sentenza n. 20633 del 21/02/2008 (dep. 22/05/2008), Rojas, Rv. 239987], si era affiancata una sentenza che, invece, riprendeva la posizione assunta dalla Corte nel procedimento Cat Berro, il cui deliberato conviene trascrivere mediante citazione della massima ufficiale [Sez. 1, Sentenza n. 8784 del 12/02/2008 (dep. 27/02/2008) Rv. 239141, **Ay**]: «*In caso di condanna pronunciata all'esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, il condannato non può ottenere la declaratoria di non eseguibilità della condanna limitandosi a proporre incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., ma, per ottenere la rinnovazione del giudizio, deve avvalersi unicamente dell'istituto della rimessione in termini per la proposizione dell'impugnazione, come disciplinato dall'art. 175, commi secondo e secondo-bis stesso codice, restando riservato al giudice italiano il potere di valutare la ricorrenza dei presupposti di diritto interno per l'accoglimento dell'istanza. (V. Corte cost., 20 ottobre 2007 n. 348)*».

Un fronte particolare si era aperto, in tempi recenti, con riguardo al noto «**caso Drassich**». Posta di fronte ad una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, in quanto l'imputato era stato condannato per un reato più grave di quello contestato, in forza di una riqualificazione giuridica officiosa sulla quale non aveva avuto modo di interloquire, la Cassazione aveva ritenuto di risolvere il problema di una **«riapertura» del processo** attraverso l'ammissione di un **ricorso straordinario per errore di fatto** (art. 625-*bis*

c.p.p.), che per la verità è una impugnazione straordinaria destinata a correggere, appunto, meri errori di percezione del giudice di legittimità (Sezione 6, sentenza n. 45807 del 2008).

Una linea analoga era stata seguita nell'altrettanto famoso «**caso Scoppola**», ove l'Italia era stata condannata in quanto l'interessato, processato con rito abbreviato, era stato condannato all'ergastolo in forza di una sedicente norma di interpretazione autentica, sebbene la norma interpretata, vigente all'epoca della sua domanda, gli assicurasse una pena massima pari a trenta anni di reclusione (*supra*). Processo iniquo, naturalmente, e dunque da «riaprire». Nuovamente la Cassazione aveva giudicato ammissibile il ricorso all'art. 625-*bis* (Sezione 6, sentenza n. 16507 del 2010).

L'argomento richiederebbe ben altri approfondimenti, ma vorrei ugualmente osservare che – a parte le palesi forzature logiche e letterali della norma applicata – la soluzione escogitata dalla Corte aveva potuto (e potrebbe in ipotesi essere utile ancor oggi) quando il **problema sia risolubile con una «ripetizione» del solo processo di legittimità** (nel caso Drassich la riqualificazione sfavorevole era stata appunto effettuata dalla Cassazione, e nel caso Scoppola è stato sufficiente sostituire la pena dell'ergastolo, da parte della stessa Cassazione, con quella di trenta anni di reclusione).

Ad ogni modo, nella sua dimensione propriamente costituzionale, la vicenda che stiamo ricostruendo si è focalizzata sul cd. **caso Dorigo**. Un caso che, in prima battuta, è stato segnato dalla **sconfitta** del tentativo di ottenere il rimedio necessario alla riapertura dei procedimenti «non equi» attraverso una **sentenza manipolativa della Corte costituzionale.** Si tratta della notissima **sentenza n. 129 del 2008**.

> Paolo Dorigo era un componente della colonna veneta delle Brigate Rosse. Con sentenza del 3 ottobre 1994, divenuta irrevocabile il 27 marzo 1996, fu condannato ad una pena piuttosto severa (circa 13 anni e mezzo) per banda armata ed altri reati.
>
> Successivamente, il condannato aveva adito la Corte Edu (o meglio, l'organismo ad essa antecedente), la quale, con decisione del 9 settembre 1998, aveva stabilito che il processo a carico del Dorigo era stato non equo per violazione dell'art. 6 § 3 lett. d) della Convenzione europea. Ciò in quanto la condanna era stata pronunciata – in conformità alle regole processuali allora vigenti – sulla base delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati non esaminati in dibattimento, perché si erano avvalsi della facoltà di non rispondere, con la conseguenza che l'accusato non aveva potuto esercitare il diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico.
>
> Più volte, in seguito, il Comitato dei Ministri ha constatato l'inadempienza dell'Italia all'obbligo di dare esecuzione alla decisione della Corte e di riaprire il processo nei confronti del Dorigo, invitando le autorità italiane ad adottare, nel più breve tempo, le misure che permettessero di eliminare le conseguenze della violazione e deplorando il fatto che, ad oltre sei anni dalla sentenza, non fosse stata ancora adottata alcuna misura.
>
> Nell'ottobre 2005 il Comitato aveva affermato che il fatto che l'Italia, contrariamente alla maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, non preveda ancora nessuna possibilità di riapertura del processo definito ingiusto da una sentenza della Corte, costituisce un ostacolo importante alla piena conformità della sua normativa alla Convenzione. Di qui il reiterato invito ad adottare una legge che consenta alle giurisdizioni nazionali di riaprire il processo in conformità alla Convenzione. Le inottemperanze, in questo senso, erano state poi censurate anche dall'Assemblea Parlamentare.
>
> Com'è noto, il legislatore non ha mai dato corso ai numerosi disegni di legge presentati nella materia. In ciò è stato favorito dal fatto che, dopo la **sentenza della Corte di cassazione che aveva dichiarato inesigibile la pena inflitta a Dorigo** (*supra* e subito di seguito), il Comitato ha considerato eseguita la sentenza della Corte ed ha chiuso la vertenza.

> Per comprendere come si sia giunti alla sentenza appena citata, ed alle due successive decisioni della Corte costituzionale, è utile sapere che Dorigo, il quale si trovava detenuto

in esecuzione della pena, dopo aver ottenuto la sentenza della CEDU si era mosso su un **duplice fronte interno**.

a) Si era rivolto al **giudice dell'esecuzione** – la Corte di assise di Udine – in accordo con il Procuratore generale, per far constatare la ritenuta inefficacia sopravvenuta del titolo esecutivo. La Corte udinese, per altro, aveva rigettato la richiesta, ritenendo limitato il proprio compito all'esclusivo controllo dell'esistenza di un valido titolo esecutivo, ed in sostanza escludendo che la sentenza CEDU avesse in qualche modo invalidato il titolo stesso, formato a seguito del giudicato interno. Mancava nell'ordinamento, secondo la Corte, un rimedio per la rinnovazione del processo valutato non equo dalla Corte europea, sicché la liberazione del Dorigo avrebbe determinato «*la possibilità di una pronuncia di condanna sospesa sine die nella sua esecuzione, senza che nessuna autorità abbia poi modo di deciderne la sorte, con evidenti problemi, per così dire, di chiusura del sistema*». La Corte accennava, in maniera abbastanza esplicita, alla possibilità di promuovere un giudizio di revisione in favore del condannato, con la possibilità di sospensione dell'esecuzione della pena prevista dall'art. 635 c.p.p.

Il P.M. di Udine, comunque, aveva impugnato il provvedimento con ricorso per cassazione, sostenendo l'inefficacia (o l'ineseguibilità) sopravvenuta del giudicato contrastante con la decisione della Corte europea, anche perché la prospettata attivazione del procedimento di revisione non escludeva il controllo della perdurante efficacia del titolo esecutivo.

La Corte di Cassazione – sez. I, 25 gennaio 2007 (cc 1 dicembre 2006), n. 2800 (Pres. Fazzioli, Rel. Silvestri) – aveva accolto il ricorso del P.M., statuendo che «*il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'inesigibilità del giudicato quando la Corte europea dei diritti dell'Uomo abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata in violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione* (...) *e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo*». Con la medesima pronuncia, la Corte di cassazione aveva annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata e, per l'effetto, dichiarato la inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza di condanna, con conseguente scarcerazione del Dorigo (in realtà già libero per provvedimento della Corte di appello di Bologna: *infra*).

b) Il condannato, nel frattempo, aveva aperto il secondo fronte (suggerito dalla stessa Assise di Udine), sollecitando la **revisione** della sentenza di condanna. Della domanda si era occupata (ex art. 11 c.p.p.) la Corte d'appello di Bologna. Avvalendosi degli ampi poteri discrezionali accordati dall'art. 635 c.p.p., la Corte aveva sospeso l'esecuzione della sentenza raggiunta dalla istanza di revisione, di fatto **scarcerando Dorigo**.

In pari data, era stata deliberata una ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale. Secondo la Corte, l'art. 630 c.p.p. avrebbe dovuto essere manipolato nel senso di ammettere la **revisione** non solo nel caso di nuove prove, ma anche quando la CEDU abbia stabilito la "ingiustizia" del processo culminato con la sentenza di condanna.

La questione aveva investito l'**art. 630, comma 1, lettera a), del codice di procedura penale**, nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (o del decreto penale di condanna) con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La Consulta, come già detto, aveva giudicato **infondata** la questione, seguendo un ragionamento che possiamo riassumere come segue.

Presupposto logico dell'eccezione, nella prospettiva dell'**art. 3 Cost.**, era una sostanziale analogia tra la situazione considerata (sopravvenuto "accertamento" di "iniquità" del processo) e le fattispecie regolate nel testo attuale dell'art. 630 c.p.p.: di qui, appunto, la pretesa rilevanza del difforme trattamento. Tuttavia, osservava la Corte, la revisione – nella parte in cui concerne il **contrasto tra decisioni giudiziarie** – accede a situazioni in cui si scontrano due **ricostruzioni inconciliabili di un determinato fatto storico**.

Anche quando è pertinente ad un fatto processuale, il problema concerne la ricostruzione di un determinato avvenimento della vita, come ad esempio l'esistenza di una situazione impeditiva della partecipazione al giudizio dell'imputato.

L'oggetto della sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo, invece, è la violazione di una delle regole di assicurazione del giusto processo. Non c'è contrasto su un avvenimento, ma su una relazione giuridica tra norme nazionali e sovranazionali, oppure sulla rilevanza di un determinato fatto (non controverso) nell'una e nell'altra prospettiva.

> Il giudice bolognese aveva poi prospettato una violazione dell'**art. 10, primo comma, Cost.**: l'ordinamento si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.
>
> È il fenomeno, com'è noto, del cosiddetto adattamento automatico, che però presuppone la natura non pattizia della norma sovranazionale, cioè la sua natura consuetudinaria. Secondo il rimettente, la presunzione di non colpevolezza sarebbe norma consuetudinaria, sostanzialmente violata da una disposizione che resta indifferente ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale «abbia accertato un "vizio fondamentale nella procedura precedente"».
>
> Ragionamento disatteso per una molteplicità di ragioni. La prima è che la presunzione di innocenza – per la sua natura prima ancora che per il lemma con il quale viene evocata – è qualcosa che precede la sentenza irrevocabile di condanna. La revisione di quest'ultima non dipende da essa, ma dall'accertamento – in termini storici - di un errore commesso dal giudice. In ogni caso la norma convenzionale evocata non presenta, appunto, natura consuetudinaria. Senza dire – può aggiungersi – che se invece lo fosse si darebbe luogo ad un adattamento automatico dell'ordinamento interno.
>
> Quanto alla finalizzazione rieducativa della pena – che sarebbe vanificata ove questa fosse inflitta mediante una sentenza "ingiusta" – la Consulta osserva tra l'altro che la norma costituzionale, intesa come vorrebbe il rimettente, imporrebbe una costante e completa possibilità di revisione delle sentenze di condanna, anche e per esempio per le questioni non dedotte. Il giudicato, di contro, presenta una propria ed irrinunciabile rilevanza anche nella dimensione costituzionale.
>
> D'altra parte « *"Giusto processo" e "giusta pena" sono … termini di un binomio non confondibili fra loro; se non a prezzo … di una inaccettabile trasfigurazione dello "strumento" (il processo) nel "fine" cui esso tende (la sentenza irrevocabile e la pena che da essa può conseguire)*».

La sentenza si chiudeva sul rilievo che il gravissimo problema posto dalla Corte bolognese poteva (e doveva) essere risolto secondo varie concepibili opzioni, che ovviamente spettano al legislatore. La Consulta esprimeva forti dubbi che la soluzione potesse consistere nella mera introduzione di un nuovo caso di revisione. E comunque rilevava l'**ormai chiara insostenibilità dell'inerzia legislativa** sull'argomento, tanto che rivolge «*al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU* ».

Come tutti sanno, il **monito è rimasto lettera morta**. E, come altre volte aveva fatto in passato, la Corte è passata dalle parole ai fatti, **dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p.**, occupandosi ancora una volta del **caso Dorigo**.

È infatti avvenuto che la Corte di appello bolognese, ricevuti gli atti in restituzione dopo la pronuncia della sentenza n. 129 del 2008, abbia sollevato **nuova questione** di legittimità costituzionale, questa volta censurando **l'intero testo dell'art. 630 c.p.p.** ed invocando, quale

parametro di misurazione della legittimità della norma, l'**art. 117, primo comma, della Costituzione**, secondo lo schema ormai noto, con l'**art. 46 C.E.D.U.** quale parametro interposto.

Con la **sentenza n. 113 del 2011** la Corte ha «introdotto» «*un* **diverso caso di revisione** *della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*».

Il ragionamento si è mosso da considerazioni, che già sopra sono state illustrate, circa la complessiva «**pressione**» che l'ordinamento CEDU sta sviluppando per una esecuzione delle sentenze di Strasburgo che comporti la *retitutio in integrum* dell'interessato. Si è ricordato, inoltre, che l'adempimento richiede necessariamente la **rimozione di un giudicato**, dato che il ricorso alla Corte europea presuppone l'esaurimento dei rimedi interni.

Tuttavia – prosegue la Corte – il mezzo di impugnazione cui tutti gli interpreti (nell'ostinato silenzio legislativo) hanno guardato, cioè la **revisione**, nella sua vigente formulazione non si prestava alla bisogna, dato che l'intervento di una decisione a Strasburgo non è assimilabile ai casi tipici previsti dall'art. 630 c.p.p. ed alla loro logica comune (ciò che già si era rilevato con la sentenza n. 129). Inoltre, rimediare al difetto di "equità" di un processo non significa giungere necessariamente a un **giudizio assolutorio**: «*chi è stato condannato, ad esempio, da un giudice non imparziale o non indipendente – secondo la valutazione della Corte europea – deve vedersi assicurato un nuovo processo davanti a un giudice rispondente ai requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, senza che tale diritto possa rimanere rigidamente subordinato a un determinato tipo di pronostico circa il relativo esito*».

È interessante citare il **riassunto** che nella sentenza è compiuto circa i *dicta* della precedente decisione. È comprensibile che, non solo per ragioni formali, le Corti esitino a contraddire proprie decisioni, specie se recenti e pertinenti ad un quadro normativo rimasto immutato.

> Il quesito di costituzionalità era diretto, infatti, ad estendere all'ipotesi considerata lo specifico caso di revisione previsto dall'art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., sulla base della denunciata violazione degli artt. 3, 10 e 27 Cost. Al riguardo, si è rilevato come nessuno dei parametri evocati – principio di eguaglianza; presunzione di innocenza, intesa come norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta; finalità rieducativa della pena – risultasse pertinente. Non il primo, stante l'eterogeneità della situazione descritta dal citato art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen. rispetto a quella posta a raffronto: giacché il concetto di inconciliabilità tra sentenze irrevocabili, evocato dalla norma del codice, attiene all'oggettiva incompatibilità tra i «fatti» (intesi in senso storico-naturalistico) su cui si fondano le decisioni, e non alla contraddittorietà logica delle valutazioni in esse effettuate. Non il secondo, poiché l'art. 10, primo comma, Cost. non comprende le norme pattizie che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale; ciò, senza considerare che la «presunzione di innocenza» non ha, di per sé, «nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare gli eventuali

errores, in procedendo o in iudicando che siano», dissolvendosi – quella presunzione – nel momento stesso in cui il processo giunge al suo epilogo. Neppure, da ultimo, era conferente il terzo parametro, posto che la pretesa del rimettente di assegnare alle regole del «giusto processo» una funzione strumentale alla «rieducazione» del condannato avrebbe determinato «una paradossale eterogenesi dei fini, che vanificherebbe – questa sì – la stessa presunzione di non colpevolezza» (sentenza n. 129 del 2008).

Ecco allora gli **elementi di novità**: «*A diversa conclusione deve pervenirsi circa la questione di legittimità costituzionale oggi in esame, la quale, per un verso, investe l'art. 630 cod. proc. pen. nel suo complesso, e, per altro verso, viene proposta in riferimento al* ***diverso e più appropriato parametro*** *espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., assumendo, quale «norma interposta», l'art. 46 (in correlazione all'art. 6) della CEDU*».

Piuttosto che la pur necessaria ricognizione della Corte circa la fisionomia del «sistema» introdotto dalle sentenze gemelle, conviene mettere in rilievo, in questa sede, la riflessione concernente la scarsa idoneità della revisione quale strumento per la rimozione del giudicato, almeno nella sua **proiezione rescissoria.**

La Difesa della Presidenza del consiglio aveva puntualmente prospettato la **perdurante difformità** della nuova forma di revisione proposta rispetto a quelle esistenti, tutte incentrate su verità storiche incompatibili con risultanze esterne al processo. Si deve ribadire, poi, che non tutte le «**cause**» **di condanna**, in rapporto alla violazione del diritto all'equo processo, comportano la stessa necessità di destrutturazione del relativo giudizio, e men che meno orientano verso una soluzione liberatoria per il condannato.

Tuttavia, osserva la Corte, il rimettente ha censurato una norma **la più vicina** al tipo di istituto che serviva per ricondurre a compatibilità «convenzionale» il nostro sistema. E poi l'**assunto centrale**: «*Posta di fronte a un* ***vulnus costituzionale****, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a* ***porvi rimedio****: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte (sentenza n. 59 del 1958), può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione*».

Insomma, la **norma lesiva di diritti costituzionalmente protetti** va rimossa immediatamente (anche quando consista, per così dire, in una disciplina «omissiva»). L'ordinamento dovrà **ricomporsi,** intorno alla nuova

situazione determinata, mediante gli usuali strumenti dell'interpretazione sistematica ed analogica, e magari (finalmente) con un **intervento legislativo**, che secondo la Corte (mossa palesemente da una logica «emergenziale») non dovrà necessariamente intervenire regolando un caso di revisione. Quanto alla differenze strutturali cui sopra faceva riferimento, la Corte ha enfaticamente posto in rilievo che si tratta, appunto, di «**un diverso caso**» di revisione, la cui disciplina **deve prescindere** da ogni norma che non sia compatibile con la sua diversa funzione.

Quindi **non ogni condanna** a Strasburgo comporterà il diritto alla revisione (si pensi solo a quelle, numerosissime, per violazione della regola di ragionevole durata del processo). Per altro verso, di fronte alla **necessità di eliminare dalla base cognitiva** determinati elementi, con o senza possibilità di rinnovazione del procedimento acquisitivo, il giudicato va superato **indipendentemente dalla prognosi assolutoria** in ordine all'esito del giudizio «rinnovato», e dunque **senza applicare** le norme ordinarie che, nel procedimento di revisione, presuppongono una prognosi siffatta.

In tale opera il giudice sarà guidato dalle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU.

Il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in **vizi degli atti processuali** alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli.

Insomma, si tratterà di una vera e propria **opera di ricostruzione del sistema**, assai difficile per i giudici ordinari, e probabilmente utile, per coloro che vorranno criticare la decisione della Consulta, a documentare come, nella specie, le «rime obbligate» normalmente invocate per le decisioni di carattere additivo siano piuttosto libere nell'intonazione.

Con la **sentenza n. 227 del 2010** la Corte ha affrontato una questione (sollevata dalla Cassazione con più ordinanze) che ci interessa da un duplice punto di vista.

La decisione riguarda infatti un istituto della procedura penale, cioè il cd. **mandato di arresto europeo**, cui si riferisce la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio in data 13 giugno 2002, alla quale ha dato corso in Italia la legge 22 aprile 2005, n. 69.

Si tratta com'è noto di uno strumento che gli Stati europei si sono dati, in forza dell'accresciuta fiducia reciproca nei rispettivi sistemi giudiziari, affinché sia data diretta esecuzione ai provvedimenti restrittivi da eseguire nel territorio degli Stati interessati, evitando la complessità e la dimensione politica tipica del procedimento estradizionale, e dando piuttosto esecuzione ai provvedimenti restrittivi in esito ad uno snello meccanismo di controllo giudiziale.

Analoghi obiettivi caratterizzano la successiva decisione quadro del Consiglio, 27 novembre 2008, n. 2008/909/GAI «relativa all'applicazione del principio del reciproco **riconoscimento alle sentenze penali** che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea». Tale decisione è entrata in vigore il 5 dicembre 2008, mentre il termine di trasposizione per gli Stati membri è il 5 dicembre 2011.

La decisione citata stabilisce la possibilità di un **rifiuto di consegna**, tra l'altro, quando il provvedimento restrittivo concerna una persona «dimorante» nello Stato richiesto o sia in esso «**residente**» o ne sia cittadino, sempre che lo Stato medesimo si impegni ad eseguire nel proprio territorio il provvedimento privativo della libertà (art. 4, n. 6).

La norma ha lo scopo di favorire l'esecuzione di misure privative della libertà, nello spazio comune europeo, senza uno **sradicamento dal luogo degli affetti e degli interessi**. Uno sradicamento che è quasi la regola quando il cittadino sia richiesto da uno Stato estero (anche se è perfettamente concepibile che si tratti dello Stato in cui egli stesso si è radicato), ma può ben investire anche uno straniero comunitario che sia da lungo tempo residente in Italia.

Occorre dire, di molto semplificando, che le variazioni intervenute nel sistema delle fonti del diritto comunitario (da ultimo con il trattato di Lisbona) hanno creato discussioni sul valore cogente della decisione, adottata nell'ambito del cd. «terzo pilastro», a livello intergovernativo, mentre oggi la cooperazione giudiziaria in materia penale è disciplinata dal capo 4, titolo V, del **Trattato sul funzionamento dell'Unione europea** (art. 82 e seguenti), quindi oggetto di competenze esercitate con l'ordinario e diverso metodo comunitario (mediante direttiva). La Corte di Lussemburgo ha più volte ribadito, comunque, la validità della decisione, specificamente valutando, su rinvio pregiudiziale, la norma sul rifiuto di consegna, ed assumendo la possibilità dei soggetti esclusi dalle leggi nazionali di far valere il contrasto delle medesime con il diritto dell'Unione. Non si tratta, infatti, di normativa che possa essere direttamente applicata dal giudice nazionale (sentenze 6 ottobre 2009, C–123/08, Wolzenburg; 17 luglio 2008, C–66/08, Kozlowsky).

L'**art. 18, comma 1, lettera *r*), della citata legge 69** stabiliva che, «se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale», la corte di appello può disporre che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al diritto interno, soltanto «qualora la persona ricercata sia **cittadino italiano**».

Nell'interpretazione corrente il rifiuto di consegna non avrebbe potuto essere opposto riguardo a cittadini comunitari residenti in Italia.

La Corte ha dato vita ad una nuova **dichiarazione di illegittimità** relativamente all'art. 117, primo comma, Cost. Qui per altro non si è trattato di assumere la C.E.D.U. quale parametro interposto, quanto piuttosto di rilevare una **diretta violazione del diritto comunitario**, ed in particolare della decisione quadro n. 584 del 2002.

Presenta sicuro interesse la sintesi che i Giudici della Consulta hanno compiuto circa il percorso della giurisprudenza quanto ai **rapporti tra diritto interno e diritto comunitario**.

Questa Corte, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. (in particolare, sentenze n. 232 del 1975 e n. 183 del 1973; ma già in precedenza, le sentenze n. 98 del 1965 e n. 14 del 1964). È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare ***immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto*** *in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare* ***questione di legittimità costituzionale*** *per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con* ***norme comunitarie prive di effetto diretto*** *(sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sentenza n. 126 del 1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sentenza n. 170 del 1984).*

Quanto all'art. 117, primo comma, Cost., nella formulazione novellata dalla riforma del titolo quinto, seconda parte della Costituzione, questa Corte ne ha precisato la portata, affermando che tale disposizione ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione di Roma dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), escluse dalla previsione dell'art. 10, primo comma, Cost. (sentenze n. 348 e 349 del 2007). L'art. 117, primo comma, Cost. ha dunque confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. Restano, infatti, ben fermi, anche successivamente alla riforma, oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali

(compresa la CEDU: sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (sentenze n. 102 del 2008, n. 284 del 2007, n.169 del 2006).

In base a queste premesse, e date le caratteristiche della norma sovranazionale in considerazione, l'ipotizzato contrasto con la decisione quadro poteva e doveva essere denunciato dal giudice nazionale attraverso lo strumento della questione di legittimità costituzionale.

Quanto alle ragioni del contrasto, sovviene la già citata giurisprudenza specifica della **Corte di Lussemburgo** (che naturalmente impegna sul piano ermeneutico il giudice nazionale).

La sentenza Wolzenburg sottolinea che il motivo di rifiuto stabilito all'art. 4, punto 6, della decisione quadro, al pari dell'art. 5, punto 3, della stessa, mira ad assicurare la possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata (punti 62 e 67); e con questo preciso intento lo Stato membro è legittimato a limitare il rifiuto alle «persone che abbiano dimostrato un **sicuro grado di inserimento nella società** di detto Stato membro» (punto 67).

Questa essendo la *ratio* della norma sovranazionale, è chiaro che l'elemento qualificante in vista del rifiuto di consegna non può essere la (sola) cittadinanza, venendo in rilievo la residenza stabile, il luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della formazione dei figli e di quant'altro sia idoneo a rivelare la sussistenza di un radicamento reale e non estemporaneo dello straniero in Italia.

Secondo la nostra Corte (che anche sul punto si conforma alla giurisprudenza della Corte di giustizia), gli Stati membri avevano certamente la mera facoltà di prevedere il rifiuto di consegna (e dunque non l'obbligo di prevederlo nei casi indicati all'art. 4 della Decisione), non rientrando l'ipotesi in questione tra le fattispecie di rifiuto obbligatorio prefigurate dalla stessa Decisione. Tuttavia, una volta operata la scelta di prevedere il rifiuto, andava rispettato il **divieto di discriminazione in base alla nazionalità** sancito dall'art. 12 del TCE (art. 18 del TFUE a partire dall'entrata in vigore del Trattato di riforma di Lisbona), peraltro pienamente osservato dal più volte citato art. 4, punto 6 (*supra*).

Non esiste com'è noto un obbligo di identico trattamento dei cittadini e degli stranieri comunitari. Ma la **differenza** «deve avere una **giustificazione legittima e ragionevole**, sottoposta ad un rigoroso test di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito».

Nel caso di specie si può ammettere la ricerca di parametri significativi di una certa stabilità di inserimento nella società nazionale (come accaduto nel caso dell'Olanda, valutato dalla decisione Wolzemberg, ove la facoltà di rifiuto della consegna è prevista in caso di residenza da almeno cinque

anni), ma non può giustificarsi la scelta italiana di non consentire mai il rifiuto per il cittadino comunitario, quale che sia il livello del suo radicamento.

Quanto poi alla **natura dei parametri**, la pure menzionata decisione Kozlowski ha identificato la nozione di "residenza" con una residenza effettiva nello Stato dell'esecuzione e la nozione di "**dimora**" con un **soggiorno stabile di una certa durata** in quello Stato, che consenta di acquisire con tale Stato legami d'intensità pari «a quelli che si instaurano in caso di residenza» (punto 46).

Queste ed altre indicazioni, che si omettono per brevità, possono ben orientare i giudici nazionali nell'applicazione della disciplina che risulta dalla decisione assunta dalla nostra Corte. Quella cioè di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera *r*), della legge 69 del 2005, «limitatamente alla parte in cui non prevede il **rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'UE**, che legittimamente ed effettivamente **risieda o abbia dimora** nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno».

Il giudice cioè dovrà condurre «*una valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro Paese, in armonia con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*».

Non si è mancato comunque di sollecitare (al momento senza esito) un intervento legislativo che elimini le prevedibili incertezze. È possibile che la valutazione positiva della Corte di Lussemburgo per un criterio di **residenza quinquennale** assurga a punto di riferimento, ma va ribadito che non può trattarsi di una trasposizione automatica.

Resta da dire che in tempi più recenti la Consulta ha definito **altre questioni** sul rifiuto facoltativo di consegna.

La **ordinanza n. 237 del 2010**, per altro, ha semplicemente dichiarato la inammissibilità della questione sollevata dal rimettente, che avrebbe dovuto fare applicazione della norma già censurata dalla Cassazione e dichiarata illegittima con la sentenza 227, ma aveva invece impugnato l'art. 19 della legge 69 del 2005 (un caso di cd. *aberratio ictus*).

Diversamente, le **ordinanze n. 306 del 2010** e **n. 134 del 2011** hanno definito questioni analoghe a quella trattata con l'ormai più volte citata sentenza 227. Secondo un orientamento ormai consolidato la Corte, sebbene la norma fosse vigente all'epoca delle ordinanze di rimessione, ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate, in base all'assunto che la dichiarazione di illegittimità intervenuta *medio tempore* ha privato di oggetto le questioni medesime.

È necessario segnalare, da ultimo, una pronuncia che attiene alla disciplina di transizione dal sistema estradizionale a quello del cd. mandato d'arresto europeo (**sentenza n. 274 del 2011**). La Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale – poste, con riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma e 117, primo comma, Cost., relativamente all'art. 705 c.p.p. ed all'art. 40 legge 22 aprile 2005, n. 69 – al fine di estendere alla procedura di estradizione l'ipotesi di rifiuto di consegna prevista dall'art. 18, comma 1, lettera *r*), della legge n. 69 del 2005, concernente il cittadino comunitario che risieda o dimori stabilmente in Italia.

Si tratta di una disciplina che, come risulta dall'analitica ricostruzione contenuta nella sentenza, prevede tra l'altro l'adozione della **procedura estradizionale** relativamente a **reati commessi in epoca antecedente** alla decisione di III pilastro sulla esecuzione dei provvedimenti restrittivi in ambito europeo, pur nel concorso di tutte le altre condizioni utili per l'adozione del mandato di arresto. Si allude, com'è ovvio, alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, cui l'Italia ha dato seguito con la citata legge n. 69 del 2005.

La «conservazione» del rito estradizionale era stata prevista in una logica di garanzia, data la maggior celerità della nuova procedura di consegna e la connessa estromissione del livello «politico». Essa tuttavia è diventata uno svantaggio almeno nella misura in cui lo straniero interessato si trovi nelle condizioni utili per ottenere lo **speciale rifiuto di consegna** previsto, nella procedura MAE, per i cittadini italiani e comunitari, residenti o stabilmente dimoranti nel territorio dello Stato (anche a seguito, come abbiamo visto, della sentenza n. 227 del 2010).

Ora, poiché la procedura estradizionale non prevede affatto il rifiuto di consegna per le ipotesi indicate, e del resto non contempla un meccanismo correlato di esecuzione in territorio nazionale del provvedimento restrittivo emesso dal Paese richiedente, risulta chiaro l'interesse dei soggetti richiesti dell'estradizione passiva a rivendicare, piuttosto, il ricorso all'istituto di più recente introduzione.

Per i dettagli conviene senz'altro rimandare alla nuova e recentissima decisione della Corte. Basti dire che la difformità di trattamento del cittadino comunitario in base all'epoca del commesso reato è sembrata illegittima a due Collegi della Corte di cassazione.

Il primo (ordinanza n. 71 del 2011) ha ritenuto che il problema potesse essere risolto «manipolando» in generale la procedura estradizionale, e cioè **dichiarando illegittimo l'art. 705 c.p.p.**, nella parte in cui non prevede una **clausola analoga** a quella contenuta nel citato art. 18 della legge MAE, sia pur con esclusivo riguardo a procedure attivate tra Stati membri dell'Unione europea per la consegna di un cittadino «stabilmente inserito in Italia».

Un secondo Collegio (ordinanza n. 147 del 2011) ha censurato anche l'**art. 40 della legge n. 69 del 2005** (cioè la relativa disciplina transitoria), mirando più selettivamente a rimuovere la preclusione fondata sull'epoca

del commesso reato e quindi, in sostanza, allargando l'ambito applicativo della stessa legge sul mandato di arresto europeo.

Come si è anticipato, e nonostante la logica parzialmente divergente delle due ordinanze di rimessione, entrambe le questioni sono state dichiarate **inammissibili**.

Nel primo caso si è sanzionata una carente motivazione sulla rilevanza, non avendo la Corte rimettente indicato la data della decisione di condanna e quella di avvio della procedura estradizionale, e cioè omettendo di specificare fattori che condizionano, a loro volta, l'applicazione della disciplina transitoria. Più interessanti, sul piano generale, le ragioni «sistematiche» per la ritenuta inammissibilità della seconda questione.

La Consulta ha interpretato le censure della Cassazione come volte ad «inserire nel complesso normativo dell'estradizione un nuovo caso di rifiuto, evidentemente mutuato dalla disciplina del MAE». In effetti, la rimettente aveva censurato anche l'art. 715 c.p.p., alla luce del condizionamento connesso alla qualità del giudizio principale, cioè, appunto, un procedimento estradizionale. È scaturita una censura a mezza strada tra la modifica della disciplina transitoria del MAE ed un allargamento dei casi di rifiuto previsti dalla procedura di estradizione. Un tentativo di armonizzazione segnato, per altro verso, dalla palese **disomogeneità degli istituti posti a confronto**.

Alla Corte è bastato richiamare la propria giurisprudenza sulla inammissibilità di manipolazioni utili a determinare per via comparativa una «terza» disciplina, cioè «un singolare innovativo meccanismo, diverso tanto dal precedente quanto da quello "a regime", creando un sistema "spurio" anche rispetto alla stessa norma transitoria». Soprattutto, si è messa in rilievo la attuale incompatibilità tra la clausola della legge MAE e le norme che dovrebbero trovare applicazione pur ammettendosi il rifiuto di consegna in ambito estradizionale, a cominciare dalla fase amministrativa della procedura, di competenza del Ministro della giustizia, fase questa a sua volta assoggettabile a controllo del giudice amministrativo.

Insomma, si tratterebbe di un intervento assai complesso, da regolare secondo **scelte eminentemente discrezionali**, di fatto incompatibile con la logica dell'addizione costituzionalmente obbligata. Ciò non toglie che la discriminazione in base al carattere remoto dei fatti cui si riferisce il provvedimento restrittivo è priva di congruenza rispetto al fenomeno regolato, e rischia anzi di operare il temuto «sradicamento» proprio nei casi in cui lo stesso sia più stabile e risalente nel tempo. Un caso che richiederebbe, tra i tanti, attenzione legislativa per le incongruenze evidenziate ma non «riparate» dalla giurisdizione costituzionale.

C'è un altro aspetto di fondo quanto agli strumenti di sindacato delle scelte legislative, concernente specificamente le disposizioni penali, che conviene evocare in sede generale.

In un'epoca segnata da frequentissime riforme del sistema penale, anche sul piano sostanziale, ed in particolare da riforme che «addolciscono» il trattamento di determinate fattispecie, matura con molta frequenza l'esigenza di un controllo di legittimità sulle scelte legislative. Si pongono problemi di **successione nel tempo delle leggi penali**, alla luce del principio di **retroattività della legge più favorevole**.

Abbiamo già trattato il tema nella prospettiva della pretesa **costituzionalizzazione del principio,** che condiziona il controllo di legalità della Consulta in situazioni ove l'ordinamento appresta un **trattamento meno favorevole** all'individuo di quel che sarebbe applicato secondo la legge vigente nel momento del giudizio. Ma il sindacato sulla legittimità della *lex mitior*, naturalmente, deve fare i conti anche con il divieto di **interventi *in malam partem***, nella materia penale, da parte della Corte costituzionale. In altre parole, si tratta di studiare un **fenomeno in certo senso inverso** a quello considerato in precedenza. Qui il legislatore «sfrutta» il principio di retroattività per apprestare, nei confronti dell'interessato, un **trattamento più favorevole** di quel che veniva minacciato all'epoca in cui la condotta penalmente sanzionata è stata tenuta. Un divieto assoluto ed incondizionato di deliberare pronunce con **effetti sfavorevoli** si risolverebbe nella **sostanziale insindacabilità** della *lex mitior*. Ed il principio entra in **micidiale sinergia** con quello della retroattività necessaria della legge più favorevole, almeno nella misura in cui si ritiene che l'effetto *in bonam partem* debba prodursi sempre, indipendentemente dalla legittimità della legge medesima.

Conviene ancora partire, sebbene si tratti di un provvedimento ormai risalente, alla **sentenza n. 394 del 2006**, dichiarativa, come tutti ricorderanno, della parziale illegittimità della normativa di favore introdotta, nel 2004, con riguardo ai **falsi elettorali**.

Per brevità, e per opportuna documentazione, trascrivo i passaggi essenziali della motivazione, cominciando dal primo tema: **nozione di norma penale di favore**:

*(…) secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, all'adozione di pronunce in malam partem in materia penale osta non già una ragione meramente processuale – di irrilevanza, nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio a quo – ma una ragione sostanziale, intimamente connessa al **principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.**, in base al quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» (…) Rimettendo al legislatore – e segnatamente al «soggetto-Parlamento», in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale (sentenza n. 487 del 1989) – la riserva sulla scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, detto principio impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti; sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (…).*

Questa Corte ha peraltro chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche in malam partem, delle ***c.d. norme penali di favore****: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Di tale orientamento – che trova la sua prima compiuta enunciazione nella sentenza n. 148 del 1983 – questa Corte ha fatto ripetute applicazioni (…). Esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche» dell'ordinamento (così la* ***sentenza n. 148 del 1983****), sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità in malam partem fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole.*

In accordo con l'esigenza ora evidenziata, va osservato che il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma ***non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo*** *(sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una* ***conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune****, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva.*

(…) la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra ***due o più norme compresenti*** *nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In tal caso, difatti, la richiesta di sindacato in malam partem mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte (…).*

Il requisito della compresenza della norma di favore e di quella che dovrebbe «riespandere» la propria portata, che la dottrina ha fissato parlando di «**specialità sincronica**», è stato compiutamente focalizzato proprio attraverso la sentenza in esame, sebbene la Corte ne avesse fatto

applicazione in precedenza, ad esempio coi provvedimenti del 2004 sulla riforma del falso in bilancio.

La porta è piuttosto stretta, e molti tentativi successivi di «forzare» sono naufragati contro decisioni di inammissibilità. È accaduto in casi nei quali, a parere della Corte, mancava la «specialità sincronica» e, in particolare, si cercava di rivitalizzare una norma abrogata (ordinanza n. 413 del 2008). È accaduto allorquando, in situazioni variamente articolate, si è cercato di estendere trattamenti più severi in base al principio di uguaglianza, ma in assenza di un rapporto di specie a genere (ordinanza n. 3 del 2009).

Altri recenti provvedimenti di inammissibilità: in materia di cd. «ebbrezza sintomatica» (ordinanza n. 57 del 2009), di illecito trattamento di dati personali (ordinanza n. 66 del 2009); di inclusione di singole fattispecie in un provvedimento di indulto (ordinanza n. 103 del 2009).

Tuttavia, con la **sentenza n. 28 del 2010**, la Corte ha compiuto un passo ulteriore nell'opera di **riduzione delle «zone franche»** che, per la stratificata dottrina del divieto di sindacato *in malam partem*, si sottraggono al controllo di legittimità costituzionale.

La norma censurata, l'art. 183, comma 1, lett. *n*), quarto periodo, del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. **testo unico ambiente**) – nel testo precedente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 4 del 2008 – aveva per oggetto le "**ceneri di pirite**", qualificate come sottoprodotto non soggetto alle disposizioni della parte quarta del decreto stesso.

Ai fini di questa segnalazione si può ricordare – in termini estremamente generali – che la legge prevede **disposizioni penali** concernenti condotte che riguardano i **rifiuti**, affidando a disposizioni extrapenali il compito di definire la nozione di rifiuto. Tale nozione è delimitata, in esito ad un procedimento fondato anche sull'elaborazione della giurisprudenza comunitaria, da quella di **sottoprodotto**, che comprende materiali i quali non costituiscono oggetto delle fattispecie penali concernenti appunto i rifiuti.

Le ceneri di pirite sono il residuo della bruciatura industriale della pirite, che fino a qualche anno fa era il processo in uso per la produzione dell'acido solforico. Dette ceneri possono essere usate nella fabbricazione del cemento, ma in Italia esistono enormi depositi "storici" di ceneri abbandonate. Il giudizio *a quo* si è instaurato nei confronti di persone che hanno movimentato uno di tali depositi, a decenni dalla sua formazione, senza l'osservanza delle procedure previste per il riciclaggio dei rifiuti. Alla luce delle disposizioni vigenti all'epoca della condotta (2002) non v'era dubbio che le ceneri di pirite fossero un rifiuto, e non un sottoprodotto (nozione che si fonda su caratteristiche in ogni caso incompatibili con quelle del materiale in questione).

Sennonché nel 2006 – secondo una logica che ormai potremmo considerare «tradizionale» – il legislatore è intervenuto a **depenalizzare**

tutte le condotte prima rilevanti in base alla considerazione delle ceneri di pirite come rifiuto. La tecnica però è stata insolita, consistendo in un intervento sulla **norma extrapenale integratrice del precetto**. Nella disposizione sopra indicata è stata inserita la seguente locuzione: «*Rientrano altresì tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto le ceneri di pirite, polveri di ossido di ferro, provenienti dal processo di arrostimento del minerale noto come pirite o solfuro di ferro per la produzione di acido solforico e ossido di ferro, depositate presso stabilimenti di produzione dismessi, aree industriali e non, anche se sottoposte a procedimento di bonifica o di ripristino ambientale*».

Insomma, una «norma fotografia», fondata su una sorta di scambio delle etichette (come accennato, la nozione di sottoprodotto non può comunque comprendere le ceneri di pirite), e mirata appunto ad escludere il materiale dalla nozione di rifiuto, con conseguente «depenalizzazione» delle condotte antecedenti.

L'ulteriore particolarità del caso è che la norma – palesemente contraria al diritto comunitario e probabilmente ai principi fissati nell'art. 3 Cost. – è stata poco dopo **abrogata**, di talché non è dubbio che le ceneri di pirite rappresentino oggi un rifiuto, e che dunque la violazione delle relative norme di trattamento assuma significato penale.

Emerge un problema generale, ormai davvero grave. Con una legge in ipotesi illegittima il legislatore spazza le aule di giustizia dai procedimenti pendenti, e poi ricriminalizza determinate condotte, ostacolando ulteriormente il sindacato di costituzionalità. Si tratta in particolare di stabilire, alla luce del **divieto di sindacato *in malam partem***, quali siano i poteri di intervento della Corte sulla ***lex intermedia mitior***, con l'ulteriore complicazione che l'intervento riguarda norme extrapenali.

Come si accennava, la Corte ha adottato una soluzione originale, e per certi versi **innovativa**.

Dato di partenza è la ritenuta «**incompatibilità comunitaria**» della disciplina censurata. Il diritto comunitario, incarnato anche dalle decisioni della Corte di giustizia, stabilisce che la qualità di «rifiuto» deve desumersi non solo attraverso la natura del materiale considerato, ma in relazione alle circostanze che conducono alla produzione ed alla gestione successiva. La norma in questione poneva una **presunzione assoluta**, tale da impedire al giudice quella concreta verifica di qualità che costituisce l'essenza del sistema di tutela.

Secondo dato di partenza, la natura **non *self executing*** della disciplina comunitaria di riferimento, che si connette, proprio sul versante che ci interessa, alla diretta produzione di conseguenze sanzionatorie per i singoli. Dunque nessuno spazio per la «disapplicazione» della norma nazionale, bensì controllo della sua legittimità attraverso il giudizio incidentale di costituzionalità, *ex* art 11 Cost. e, «ora», *ex* art. 117, primo comma, Cost.

Ma ecco il problema delle **conseguenze *in malam partem*** di una eventuale dichiarazione di illegittimità. La Corte non ha sondato la possibilità di configurare la disposizione censurata quale **norma di favore** (che è concetto ben diverso, naturalmente, da quello di **norma più favorevole**), ed anzi ha escluso che nella specie questa prospettiva potesse essere praticata, visto che il rimettente non aveva indicato l'art. 3 Cost. tra i parametri di misurazione della legittimità. Nello stesso tempo, la Corte ha espresso la propria «**neutralità**» in ordine alle conseguenze della decisione assunta. In sostanza si è detto: se anche il principio di **retroattività della *lex mitior*** imponesse al giudice rimettente di applicare la norma dichiarata illegittima in favore dei suoi imputati, nondimeno la rilevanza della questione sarebbe assicurata, secondo il ragionamento espresso nella notissima «**sentenza Paladin**» (n. 148 del 1983): «*Altro [...] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile*».

L'eventuale accoglimento delle questioni relative a norme più favorevoli «*verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali*»; peraltro, «*la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato [...] il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa*».

Insomma, stabilirà il giudice quali siano le **conseguenze della dichiarata illegittimità della *lex intermedia mitior*** alla luce della normativa vigente, cioè dell'art. 2 del codice penale, ed anche all'**art. 49 della Carta di Nizza**, alla luce del suo nuovo *status* di norma fondamentale del diritto comunitario.

Ricordando, per altro, che secondo la **sentenza 394 del 2006** una norma di favore dichiarata illegittima non potrebbe produrre effetti retroattivi. Resta quindi da stabilire se quella regola fosse collegata ad una illegittimità dichiarata ***ex* art. 3 Cost.** (cioè riguardi le norme di favore ma non necessariamente le norme più favorevoli), e soprattutto se, nella materia, eserciti un influsso risolutivo il già richiamato fenomeno della «comunitarizzazione» della Carta di Nizza.

Per la cronaca, quando il **giudice rimettente** ha ricevuto gli atti in restituzione, non ha avuto dubbi circa la **inapplicabilità della norma più favorevole** dopo la relativa dichiarazione di illegittimità. La sentenza (Trib. Venezia, sez. dist. Dolo, 13 maggio 2010 (dep. 13 agosto 2010), è pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, ed è stata massimata come segue:

Anche a seguito dell'entrata in vigore dell'**art. 49 della Carta dei diritti fondamentali** dell'UE deve ribadirsi (cfr. Corte cost. n. 394/2006) che la '*lex intermedia*' più favorevole al reo, se dichiarata costituzionalmente illegittima, non può essere applicata retroattivamente ai sensi dell'art. 2, co. 2 e 4 c.p. (Nell'affermare tale principio il Tribunale ha escluso la

possibile applicazione retroattiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, co. 2 c.p., della più favorevole definizione legale di "sottoprodotto" di cui all'art. 183, co. 1, lett. *n*) d.lgs. n. 152/2006, nella versione antecedente al d.lgs. n. 4/2008, che escludeva che le ceneri di pirite costituissero rifiuti sottraendole, pertanto, alla relativa disciplina penale. Nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal medesimo Tribunale, detta definizione legale è stata infatti dichiarata incostituzionale da Corte cost. n. 28/2010, per contrasto con l'art. 117, co. 1 Cost. Nonostante l'affermato principio il Tribunale non è tuttavia pervenuto a una sentenza di condanna, bensì alla **declaratoria di estinzione** dei reati in materia di rifiuti ascritti agli imputati, per intervenuta prescrizione).

Un'altra importante riflessione della Corte sui **limiti di sindacabilità** delle **scelte di depenalizzazione** del legislatore, svolta tra i paletti della «norma penale di favore» e quella della «norma penale più favorevole», dunque tra gli estremi della violazione del principio di uguaglianza e dell'esercizio di discrezionalità del legislatore, è data dalla **sentenza n. 273 del 2010**.

L'argomento specificamente trattato è piuttosto complesso e specialistico, quindi converrà semplificarlo di molto. Si discute di **acque pubbliche**, ed in particolare del loro **prelievo** per uso industriale senza la prescritta **autorizzazione** (il caso concreto era molto rilevante, trattandosi del prelievo di milioni di metri cubi di acque appenniniche per le esigenze dei cantieri di costruzione delle linee ferroviarie di AV). Secondo una ricostruzione non del tutto unanime, ma che possiamo qui dare per ragionevole, i prelievi senza autorizzazione, che una volta si sarebbero qualificati come **furto aggravato**, sono oggi sanzionati unicamente come **illeciti amministrativi**, e dunque con una pena pecuniaria.

In estrema sintesi, la legge n. 36 del 1994 aveva proceduto a ridefinire l'intera disciplina delle acque pubbliche, già regolata dal r.d. n. 1775 del 1933, innovando su un regime ordinario di carattere privatistico, che richiedeva una specifica classificazione da parte della pubblica amministrazione per qualificare un'acqua come di pubblico interesse. Con la riforma, si era pervenuti ad un regime per il quale tutte le acque, superficiali e sotterranee, **sono pubbliche**, rimanendo nella discrezionalità della pubblica amministrazione soltanto il potere di disciplinare diversamente le modalità di utilizzo delle acque, a seconda dei soggetti e delle finalità. Successivamente, è entrato in vigore il d.lgs. n. 152 del 1999 (in tema di inquinamento), con modifiche del citato r.d. n. 1775 del 1933, ed in particolare, mediante l'art. 23 dello stesso d.lgs. n. 152, con la sostituzione dell'art. 17. Tale norma sancisce oggi il divieto di derivare o utilizzare acqua pubblica senza un provvedimento autorizzativo o concessorio dell'autorità competente, comminando al contravventore, «*fatti salvi ogni altro adempimento o comminatoria previsti dalle leggi vigenti*», una **sanzione amministrativa pecuniaria**, oltre alla cessazione dell'utenza abusiva e al pagamento dei canoni non corrisposti.

Salva un'opinione minoritaria che configura un concorso tra illecito penale ed illecito amministrativo, prevale (anche in base al principio di

specialità di cui all'art. 9 della legge 689 del 1981) l'orientamento che considera **«depenalizzato» il furto di acqua per uso industriale**.

Di qui le questioni sollevate dal rimettente, complesse, ma riconducibili soprattutto ad una doppia doglianza. Illegittimità della norma introdotta nel 1999 come **norma di favore**. Irragionevole **disparità di trattamento** tra la sottrazione dell'acqua e quella di altri beni pubblici essenziali. Tutte le questioni sono state dichiarate **inammissibili**.

Quanto alla prima, la Corte ha esordito rievocando l'usuale riferimento alla elevata discrezionalità legislativa in materia di depenalizzazione, e tuttavia, prescindendo dal problema della sindacabilità *in malam partem*, ha esercitato quasi un controllo positivo di ragionevolezza della scelta in concreto sottoposta al suo giudizio. In sintesi, l'acqua è stata «socializzata», attraverso un generalizzato passaggio alla proprietà demaniale, la quale per altro passa in sottordine (anche quando non si tratti degli usi domestici, che sono liberi), rispetto all'esigenza di **proteggere l'equilibrio idrogeologico**, garantire le esigenze di tutti, riscuotere dei canoni. È dunque la funzionalità del sistema concessorio a chiedere tutela, più che il diritto di proprietà sul bene, ed in questo senso la costruzione della fattispecie punitiva sulla violazione dell'obbligo di munirsi della concessione è del tutto ragionevole. Che poi si sia preferito il ricorso alla sanzione amministrativa, piuttosto che penale, è cosa che pertiene appunto alla discrezionalità legislativa, e corrisponde anzi al principio della penalizzazione quale *extrema ratio* in un sistema costituzionale fondato sulla libertà quale diritto inviolabile della persona.

Di particolare interesse, qui, l'obiezione alla costruzione della norma (operata, per evidenti esigenze di superamento del divieto di sindacato *in malam partem*) quale **norma penale di favore**. La Corte **non** riprende il criterio delimitatore già enucleato nella sentenza 394 (*supra*), e cioè che la norma di favore è **compresente** nell'ordinamento rispetto a quella generale cui deroga, di talché lo strumento non è utilizzabile quando la norma più favorevole succede a quella più severa (criterio di utilizzazione francamente incerta di fronte a casi di depenalizzazione parziale per effetto di intervento su norme esterne alla fattispecie). La Corte piuttosto esplicita, nel **concetto di norma di favore**, un connotato di irragionevolezza della discriminazione, che nel caso di specie, come abbiamo visto, non è stato ravvisato.

Tutta processuale la risposta alla censura sulla violazione del principio di **uguaglianza formale**. Il rimettente aveva genericamente lamentato che altri beni di rilevanza primaria sono difesi, nell'assetto proprietario, da norme penali: censura generica, appunto, priva dell'indicazione degli altri beni, dei criteri in base ai quali istituire una gerarchia, dell'intervento che in concreto avrebbe potuto ripristinare una ipotetica analogia di trattamento sotto il profilo penalistico.

Abbiamo già fatto ripetuti riferimenti al limite fisiologico del sindacato della Consulta sulle norme del sistema penale, che discende in parte dalla concettualizzazione delle «rime obbligate» per gli interventi diversi dalla mera ablazione, ma ha raggiunto un proprio autonomo *status* di principio fondamentale del processo costituzionale. Si teorizza, in sostanza, che la Corte non può intervenire su una **eminente discrezionalità del legislatore nelle scelte sanzionatorie**, sia quanto alla identificazione delle condotte punibili, sia riguardo alle scelte qualitative e quantitative concernenti la sanzione. Viene quasi sempre aggiunto, ma le concrete applicazioni della deroga sono poche, che l'intangibilità delle opzioni trova un limite nella **manifesta irragionevolezza delle medesime**.

Il principio in questione si abbina di fatto al criterio della insindacabilità *in malam partem* per comporre una sorta di **palizzata intorno alla legislazione penale**. Non si possono attaccare norme la cui rimozione comporterebbe effetti *in malam partem*. Anche se questi effetti mancassero, non si possono attaccare norme sanzionatorie ragionevoli per le quali è concepibile una qualunque alternativa, a sua volta ragionevole. Qualche eccezione si determina solo nei casi di patente e conclamata **violazione** del principio di **uguaglianza formale**.

La disponibilità della Consulta è storicamente ridottissima quanto ad interventi sulle **scelte di quantificazione del trattamento sanzionatorio**.

A questo proposito assume ancor oggi rilievo centrale la **sentenza n. 22 del 2007**, che aveva dichiarato inammissibili numerose questioni sollevate appunto con riguardo al severo trattamento sanzionatorio dell'indebito trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, dopo la notifica della intimazione del Questore ad uscirne entro cinque giorni per essere intervenuto un decreto di espulsione (art. 14, comma 5-*ter*, del d.lgs. n. 286 del 1998).

In breve può dirsi che la Corte non aveva giudicato infondate le questioni, almeno nel loro nucleo essenziale, ed anzi aveva espresso apertamente un giudizio di **incoerenza interna** del quadro sanzionatorio concernente l'immigrazione irregolare. La Corte non si era neppure adagiata dietro l'assunto tradizionale della pertinenza delle scelte sanzionatorie alla discrezionalità del legislatore, che potrebbe essere sindacata solo in caso di esercizio manifestamente irrazionale. Se l'irrazionalità assoluta (tecnicamente: **irragionevolezza intrinseca**) può essere sindacata (e storicamente lo è stata) anche in questa materia, resta vero anche che il legislatore non può determinare disuguaglianze nel trattamento di situazioni assimilabili.

Posta questa premessa, la Corte aveva escluso che la fattispecie censurata fosse omologabile alle figure «ordinarie» di inottemperanza ad un ordine dell'autorità, ma non aveva escluso affatto che la stessa fattispecie fosse segnata da un trattamento identico a quello previsto per condotte assai più gravi, sempre pertinenti alla disciplina dei flussi migratori. Qui

subentra il **limite del sindacato**, ma non nel senso che la scelta legislativa sia lecita:

> *Il sindacato di costituzionalità, tuttavia, può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza,* ***in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio*** *(ex plurimis, tra le pronunce più recenti, sentenze n. 325 del 2005, n. 364 del 2004; ordinanze numeri 158 e 364 del 2004). Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore.*

In diversi altri casi, più recenti, la Corte ha comunque dichiarato la **infondatezza** di questioni proposte riguardo ai **valori edittali della pena**.

Un esempio relativamente concerne il trattamento sanzionatorio per il delitto di falsa testimonianza dopo la riforma dell'art. 372 c.p.: si tratta della **sentenza n. 47 del 2010**. Richiamando alcuni tra i moltissimi precedenti (sentenze n. 161 del 2009, n. 22 del 2007, n. 394 del 2006, n. 325 del 2005; ordinanze n. 41 del 2009 e n. 52 del 2008), la Corte si è spinta per altro ad argomentare sulla ritenuta **ragionevolezza** delle differenze nel **trattamento della falsa testimonianza** rispetto ai *tertia comparationis* evocati dal rimettente.

> In sostanza, si è assunto che la decisa virata dell'ordinamento verso la **verifica dibattimentale della prova dichiarativa**, con la valorizzazione che ne consegue circa la funzione cognitiva della testimonianza, avrebbe imposto un presidio particolarmente rigoroso della genuinità di tale fonte di prova.
>
> D'altra parte, si è aggiunto, l'illecito in questione presenta un disvalore intrinseco che gli attribuisce carattere di gravità, anche se la circostanza oggetto di mendacio o di reticenza non desta particolare allarme sociale. Infatti, la falsa testimonianza turba comunque il normale svolgimento del processo, ne compromette lo scopo che è quello di pervenire a sentenze giuste, costituisce ostacolo all'accertamento giudiziale. Rientra, poi, nella discrezionalità del legislatore anche la facoltà di modulare il trattamento sanzionatorio in riferimento al **dilagare di un fenomeno criminoso** che si intende reprimere.

In questa sede ci interessa mettere in evidenza l'inefficienza del **ragionamento triadico** classico proposto dal rimettente, riguardo ad ipotesi di reato assimilabili al delitto di falsa testimonianza, quali la frode processuale, il favoreggiamento personale, anche con riferimento alla previsione dettata dal capoverso dell'art. 378 cod. pen., e la simulazione di reato, e con riguardo a fattispecie connotate da maggiore gravità, come il delitto di calunnia. Le fattispecie poste a confronto, ancorché catalogate tra i delitti contro l'attività giudiziaria, non avrebbero la **stessa oggettività giuridica**, e si è escluso, conseguentemente, che il differente trattamento sanzionatorio, rispetto al delitto di falsa testimonianza, sia il frutto di una scelta arbitraria o ingiustificata.

Qualche maggiore apertura si è storicamente determinata, piuttosto, sul terreno della **scelta di penalizzazione** di determinate condotte, dell'*an* piuttosto che del *quantum* del trattamento sanzionatorio. Qui la rilevanza del **principio di uguaglianza formale** può essere più agevolmente stabilita, e non vale il divieto di manipolazione *in pejus* che ostacola il sindacato sulle scelte di depenalizzazione (*supra*).

Al modello indicato sono riconducibili decisioni che conviene ormai richiamare solo sinteticamente, come ad esempio la **sentenza n. 177 del 2009**, sostanzialmente concernente la punibilità a titolo di **evasione** delle infrazioni alle regole che disciplinano la **detenzione domiciliare speciale** (la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-*ter*, commi 1, lettera *a*), seconda parte, e 8, dell'Ordinamento penitenziario, in relazione all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 cod. pen. al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-*sexies*, comma 2, della suddetta legge n. 354 del 1975, sul presupposto, di cui all'art. 47-*quinques*, comma 1, dello stesso Ordinamento, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti).

Un altro esempio di «riduzione» dell'area applicativa di una fattispecie incriminatrice è dato dalla dichiarazione di parziale **illegittimità costituzionale** del **secondo comma dell'art. 384 c.p.**, sul tema delle dichiarazioni false o reticenti rese nella fase delle indagini preliminari innanzi alla polizia giudiziaria. Si tratta della **sentenza n. 75 del 2009**: la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui non prevedeva l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato - a norma dell'art. 371, comma 2, lettera *b*), codice di procedura penale - a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono.

In tempi molto recenti è stata soprattutto la **disciplina dell'immigrazione** a sollecitare questioni pertinenti a **scelte di criminalizzazione**, o a scelte di delimitazione della fattispecie punibile attraverso l'inclusione o l'esclusione di determinati elementi costitutivi.

In diversi casi la Corte ha valorizzato la **discrezionalità della scelta di incriminazione** compiuta dal legislatore, e tuttavia va rilevato come, essendo la questione posta in termini di **uguaglianza formale**, la Corte medesima abbia «accettato» di discutere il merito delle comparazioni proposte dai rimettenti, ed in qualche caso abbia **accolto** la questione sollevata.

Un esempio particolarmente importante è dato dalla **sentenza n. 250 del 2010**, relativa al nuovo reato di **ingresso o soggiorno irregolare nel territorio dello Stato** (art. 10-*bis* del t.u. immigrazione).

La fattispecie è stata attaccata da decine e decine di ordinanze, sotto molteplici profili, in buona parte attinenti all'in sé dell'incriminazione, cioè alla scelta stessa di punire il soggiorno irregolare, e di punirlo con una determinata estensione della fattispecie.

Sull'argomento torneremo più avanti, perché il tema del diritto penale dell'immigrazione assume ormai un rilevo ed un'autonomia tali da suggerire una trattazione dedicata. Qui però si può anticipare come la Corte abbia giudicato **infondata**, anzitutto, la questione «centrale» (sollevata in riferimento a vari parametri) se il legislatore potesse incriminare la violazione delle norme sul soggiorno:

> […] *Con riferimento alle questioni del primo gruppo (volte, cioè, a censurare globalmente la scelta di penalizzazione espressa dalla norma impugnata) – sulle quali, per evidenti ragioni di pregiudizialità logica, va portata prioritariamente l'attenzione – lo scrutinio di costituzionalità non può che trovare il suo referente generale nel principio, affermato dalla costante giurisprudenza di questa Corte, in forza del quale l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie (ex plurimis, sentenze n. 47 del 2010, n. 161, n. 41 e n. 23 del 2009, n. 225 del 2008).*

Ed è anche più interessante, perché fondata su un classico **ragionamento triadico**, la questione della **mancata previsione del «giustificato motivo»** quale causa di non punibilità della condotta, o almeno della porzione di condotta che si risolve in un **indebito trattenimento** nel territorio nazionale dopo la scadenza o la revoca di un titolo idoneo a legittimare il soggiorno. Detta questione era stata proposta soprattutto in relazione all'art. 3 Cost., evidenziando come il «giustificato motivo» escluda la punizione dell'agente che non ottemperi all'**ordine questorile di allontanamento**, secondo il disposto del comma 5-*ter* dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998.

Anche in questo caso la Corte ha ritenuto la infondatezza della questione, ma con un ragionamento complesso e di grande prudenza, il che conferma – a mio avviso – la miglior praticabilità del giudizio di uguaglianza formale rispetto ad una prospettazione di irrazionalità intrinseca della fattispecie.

Infatti la Corte – anche date le palesi interferenze di principi concorrenti, come quello di finalizzazione rieducativa della pena e quello di colpevolezza – si è limitata a porre in evidenza le ritenute differenza rispetto al *tertium comparationis*: una diversa fisionomia dei meccanismi di maturazione dell'obbligo di allontanarsi, la severità enormemente inferiore della fattispecie più recente, l'esistenza di uno **strumento alternativo di**

mitigazione dello strumento repressivo, grazie all'applicabilità del proscioglimento per **particolare tenuità del fatto**, tipico dei reati affidati alla competenza del giudice di pace.

Sempre sul piano delle valutazioni di infondatezza (nella specie manifesta) va ricordata la **ordinanza n. 41 del 2009**, pertinente alla fattispecie di «**indebito rientro**» dello straniero **già espulso**. A proposito, cioè del comma 5-*quater* dell'art. 14 del T.u. immigrazione, nella versione antecedente alla citata riforma del 2009 (e, naturalmente, a quella del 2011).

L'orientamento della giurisprudenza maggioritaria aveva ridotto la fattispecie al caso dell'indebito rientro (e non dell'illecito trattenimento), sul presupposto che lo straniero espulso a norma del comma 5-*ter* dovesse essere sempre accompagnato alla frontiera *manu militari*. Non era prevista, quale elemento costitutivo della fattispecie, la carenza di un «**giustificato motivo**» per la condotta, che allora - per altro – poteva essere solo commissiva.

La Corte non si era rifugiata dietro l'ossequio formale al principio di elevata discrezionalità legislativa nella conformazione delle condotte penalmente sanzionate, ed aveva proceduto ad una serrata comparazione tra la fattispecie censurata e quella dell'indebito trattenimento, giustificando la diversa rilevanza del «giustificato motivo» in base alla **disomogeneità strutturale** delle figure poste in comparazione.

A questo punto non dovrebbe sorprendere l'importante decisione assunta dalla Corte con la **sentenza n. 359 del 2010**.

Anche su tale pronuncia dovrà tornarsi a tempo debito. Ma certo occorreva citarla subito nel trattare di **scelte di penalizzazione** sindacate alla luce del **principio di uguaglianza formale**, anche e proprio perché si tratta di una sentenza di accoglimento.

Nella specie veniva presa in considerazione la fattispecie novellata del **comma 5-*quater* dell'art. 14** del t.u. immigrazione, che attualmente punisce l'**inottemperanza** all'ordine di allontanamento che il questore abbia impartito dopo uno o più comportamenti analoghi di inottemperanza. Mentre per il «primo» episodio il comma 5-*ter* della disposizione citata prevede che lo straniero vada esente da pena quando l'omissione dipenda di un **giustificato motivo**, analoga previsione non era stata inserita nella fattispecie incriminatrice concernente le violazioni reiterate.

La Corte aveva già «accettato» di sindacare nel merito la scelta quanto alla (coeva) previsione dell'art. 10-*bis*. Altrettanto è avvenuto nel caso di specie, con la differenza che le analogie strutturali tra le **norme in comparazione** (quella censurata e quella immediatamente precedente, cioè i commi 5-*quater* e 5-*ter* del citato art. 14) sono parse tali da non giustificare l'omessa previsione della «esimente» per una tra esse.

Ed eccoci all'applicazione più recente dei principi che ho cercato di illustrare, relativa a censure mosse contro le **previsioni edittali** concernenti il trattamento sanzionatorio del **sequestro di persona** a scopo di estorsione. L'art. 630 c.p. prevede che detto sequestro sia punito con la **pena minima di venticinque anni** di reclusione. Una scelta estrema, maturata in tempi di frequente reiterazione del delitto, scelta della cui ragionevolezza può dubitarsi sotto molteplici profili. Basti dire che la soglia minima indicata è superiore alla durata massima della reclusione per un solo reato, come stabilita all'art. 23 dello stesso codice penale. E si noti, ancora, che lo schiacciamento della discrezionalità giudiziale in un varco quasi insignificante tra **minimo e massimo** della sanzione (pari a trenta anni) pone i problemi tipici delle «pene fisse», o almeno delle fattispecie legali che impongono l'assimilazione di fattispecie concrete molto eterogenee.

Con una decisione che taluni hanno criticato, e cioè la **sentenza n. 240 del 2011**, la Corte ha ritenuto **manifestamente infondata** la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. – con riguardo agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione – nella parte in cui non prevede la diminuzione della pena per fatti di «lieve entità» applicabile, invece, quanto al cd. «sequestro di ostaggi». Una questione per molti versi analoga era già stata scrutinata, e dichiarata inammissibile, con l'ordinanza **n. 163 del 2007.**

Va detto che, nell'odierna occasione, il rimettente aveva ben giocato le sue carte. Non aveva infatti impostato le proprie censure in termini di irragionevolezza intrinseca, o di generica frustrazione della finalizzazione rieducativa della pena. Il rimettente, piuttosto, era andato alla ricerca di un *tertium comparationis*, cioè di una fattispecie asseritamente omologabile a quella oggetto delle sue censure, e però caratterizzata da una migliore adattabilità del trattamento sanzionatorio. Una illegittimità da dichiarare, insomma, secondo l'ordinario schema "triadico", nella prospettiva dell'art. 3 Cost.

Il *tertium* è stato trovato nella figura di reato delineata all'art. 3, primo comma, della legge 26 novembre 1985, n. 718, cioè nel cd. **«sequestro di ostaggi»**. Anche per tale reato la pena edittale spazia dai venticinque ai trenta anni di reclusione. Tuttavia il terzo comma del citato art. 3 stabilisce: «se il fatto è di **lieve entità** si applicano le pene previste dall'articolo 605 del codice penale aumentate dalla metà a due terzi». Pene dunque molto inferiori ai 25 anni, anche troppo, potendo il minimo edittale corrispondere ai nove mesi di reclusione. Ebbene, secondo il rimettente, l'art. 630 c.p. sarebbe illegittimo nella parte in cui non prevede una diminuente analoga a quella posta per il sequestro di ostaggi.

In realtà la Consulta, con la già citata ordinanza n. 163 del 2007, aveva già incidentalmente escluso l'utilità di un raffronto tra l'art. 630 c.p. e l'art. 3 della legge n. 718 del 1985. A parità di condotta materiale, le due figure si distinguono per il finalismo dell'azione, che nel primo caso consiste nel perseguimento di un profitto ingiusto quale prezzo della liberazione del sequestrato, ma nel secondo non presenta tale connotazione (e neppure una coloritura terroristica, data la clausola di sussidiarietà che apre la fattispecie), tanto che il fatto può essere segnato addirittura da finalità "nobili" o altruistiche.

Dunque, se per il sequestro di ostaggi il legislatore ha previsto uno strumento di forte diminuzione dei valori edittali di pena, la stessa logica non si impone per il sequestro a fini estorsivi. Anzi – osserva la Corte – l'accoglimento della questione introdurrebbe evidenti distonie nel sistema, come ad esempio la previsione di un minimo edittale inferiore a quello attualmente previsto per il tentativo di estorsione.

Ma v'è un ulteriore aspetto di interesse nel provvedimento. La parte privata (cioè l'imputato nel giudizio *a quo*) aveva chiesto che la legittimità della norma censurata fosse vagliata anche in rapporto all'art. 289-bis c.p., cioè al reato di **sequestro con finalità di terrorismo**. In effetti, anche per questa gravissima fattispecie, la legge prevede uno strumento di moderazione sanzionatoria, questa volta collocato nell'art. 311 c.p.: per tutti i delitti contro la personalità dello Stato è stabilito che, in caso di **lieve entità del fatto**, le pene siano diminuite (fino ad un terzo, secondo la regola generale).

La Corte non ha potuto che far rilevare come l'ambito del suo giudizio sia delimitato dal *petitum* proposto dal rimettente, senza alcuna possibilità che il relativo oggetto sia allargato su istanza delle parti del giudizio principale, o su iniziativa della Corte medesima (tutt'altra cosa essendo la cd. autorimessione). E tuttavia, nell'ordinanza, si legge anche una chiara e corrispondente **delimitazione del giudizio di infondatezza** in rapporto al *tertium* specificamente invocato dal giudice *a quo*: « **impregiudicato**, quindi, il diverso tema prospettato dalla parte privata – la questione va dichiarata, alla luce delle considerazioni che precedono, manifestamente infondata».

Una norma ad efficacia temporanea, e di applicazione assai circoscritta, ha chiamato la Corte ad una riflessione di sicuro rilievo generale, a proposito del sistema delle fonti e della evenienza, assai frequente, di **modifiche sostanziali** nel passaggio dal **decreto-legge** alla **legge di conversione**.

In sintesi, dopo il **terremoto** di L'Aquila, ed analogamente a quanto avvenuto in precedenza per calamità dello stesso genere, il Governo ha

adottato provvedimenti urgenti per la sospensione dei procedimenti giudiziari e dei relativi termini, nonché per fronteggiare le ovvie difficoltà logistiche intervenute ad ostacolare le notifiche da effettuarsi nelle zone interessate.

A tale ultimo proposito, il comma 9 dell'art. 5 del **decreto-legge** n. 39 del 2009 aveva istituito uno speciale presidio presso la sede temporanea degli uffici giudiziari di L'Aquila, ed il comma successivo aveva stabilito che tutte le **notificazioni** destinate a soggetti residenti nelle zone interessate fossero effettuate, a pena di nullità, presso il presidio indicato. Una sorta di **domiciliazione *ex lege***, operata in via esclusiva sulla base del luogo di destinazione dell'atto, quali che fossero la parte o l'autorità di provenienza della richiesta di notifica.

Il comma 10, per effetto della **legge di conversione** n. 77 del 2009, ha subito una modifica, per effetto della quale la relativa prescrizione è stata limitata agli «*atti di competenza degli uffici giudiziari di L'Aquila*». Come la Corte ha notato con la sentenza in commento, dietro l'apparenza di un intervento additivo si è celata una profonda **riduzione di portata della norma** derogatoria alle regole ordinarie in materia di notifica: non più tutti gli atti diretti nelle zone terremotate, ma, tra essi, solo gli atti provenienti dalla sede giudiziaria aquilana. Di qui un problema applicativo: quale regime per le notifiche provenienti da sedi giudiziarie diverse, effettuate secondo la disciplina del decreto-legge prima della relativa conversione?

Il quesito condiziona la rilevanza di una questione sollevata dal Tribunale di Pescara, ostile alla presunzione di conoscenza che sottenderebbe alla disciplina introdotta in via d'urgenza per le notifiche da effettuare nella zona terremotata. Quella disciplina, infatti, rileverebbe nel giudizio *a quo* solo se restasse valida (e non rinnovabile) una notifica effettuata secondo la porzione di norma non «convalidata» dalla legge di conversione. Il decreto-legge aveva consentito (anzi imposto) anche al Tribunale di Pescara il ricorso al «presidio», ma la stessa procedura non sarebbe stata consentita alla luce del testo successivamente modificato dalla legge di conversione. Il **principio di inefficacia *ex tunc* delle norme d'urgenza non convertite**, quindi, richiede una verifica di perdurante legittimità della notifica effettuata in applicazione della norma censurata.

Dichiarando inammissibile la questione, con la **sentenza n. 367 del 2010**, la Corte ha rimproverato al rimettente d'aver trascurato questa problematica. Anche mediante il richiamo ad un remoto precedente (la sentenza n. 51 del 1985), si è ribadito come al decreto-legge non convertito vada equiparato il «*decreto* […] *convertito in legge con emendamenti che implichino mancata conversione* in parte qua», e che nel caso di conversione con emendamenti spetta all'interprete stabilire se una data fattispecie consista nella **conversione con modificazione** della norma originaria o piuttosto nel **rifiuto parziale di conversione**. La seconda eventualità, che può essere integrata anche per implicito (ad esempio mediante una amputazione parziale della disposizione urgente), comporta l'**inefficacia *ab***

initio della norma non convertita, secondo il disposto del terzo comma dell'art. 77 della Costituzione.

Non può incidere, al proposito, la disposizione contenuta nel comma 5 dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988, secondo cui «*le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente*». Tale disposizione non regola l'efficacia intertemporale delle disposizioni del decreto-legge non convertite, e serve piuttosto a regolare l'efficacia della disposizione d'urgenza convertita, nella versione scaturente dal provvedimento di conversione.

Dunque – prosegue la Corte – dovrà di volta in volta stabilirsi se un emendamento implichi conversione con modifica della norma del decreto-legge (e dunque una disciplina valevole a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione), o piuttosto un rifiuto parziale di conversione (e dunque l'inefficacia *ab origine* della porzione di norma non convertita).

Proprio la seconda soluzione era stata accreditata dalla Corte di cassazione relativamente ad una vicenda normativa analoga a quella oggi in esame, scaturita dai provvedimenti assunti nel 1997, dopo il terremoto dell'Umbria. Come accade di frequente per le inammissibilità dichiarate "su base interpretativa", la Consulta non ha preso aperta posizione nel senso dell'inefficacia originaria delle norme derogatorie non convertite, e della conseguente necessità di valutare le notifiche eseguite medio tempore secondo la disciplina ordinaria. L'effetto di accreditamento della soluzione, però, sembra indiscutibile.

V'è un altro passaggio che merita segnalazione nella sentenza in commento. Ad accreditare la rilevanza della propria questione, il rimettente aveva escluso la possibilità di ordinare la **rinnovazione della notifica *ex* art. 420-*bis* c.p.p.** (in base alla ritenuta probabilità che l'imputato non avesse avuto effettiva cognizione dell'atto pur ritualmente notificato). Infatti, ed in sostanza, la domiciliazione *ex lege*, proprio in quanto espressiva di una presunzione assoluta di conoscenza dell'atto da parte del destinatario, neutralizzerebbe l'applicabilità della norma prudenziale inserita nel codice di rito.

La Corte ha chiarito che la rinnovazione della notifica valida nei casi di probabile o sicuro fallimento della sua funzione comunicativa è sempre applicabile, quale che sia il procedimento legale seguito, nel caso concreto, per la relativa effettuazione. Quale che sia, di conseguenza, la logica astratta del ragionamento presuntivo sotteso alla procedura prescritta dalla legge.

Da ultimo, quelli che potremmo definire i «**confini della giurisdizione**». L'attività del giudice investe interessi di rilevanza costituzionale che attingono il piano dei rapporti tra poteri dello Stato, e, per iniziativa sua o d'un potere configgente, la Consulta è chiamata a tracciare, appunto, i confini della giurisdizione.

Sovviene in primo luogo all'attenzione il tema dei cd. «**reati ministeriali**», di nota attualità.

Partiamo dal **quadro normativo**, che non è universalmente conosciuto.

L'**art. 96 Cost.**, nel testo introdotto dalla legge costituzionale n. 1 del 1989, stabilisce: «Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale».

La stessa **legge costituzionale**, che ha introdotto il nuovo testo dell'art. 96 Cost., ha istituito, presso il tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'appello competente per territorio, un collegio, cui il procuratore della Repubblica, omessa ogni indagine, deve trasmettere, con le sue richieste, i rapporti, i referti e le denunce concernenti i reati indicati dall'art. 96 Cost. È il cd. «**Tribunale dei Ministri**».

Tale collegio, se non ritiene che si debba disporre l'archiviazione, trasmette gli atti con relazione motivata al procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al Presidente della Camera competente (art. 8, comma 1). In caso diverso, sentito il pubblico ministero, dispone l'**archiviazione** con decreto non impugnabile (art. 8, comma 2). Il procuratore della Repubblica dà comunicazione dell'avvenuta archiviazione al Presidente della Camera competente (art. 8, comma 4).

Conviene subito dire come la **legge n. 219 del 1989** abbia precisato (art. 2, comma 1) in quali casi il «Tribunale dei ministri», esperite le necessarie indagini, deve disporre l'archiviazione. Tra questi è compresa l'ipotesi che il fatto integri **un reato diverso da quelli indicati nell'art. 96 Cost**. In tale evenienza, si prevede che il collegio disponga altresì, contestualmente all'**archiviazione**, la trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria competente a conoscere del diverso reato.

Ora, dalle disposizioni richiamate emergono alcune indicazioni essenziali. La prima è che **non esiste un regime autorizzatorio per i reati extrafunzionali**. La seconda è che – essendo discriminante appunto la qualifica del reato come funzionale od extrafunzionale – l'ordinamento sembra riconoscere al Parlamento la possibilità di interloquire in proposito, non certo attraverso lo strumento dell'autorizzazione, ma eventualmente, quando l'Autorità giudiziaria opta per la natura extrafunzionale, mediante la promozione di un **conflitto tra poteri dello Stato**: altrimenti

l'operatività della prerogativa istituita dalla Costituzione sarebbe rimessa unicamente alle valutazioni dell'Autorità giudiziaria.

Per tale ragione è stabilito che il Parlamento sia comunque informato circa il procedimento contro un Ministro: con la richiesta di autorizzazione in caso che si intenda procedere per un reato funzionale; con la comunicazione della disposta archiviazione, ove si sia deliberato in tal senso.

Quid iuris nel caso che il Tribunale dei ministri disconosca la natura funzionale del reato, e dunque si dichiari funzionalmente incompetente? Contrariamente a quel che di solito accade, occorre procedere ad **archiviazione** del procedimento, oltre che trasmettere gli atti al pubblico ministero ordinario. La cosa è del tutto innaturale («asistematica», ha scritto la Corte nel provvedimento che citerò tra breve), ma è inequivocabilmente prescritta dalla legge. E se ne comprende la ragione: proprio in quanto la riqualificazione del fatto è causa di archiviazione, il provvedimento è comunicato al Parlamento, che dunque, ove lo ritenga, può adire la Corte per denunciare un preteso aggiramento delle garanzie apprestate per i reati funzionali.

Ora, per comprendere lo stato attuale della giurisprudenza sul punto occorre rievocare una decisione non più recentissima, la **sentenza n. 241 del 2009**, con cui la Corte costituzionale aveva definito un conflitto tra poteri sostanzialmente incentrato sulla **natura funzionale o extrafunzionale** del reato che, nella specie, era stato attribuito ad un Ministro.

Nel caso di specie era accaduto, in particolare, che il Tribunale dei ministri, spogliandosi della competenza per il ritenuto carattere **non funzionale** del reato ascritto al Ministro, non aveva provveduto ad archiviare il procedimento e non aveva trasmesso gli atti al pubblico ministero con la specifica indicazione della necessità che detta archiviazione fosse comunicata alla Camera dei Deputati. Di qui il ricorso della stessa Camera, e l'accoglimento da parte della Consulta, la quale dunque si era limitata ad affermare che, per non ledere le prerogative del Parlamento, la **decisione di incompetenza** deve essere ad esso comunicata, quando si fondi sulla **riqualificazione del reato**. Senza alcuna implicazione, com'è ovvio, in merito alla correttezza della qualificazione adottata dal Tribunale, e senza alcuna introduzione «implicita» di un regime autorizzatorio per i reati non funzionali.

La **storia ha un seguito**, prevedibile, che si trova attualmente in pieno corso di svolgimento. Informata dal tribunale ordinario ormai procedente per il reato comune, la Camera dei deputati, il 28 ottobre 2009, ha deliberato che i comportamenti tenuti dal Ministro interessato avrebbero avuto natura funzionale, e sarebbero stati tenuti per il perseguimento di un preminente interesse pubblico, negando così la **prescritta autorizzazione a procedere**. O, meglio, l'autorizzazione a procedere che

sarebbe prescritta se davvero i comportamenti in questione fossero pertinenti alla funzione di governo.

Proprio tale assunto è negato dal giudice procedente, il quale ha dunque promosso conflitto tra poteri, non già per sindacare la negazione del provvedimento autorizzativo, bensì per negare il presupposto che legittima l'adozione del provvedimento parlamentare, e cioè la natura funzionale della condotta.

Il conflitto è stato dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la **ordinanza n. 211 del 2010**. La **decisione sul merito** dovrebbe essere **imminentissima**, posto che la relativa trattazione è stata fissata per la camera di consiglio del **19 ottobre 2011**.

In tempi più recenti una **nuova questione** concernente la **competenza funzionale del Tribunale dei ministri**, e le relative implicazioni in tema di assicurazione delle prerogative parlamentari, è stata posta da un **ricorso** promosso dal **Senato** della Repubblica relativamente ad atti dell'Autorità giudiziaria di Santa Maria Capua Vetere e di Napoli. Ad essa si riferisce la **ordinanza n. 104 del 2011**.

È avvenuto in sostanza che le Procure delle sedi giudiziarie indicate hanno proceduto per fatti commessi da un **Ministro** in carica (all'epoca dei fatti, s'intende), senza attivare la procedura di cui si discute, sul presupposto che i reati ipotizzati non fossero stati commessi dall'interessato nell'esercizio delle funzioni ministeriali. Su questo stesso presupposto il giudice dell'udienza preliminare di Napoli aveva **rigettato una eccezione di incompetenza funzionale**, secondo cui, appunto, la delibazione dell'accusa e della richiesta di avviare il giudizio sarebbe spettata al cd. **Tribunale dei Ministri**.

Il **Senato** ha chiesto l'annullamento di tale ultimo provvedimento e degli atti antecedenti, configurando una menomazione delle proprie attribuzioni costituzionali, ed in particolare l'esistenza di una sorta di «**diritto all'informazione**» della Camera che sarebbe competente per l'autorizzazione a procedere in ordine alla pendenza di **qualsiasi procedimento penale**, se relativo a fatti attribuiti a chi abbia rivestito, al tempo di essi, la qualità di ministro. Di più, si qualifica il Tribunale dei ministri quale «**unico organo giudiziario legittimato** ad indagare sulla notizia di reato addebitato al Ministro ed a qualificare, all'esito delle indagini, la natura del reato».

Ai magistrati campani, comunque, sembra sia contestata l'omissione della informativa che sarebbe dovuta al Tribunale, ai sensi dell'art. 6 della legge costituzionale n. 1 del 1989, di ogni notizia di reato concernente un ministro, affinché eserciti la propria valutazione anche in ordine al carattere ministeriale del reato e attivi, in tal caso, la Camera competente, ovvero, qualora il reato sia ritenuto di natura comune, disponga la

cosiddetta archiviazione anomala e ne informi, in base all'art. 8 della medesima legge, la Camera per consentirle l'esercizio delle proprie attribuzioni. In effetti, il sistema sembra non favorire un **sindacato necessario** sul carattere funzionale del reato da parte del Collegio di cui si discute, sindacato che a sua volta rappresenta il presupposto, come ricordato dal Senato, affinché il Parlamento sia coinvolto nella stessa valutazione (o con la richiesta di autorizzazione, o con la comunicazione del provvedimento di archiviazione). In altre parole, quando manchi l'attivazione del Tribunale, **difetta un automatismo «informativo» nei confronti del Parlamento** (il quale per altro può essere informato dal diretto interessato o attraverso l'iniziativa di singoli componenti).

> Com'è noto sull'argomento si è pronunciata anche la **Corte di cassazione**, intervenendo in un subprocedimento cautelare relativo alla stessa vicenda (Cass. pen., sez. VI, 3.3.2011 (dep. 11.3.2011), Pres. De Roberto, Rel. Fidelbo, ric. Mastella, in *www.penalecontemporaneo.it*). La Corte in particolare ha **negato** che sia **abnorme**, e quindi ricorribile per cassazione, l'ordinanza con cui il G.u.p., sull'eccezione di incompetenza funzionale sollevata dall'imputato, che all'epoca dei fatti svolgeva funzioni di ministro e che per questo invoca la competenza del Collegio per i reati ministeriali previsto dall'art. 7 legge cost. n. 1 del 1989 - Collegio mai precedentemente investito - non abbia, esclusa la natura ministeriale dei reati, informato la Camera di appartenenza dell'interessato di tale decisione. Secondo la sentenza, infatti, rientra nelle **attribuzioni dell'autorità giudiziaria verificare i presupposti** della propria competenza e non è prescritto, nell'ipotesi in esame, **alcun dovere di informativa** alla Camera di appartenenza dell'interessato.

Come d'uso, nella **fase di ammissibilità**, la Corte si è limitata a verificare che gli **enti configgenti** siano organi competenti a dichiarare definitivamente, nel procedimento di cui sono investiti, la volontà del potere cui appartengono (il che vale per i magistrati del pubblico ministero e per i giudici in ragione dell'esercizio di funzioni giudiziarie svolte in posizione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita) e che il potere ricorrente invochi la garanzia di una sfera di attribuzioni costituzionali (nel caso di specie conferite, secondo la prospettazione del Senato della Repubblica, dall'art. 96 Cost. e dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1).

Anche in questo caso la **decisione sul merito** dovrebbe essere **imminentissima**, posto che la trattazione del conflitto è stata fissata per la udienza pubblica del prossimo **18 ottobre 2011**.

Sembra ricorrere almeno qualche analogia tra le questioni poste dal conflitto appena indicato e quello insorto tra **Camera dei deputati** ed **Autorità giudiziaria milanese** (pubblico ministero e g.i.p.), relativamente al giudizio immediato promosso, nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, con riguardo tra l'altro al delitto di concussione.

La Camera ritiene che non spettasse al pubblico ministero «comune» di «esperire indagini nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri in carica», «nonché procedere alla richiesta di giudizio immediato» «relativamente al contestato delitto di concussione, omettendo di trasmettere gli atti al Collegio per i reati ministeriali». Tale omissione avrebbe impedito alla Camera stessa l'esercizio delle attribuzioni costituzionali di cui all'art. 96 Cost. ed alla legge costituzionale n. 1 del 1989. Per le stesse ragioni non sarebbe spettato al giudice disporre che, per i reati in questione, si procedesse a giudizio (con rito immediato).

La vicenda è arcinota, e non richiede qui una descrizione.

Nel proprio ricorso la Camera argomenta sulla natura «ministeriale» del reato ascritto all'interessato, e comunque ripropone la tesi che «**in tutti i casi**» l'organo requirente avrebbe l'obbligo di **trasmettere gli atti** del procedimento al cd. Tribunale dei ministri, posto in primo luogo che la disciplina stabilita dalla legge costituzionale n. 1 del 1989 evidenzierebbe la volontà di concentrare in capo al Collegio l'attività di indagine (finalità resa palese dalla previsione di un termine per la trasmissione a tale organo della notizia di reato da parte del P.M. e dal divieto per questi di procedere a qualunque indagine). La trasmissione avrebbe per altro verso la funzione di garantire le **prerogative della camera competente**, tanto in caso di giudizio per un reato considerato ministeriale dal Tribunale, tanto per l'eventualità della cd. «archiviazione anomala».

Insomma, l'Autorità milanese, omettendo di riconoscere la **competenza funzionale** del tribunale dei ministri, avrebbe vanificato «l'intero sistema disegnato dal legislatore costituzionale nel quale si trovano contemperate "la garanzia della funzione di governo e l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge"».

In via subordinata la ricorrente assume che, pur potendo procedere per le vie ordinarie per un reato «comune», l'Autorità giudiziaria sarebbe comunque tenuta a **dare comunicazione del procedimento** alla camera competente, perché questa possa valutare se ricorrano le condizioni per una autorizzazione a procedere.

Con provvedimento del **22 luglio 2011** – cioè con la **ordinanza n. 241 del 2011**, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il conflitto. La fase di merito del giudizio dovrebbe essere avviata in queste settimane, salva eventuale improcedibilità, con la fissazione della relativa udienza.

Com'è a tutti noto, con la **sentenza n. 262 del 2009**, la Corte, giudicando su questioni di legittimità costituzionale poste dal Tribunale di Milano e dal Tribunale di Roma, aveva dichiarato l'**illegittimità**

costituzionale dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 (cd. **lodo Alfano**) per violazione degli artt. 3 e 138 della Costituzione.

La norma caducata stabiliva la **sospensione dei procedimenti penali** nei confronti del Capo dello Stato e di quello del Governo, nonché dei Presidenti della camere, durante lo svolgimento delle rispettive funzioni, anche per fatti pregressi. La regola della cd. «immunità» trovava un antecedente diretto nel cd. **lodo Schifani**, la cui disciplina era stata a sua volta dichiarata illegittima con la **sentenza n. 24 del 2004**.

Il legislatore del 2008 aveva introdotto alcune **varianti** nella dichiarata intenzione di «prestare ossequio» ai rilievi compiuti dalla Corte nel 2004, soprattutto introducendo **limiti temporali** alla sospensione del processo, un meccanismo di **protezione della parte civile**, la **possibilità di rinuncia** da parte dell'imputato–Alta carica, la previsione di meccanismi di **acquisizione urgente della prova**, l'esclusione del soggetto istituzionale non eletto in base al **suffragio popolare**, neppure indirettamente (cioè il Presidente della Consulta).

Nondimeno, e come abbiamo ricordato, anche la nuova disciplina era stata dichiarata illegittima. La Corte aveva stabilito che il «lodo», ancora una volta, aveva introdotto un **prerogativa** con legge ordinaria.

Naturalmente, la decisione ha rappresentato la premessa logica e giuridica per il provvedimento più recente in materia di «prerogative», e cioè la **sentenza n. 23 del 2011**, riferita al nuovo intervento normativo attuato, con la **legge 7 aprile 2010, n. 51**, al fine dichiarato di introdurre un nuovo ed ancora diverso «bilanciamento» tra esigenze della giurisdizione ed esercizio della funzione di governo.

Com'è noto, e sebbene la citata sentenza 262 contenesse **riferimenti espliciti alla irrazionalità di una presunzione assoluta di impedimento** fondata sulle alte funzioni istituzionali dei soggetti interessati, la legge 51 aveva introdotto proprio delle presunzioni di impedimento, che molti interpreti (e comunque tutti i giudici investiti di procedimenti nei confronti del Presidente del consiglio) avevano considerato a carattere assoluto.

Investita nuovamente di questioni essenzialmente fondate sull'asserita natura di prerogativa delle disposizioni di nuovo conio, e sulla conseguente illegittimità di una legge ordinaria per la relativa previsione, la Consulta è pervenuta ad una nuova decisione di accoglimento, la quale, sia pure non travolgendo in radice l'intera legge censurata, ne ha sostanzialmente ribaltato il contenuto, riconducendo la disciplina dell'impedimento del Presidente del consiglio e dei ministri alle regole ordinarie di valutazione.

È appena il caso di aggiungere che, comunque, la **recente consultazione referendaria** ha poi travolto anche le disposizioni residue della legge n. 51 del 2010. Ma l'esame della sentenza presenta ancora interesse, com'è ovvio, per l'importanza dei principi stabiliti nella delicata materia in questione.

È stata dichiarata **illegittima**, anzitutto, l'intera disciplina che consentiva al Presidente del Consiglio dei ministri di prospettare **impegni istituzionali futuri e continuativi**, certificati dal Segretariato generale della stessa Presidenza, in guisa da imporre un **rinvio dell'udienza oltre il termine di cessazione degli impedimenti** allegati (comma 4 dell'art. 1 della legge). Inoltre è stata dichiarata illegittima la norma che imponeva al giudice, una volta accertata la ricorrenza contestuale delle ipotesi indicate nel comma 1 dello stesso art. 1, di rinviare l'udienza ad altra data, **nella parte in cui non prevedeva che lo stesso giudice possa valutare in concreto**, a norma dell'art. 420-*ter*, comma 1, cod. proc. pen., l'impedimento addotto (comma 3 dell'art. 1). In evidente collegamento logico con tale ultima decisione, la questione sollevata riguardo al comma 1 è stata dichiarata **infondata**, ma **a condizione** («in quanto») che la norma censurata sia letta «**in conformità all'art. 420-*ter*, comma 1**» del codice di rito penale.

Le ulteriori questioni sollevate dai giudici milanesi sono state dichiarate inammissibili, perché irrilevanti nei giudizi *a quibus* (comma 2 dell'art. 1, pertinente ai procedimenti concernenti ministri) o perché non attinte da censure argomentate ad opera dei rimettenti (commi 5 e 6 dell'art 1, concernenti la sospensione della prescrizione e l'applicabilità ai procedimenti in corso della nuova disciplina, e art. 2, relativo alla durata nel tempo della disciplina medesima). Naturalmente, e come già ricordato, le norme censurate sono poi cadute per effetto di **abrogazione referendaria.**

La Corte ha disatteso, in primo luogo, la lunga serie delle ulteriori **eccezioni di inammissibilità** proposte dalla difesa della parte privata nel giudizio principale e dall'Avvocatura generale dello Stato. Erano stati prospettati molteplici vizi motivazionali dei provvedimenti di rimessione, anzitutto riguardo alla concreta descrizione delle fattispecie sottoposte a giudizio, e dunque in punto di rilevanza delle questioni. Inoltre, parte almeno delle questioni sarebbero state irrilevanti (i giudici avrebbero dovuto valutare l'impedimento addotto prima secondo la disciplina ordinaria, poi secondo quella specifica in materia di impedimento contestuale del Presidente, infine a norma del comma 4 della disposizione censurata): il rilievo dell'impedimento addotto già secondo le regole generali avrebbe escluso la necessità di applicare, nei giudizi *a quibus*, le norme della legge n. 54. Ulteriori vizi, infine, avrebbero segnato la motivazione circa le ragioni del denunciato contrasto tra le disposizioni censurate ed i parametri costituzionali evocati. Tutte le eccezioni sono state respinte, sulla base degli argomenti illustrati al § 3 del *Considerato in diritto*.

Nel merito, la Corte è partita dalla propria giurisprudenza sulla **nozione di «prerogativa»**, maturata sia nel contesto di altre questioni incidentali su leggi regolatrici del processo concernente alte cariche dello Stato (da ultimo, la più volte citata sentenza n. 262 del 2009), sia nel contesto di conflitti tra poteri che avevano evocato lo specifico problema del bilanciamento tra presenza dell'imputato nel processo e svolgimento di

funzioni pubbliche di rilevanza costituzionale (da ultimo, la sentenza n. 451 del 2005). Le prerogative si sostanziano, secondo quella giurisprudenza, nell'introduzione di **meccanismi generali ed automatici di «deroga al regime processuale comune»**, e devono dunque essere regolate mediante una legge di rango costituzionale, pena la violazione congiunta degli artt. 3 e 138 della Costituzione.

Dunque il metodo dell'analisi è consistito nella comparazione tra la normativa sottoposta a censura e quella che normalmente disciplina il cd. legittimo impedimento (art. 420-*ter* c.p.p.), per verificare se la prima costituisse una specificazione della seconda (come sostenuto dalla Presidenza del Consiglio), o piuttosto introducesse una deroga.

Ed ecco le caratteristiche del *tertium comparationis*: l'impedimento consiste in un **impegno specifico e puntuale**, e non nella mera e generica implicazione di una propria attività complessiva; il giudice, quando ricorra la prima condizione, valuta lo specifico impedimento addotto come fattore **idoneo a giustificare il rinvio dell'udienza**.

La Corte ha ritenuto che la comparazione al modello fissato nel comma 1 dell'art. 420-*ter* dovesse essere condotta separatamente per ognuna delle tre norme pertinenti all'attività del Presidente del Consiglio dei ministri. Quanto al comma 1, la critica essenziale dei rimettenti si sostanziava nella estrema genericità delle situazioni che avrebbero potuto essere addotte per innescare un automatismo destinato a culminare con il rinvio dell'udienza. La Corte ha convenuto che una lettura «generalizzante» della norma ne comporterebbe il contrasto con la Carta costituzionale, ma ha ricordato il dovere di adottare soluzioni adeguatrici quale comportamento preliminare alla dichiarazione di illegittimità. Ebbene, la norma va letta nel senso che «le categorie di attività qualificate, in astratto, come legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri sono **solo quelle coessenziali alle funzioni di Governo**, che siano previste da leggi o regolamenti (e in particolare dalle fonti normative espressamente citate nella disposizione censurata), nonché quelle rispetto ad esse **preparatorie** (cioè specificamente preordinate) e **consequenziali** (cioè immediatamente successive e strettamente conseguenti)». E ancora, sulla disciplina delle attività preparatorie o consequenziali, come interpretata in senso costituzionalmente compatibile: «*il Presidente del Consiglio dei ministri dovrà indicare un* ***preciso e puntuale impegno, che abbia carattere preparatorio o consequenziale rispetto ad altro preciso e puntuale impegno****, quest'ultimo riconducibile ad una attribuzione coessenziale alla funzione di governo prevista dall'ordinamento*».

Insomma, la norma censurata poteva essere letta in guisa che non ne derivasse una deroga al primo dei due aspetti essenziali della disciplina comune del legittimo impedimento, e cioè il carattere puntuale di un impegno alternativo alla partecipazione al processo.

Restava alla Corte da verificare, però, se della disciplina ordinaria le norme censurate consentissero l'espansione anche sotto il secondo profilo,

e cioè quello di «**valutare in concreto** lo specifico impedimento addotto». Valutazione che non consiste nella verifica di sussistenza effettiva del fatto prospettato od in quella di attendibilità della relativa certificazione, ma attiene alla **valenza dell'impegno concomitante**, assunto quale fattore «legittimo» di sacrificio dell'esigenza concorrente di progressione del giudizio. La Corte ha specificamente chiarito, in premessa, che avrebbe considerato derogatorio (e dunque illegittimo) ogni scarto della nuova disciplina rispetto agli ordinari poteri di sindacato del giudice.

In particolare, ordinariamente il giudice valuta il «carattere **assoluto e attuale**» dell'impegno prospettato dalla parte. Ciò comporta che detto impegno, pure pertinente ad interessi meritevoli di bilanciamento con quello delle tempestiva celebrazione del giudizio, deve essere «**oggettivamente indifferibile e necessariamente concomitante**» con l'udienza programmata. Il che deve essere oggetto della verifica giudiziale, ben oltre il controllo sulla effettiva sussistenza del fatto impeditivo allegato.

Ebbene la Corte, in base all'univoco significato letterale e sistematico del comma 3 dell'art. 1, ha ritenuto che la norma avesse proprio la funzione di sbarrare il sindacato giudiziale sulla soglia della verifica di sussistenza. Dunque, introduzione di una prerogativa in violazione del disposto degli artt. 3 e 138 Cost.

Naturalmente, il **principio di leale collaborazione** impone al giudice di interferire nella minima possibile misura sull'attività di governo del Presidente, così come impone a quest'ultimo, anche alla luce dell'elevato grado di autonomia nella programmazione dei propri impegni (ben superiore a quello di un Parlamentare), di concepire calendari compatibili con l'interesse alla speditezza del processo.

La Corte ha ravvisato un analogo significato derogatorio nel comma 4 dell'art. 1, anzitutto per la possibilità, riconosciuta all'imputato, di addurre non un impedimento puntuale, ma un **impegno continuativo**, con elusione almeno parziale dell'onere di specificazione posto dalla disciplina ordinaria. A meno di non intendere la certificazione di legge come dettagliato (e chilometrico) elenco di impegni puntuali (ma comunque non contestuali), restava consentito al Presidente del consiglio di addurre genericamente quale impedimento la sua stessa funzione istituzionale, in deroga al criterio generale (e sulla base di una sorta di autocertificazione, collegata ad una deliberazione riconducibile in sostanza allo stesso interessato). Per altro verso, l'allegazione dell'impegno continuativo comportava per il giudice la necessità di un **rinvio «automatico»**, analogamente a quanto previsto dal comma 3, posta l'impossibilità di sindacare, in riferimento a specifiche date, l'ineluttabilità della concomitanza.

Dunque, e per concludere, una nuova prerogativa, come tale contrastante con gli artt. 3 e 138 Cost.

Continua il lavoro della Corte a fini di delimitazione della **immunità dei parlamentari** per le opinioni espresse, come sancita dall'**art. 68 Cost.**

Ho riferito in dettaglio, nelle versioni precedenti di questa *relazione*, su importanti **aspetti procedurali** del conflitto che il giudice deve sollevare, quando ne ricorrano le condizioni, avverso una delibera parlamentare di **insindacabilità** del comportamento perseguito (si vedano comunque le ordinanze n. 188 del 2009 e n. 41 del 2010)

Quanto ai **presupposti sostanziali** della garanzia di insindacabilità, la Corte ha stabilizzato da tempo la propria giurisprudenza, nel senso che la dichiarazione effettuata *extra moenia* deve rappresentare la specifica esternazione di una opinione che il Parlamentare abbia formulato nell'esercizio della propria funzione, ché altrimenti l'immunità perderebbe la propria funzione di garanzia della libertà di esercizio del mandato ***nel*** Parlamento e si risolverebbe in privilegio ingiustificato.

Dunque non è sufficiente che l'esternazione riguardi un tema generale che sia stato oggetto di discussione parlamentare, e men che meno assumono rilevanza (come pure, da qualche tempo, si pretende dalle Camere) le opinioni espresse *intra moenia* da un Parlamentare diverso, a nulla rilevando che si tratti di appartenente allo stesso gruppo di pertinenza dell'interessato. Deve trattarsi, invece, della ripresa di uno specifico tema posto al centro di un atto tipico della funzione (intervento in alula, interrogazione, ecc.), da parte dello **stesso soggetto**, ed in rapporto di **contiguità cronologica** abbastanza stretto da non vanificare il senso della esternazione quale forma di comunicazione esterna del lavoro parlamentare.

Gran parte di questi concetti è stata ribadita dalla Corte, ad esempio, con la recente **sentenza n. 301 del 2010**.

Di particolare interesse è anche la recentissima **sentenza n. 82 del 2011**, che ha operato alcune puntualizzazioni, anche alla luce della ormai «tradizionale» **difesa delle Camere confliggenti**, e cioè che la immunità dovrebbe coprire in generale l'attività politica del Parlamentare, e non solo la manifestazione *extra moenia* di comportamenti puntualmente e personalmente tenuti all'interno del Parlamento.

Come qualunque altro cittadino, il Parlamentare gode del diritto di manifestazione del proprio pensiero, anche e soprattutto nell'esercizio della **attività politica**. La prerogativa in questione, però, riguarda altro, anche quando si applica ad attività *extra moenia*, e cioè la **attività parlamentare**, che deve essere liberamente rappresentata anche fuori dal Parlamento. Fuori da questa logica, che impone contestualità e puntualità del riferimento, la immunità si trasforma in privilegio, e soprattutto comporta

uno squilibrio tra difesa della libera funzione legislativa e **diritti delle persone offese**.

Interessante la sintesi offerta circa la **giurisprudenza europea sul punto**:

> *La Corte di Strasburgo ha* […] *rilevato come rappresenti prassi generalizzata quella che gli Stati riconoscano una immunità, più o meno ampia, ai membri del Parlamento, per consentire la libera espressione delle opinioni e dei voti ai rappresentanti del popolo ed impedire che azioni giudiziarie partigiane (*poursuites partisanes*, nel testo in francese della pronuncia) possano ledere la funzione parlamentare. Dunque, ha soggiunto la Corte, la previsione dettata dall'art. 68, primo comma, della Costituzione italiana persegue scopi legittimi, quali, in particolare, la tutela del libero dibattito parlamentare ed il mantenimento della separazione dei poteri legislativo e giudiziario. Secondo la Corte di Strasburgo, tuttavia, la assenza di un* ***legame evidente*** *con un'attività parlamentare* ***esige una interpretazione ristretta del concetto di proporzionalità*** *tra lo scopo prefissato ed i mezzi impiegati, specie quando le limitazioni al diritto di agire in giudizio derivino da una deliberazione di un organo politico. Giungere ad una conclusione diversa – ha infatti sottolineato la stessa Corte – equivarrebbe a limitare in modo incompatibile con l'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione il diritto di accesso alla giustizia dei privati, ogniqualvolta i discorsi oggetto della azione giudiziaria siano stati pronunciati da un membro del Parlamento (sentenza 27 gennaio 2009, C.G.I.L. e Cofferati contro Italia e le altre pronunce ivi citate).*

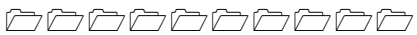
Sulla necessità di una rigorosa verifica del nesso funzionale tra la dichiarazione resa *extra moenia* ed un atto personalmente assunto nella sede parlamentare, avente sostanziale **coincidenza di contenuto**, la Corte è tornata anche in tempi più recenti, sempre e significativamente **annullando** delibere di insindacabilità approvate dalle Camere.

È il caso ad esempio della **sentenza n. 96 del 2011** (non è sufficiente un atto genericamente concernente la «gestione» giudiziaria dei «pentiti» per coprire le accuse di comportamenti scorretti ed illegali, da parte di singoli magistrati, in relazione a specifici adempimenti processuali concernenti le dichiarazioni di imputati per fatti di mafia), o della **sentenza n. 97 del 2011** (irrilevanza di atti parlamentari concernenti la asserita «politicizzazione» di una determinata associazione tra magistrati relativamente all'accusa, rivolta ad uno specifico magistrato, di avere inneggiato alla violenza ed a forme terroristiche di azione politica).

Un recente provvedimento è intervenuto anche a conferma dell'infondatezza di un'altra tesi ricorrente delle Istituzioni parlamentari, che si riferisce ad una pretesa «**insindacabilità di gruppo**»: alla possibilità, cioè, che un comportamento *extra moenia* di un determinato parlamentare possa essere ritenuto insuscettibile di valutazione quando trovi corrispondenza di significato nell'atto tipico di un **diverso Parlamentare**. La Corte, ormai con poche e decise parole, ha ribadito l'improponibilità di tesi siffatte: **sentenza n. 98 del 2011**.

La conferma più recente degli orientamenti descritti è data, al momento, dalla **sentenza n. 194 del 2011**, ennesimo accoglimento del ricorso

proposto contro delibere di insindacabilità che il Parlamento continua ad assumere senza tenere in alcun conto, sembrerebbe, la giurisprudenza ormai granitica della Corte



In una rievocazione dei recenti interventi della Consulta sul **sistema delle fonti**, sebbene prevalentemente incentrata sulle pronunce occasionate da questioni di carattere penalistico, non può mancare un riferimento alla **sentenza n. 115 del 2011**, per la sua fondamentale importanza sul piano dei rapporti tra **principio di legalità** e fonti del **diritto punitivo**.

La Corte costituzionale, in particolare, ha ritenuto costituzionalmente illegittima la norma che, a partire dal 2008, consentiva al sindaco, quale ufficiale del Governo, di adottare **ordinanze, anche non contingibili e urgenti**, al fine di prevenire ed eliminare gravi **pericoli per la sicurezza urbana**.

Si trattava del comma 4 del novellato art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000 (è il vigente Testo unico in materia di enti locali), recante le modifiche deliberate con il primo «pacchetto sicurezza» della legislatura in corso (cioè con il decreto-legge n. 92 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 125 del 2008).

La disposizione aveva contenuto, fino alla novella, la norma tradizionale che conferiva al sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia di incolumità pubblica. Un potere affiancato a quello che, riguardo ai prefetti, e sul piano della sicurezza pubblica, è tuttora garantito dall'art. 2 del T.u. delle leggi di pubblica sicurezza. Con le **ordinanze contingibili e urgenti** l'autorità amministrativa fronteggia situazioni eccezionali e di carattere temporaneo, che non siano fronteggiabili con i mezzi ordinari, e che richiedano finanche deroghe (per loro stessa natura) temporanea alle disposizioni di leggi e regolamenti. Un potere straordinario, legittimato dalla straordinarietà della situazione da fronteggiare, che si estrinseca in provvedimenti ad effetto necessariamente temporaneo. Una risalente giurisprudenza costituzionale aveva chiarito che in nessun caso l'autorità amministrativa può adottare provvedimenti con forza e valore di legge, e dunque capaci di derogare stabilmente alle norme primarie e secondarie. Secondo quella giurisprudenza (formatasi sulle ordinanze prefettizie), i provvedimenti contingibili e urgenti sono legittimi proprio in quanto **privi di carattere normativo**, derogatori solo in relazione al caso concreto e per il tempo necessario a superare la situazione di contingibilità e urgenza.

Nel 2008, il legislatore ha deciso di introdurre un nuovo oggetto di tutela, attraverso l'espressione «**sicurezza urbana**», recependo concetti fino a quel punto elaborati prevalentemente sul piano sociologico. Si è attribuita ai consociati l'aspettativa che dal disordine sociale e «fisico» nei quartieri delle città non scaturiscano comportamenti lesivi della tranquillità, della vita, del patrimonio delle persone. Non solo dunque la prevenzione dei reati, ma il contrasto alle condizioni urbane che possono favorire la commissione di reati, anche solo nella percezione collettiva dei consociati.

La legge, per inciso, aveva rimesso ad un decreto ministeriale una miglior definizione del nuovo concetto, che poi è venuta, attraverso il **decreto del Ministro dell'interno** in data **5 agosto 2008**, nei termini seguenti: «*si intende* [...] *per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale*».

Nel contempo, l'assonanza di significato della locuzione «sicurezza urbana» con quella «polizia amministrativa locale», che la lettera *h*) del primo comma dell'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa regionale, aveva provocato doglianze in punto di pretesa violazione, da parte dello Stato, di attribuzioni rimesse in via esclusiva alle Regioni ed alle Province autonome. Per tale ragione, e sotto questo particolare profilo, la Corte costituzionale aveva già preso in considerazione il nuovo art. 54 del T.u. degli enti locali.

Si doveva distinguere, in sostanza, tra gli ambiti materiali. Di qui l'inevitabile accostamento della «sicurezza urbana» alla «sicurezza pubblica», la cui tutela spetta indiscutibilmente allo Stato: «i poteri esercitabili dai Sindaci, ai sensi dei commi 1 e 4 dell'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, non possono che essere quelli **finalizzati alla attività di prevenzione e repressione dei reati** e non i poteri concernenti lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome» (**sentenza n. 196 del 2009**).

Insomma, ai sindaci era stato affidato il compito di prevenire i reati. Un compito precisato (coi limiti anzidetti) nel fine ma non nei mezzi. E infatti, come risulta da numerosi rilevamenti e studi, i sindaci hanno fatto **massiccio ricorso** al nuovo potere loro conferito, imponendo divieti ed obblighi riguardo a comportamenti che ciascuno di loro considerava rischiosi per la sicurezza urbana. L'esperienza ha prodotto risultati disparati: dalla duplicazione di divieti già esistenti (come per ordinanze che imponevano di non sfruttare la prostituzione o cedere stupefacenti) alla introduzione di divieti non imposti dalla legge, ma pertinenti a comportamenti considerati «rischiosi». Di qui numerosissimi divieti di «accattonaggio», o norme le più varie studiate «intorno» all'esercizio della prostituzione, o ancora con riferimento ad aggregazioni di persone

potenzialmente capaci di creare disturbo o disordine. Insomma, **norme sanzionatorie a tempo indeterminato e su base territoriale ristretta**, capaci di trasformare in illecito (se non addirittura in **reato, *ex* art. 650 c.p.**) comportamenti altrimenti leciti, e capaci in potenza di limitare libertà fondamentali (come quella di circolazione, di riunione in luogo pubblico, ecc.). Sullo sfondo, specie riguardo alla mendicità ed alla creazione di accampamenti (ma anche, e per esempio, con riferimento a «cibi etnici», ecc.), anche inevitabili tensioni con il divieto di discriminazione su base razziale od etnica.

Il novellato art. 54 è stato censurato dal T.a.r. del Veneto, innanzi al quale un'associazione antirazzista aveva impugnato un'ordinanza sindacale che vietava di chiedere l'elemosina in qualunque porzione frequentata del territorio comunale, disponeva la confisca delle somme eventualmente donate, e limitava per i contravventori la facoltà di accesso al pagamento in misura ridotta. La norma è stata censurata alla luce di innumerevoli parametri costituzionali, sul presupposto tra l'altro che consentisse ai sindaci di derogare a leggi e regolamenti, anche in situazioni né contingibili né urgenti, con carattere di stabilità. Conviene comunque rinviare, per una sintesi delle censure, alla pertinente porzione della sentenza qui pubblicata.

La Corte costituzionale, elidendo la locuzione «, anche», che il legislatore della riforma aveva anteposto all'espressione «contingibili e urgenti» nel definire le ordinanze di competenza sindacale in materia di sicurezza urbana e incolumità pubblica, ha sostanzialmente **riportato sul piano esclusivo della contingibilità e dell'urgenza** i poteri del sindaco, che restano estesi alla sicurezza urbana, ma che dovranno appunto limitarsi alle ipotesi di situazioni straordinarie e limitate nel tempo. Non più dunque ordinanze «normative» con effetti di carattere generale ed a tempo indeterminato.

Il ragionamento della Corte è complesso, e deve essere conosciuto attraverso la lettura diretta del provvedimento. A livello di sintesi può dirsi come sia stata individuata una **violazione del principio di legalità sostanziale**, in forza del quale l'attività dell'amministrazione, quando investe direttamente lo spazio di libertà dei consociati, deve essere determinata dalla legge nei mezzi e nei contenuti, oltre che nei fini.

È vero – ha osservato la Corte – che (contrariamente a quanto ritenuto da molti interpreti e dallo stesso rimettente) la norma censurata non consentiva affatto di derogare a leggi e regolamenti, fuori dai casi di contingibilità e urgenza. Per questa ragione le censure fondate sul presupposto contrario sono state ritenute infondate. È vero anche, e tuttavia, che **solo la legge** può consentire al potere pubblico di incidere «sulla **sfera generale di libertà** dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti obblighi di fare e di non fare».

Il principio enunciato trova fondamento anzitutto nella riserva di legge, pur relativa, che si trova nell'**art. 23 della Costituzione**, secondo cui nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Per la prima volta la Consulta enuncia espressamente l'assunto che anche gli obblighi di non fare costituiscono una «prestazione personale», con la conseguenza che **i divieti possono essere imposti solo «in base alla legge»**. Il che non vuol dire (come per i divieti penalmente sanzionati) che la legge deve dettare puntualmente la regola di comportamento. Vuol dire, però, che i consociati «sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare e di dare previsti in via generale dalla legge»: cioè, ad un provvedimento assunto in base alla rappresentanza politica e democratica, «ancorché non dettagliato». La discrezionalità amministrativa, quando attiene alla sfera di libertà dei consociati, deve trovare nella legge puntuali criteri di delimitazione.

La Corte ha riscontrato che, nel caso di specie, nessuna delimitazione era posta dalla legge. Le specificazioni contenute nel già citato decreto ministeriale del 5 agosto 2008, a prescindere dalla loro idoneità, sono comunque il frutto di esercizio della discrezionalità «interna» alla pubblica amministrazione, e non un limite all'esercizio di tale discrezionalità nei rapporti coi cittadini.

Nella situazione descritta, d'altra parte, la Corte ha ravvisato la violazione concomitante della **riserva di legge posta all'art. 97, primo comma, della Costituzione**, ove la riserva stessa vale a garantire che gli uffici siano organizzati in guisa da assicurare, tra l'altro, la imparzialità dell'amministrazione. Nel caso di specie – si osserva - «l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge».

Saranno chiare, a questo punto, anche le ragioni del ravvisato **contrasto con l'art. 3 della Costituzione**, dato che la disparità di trattamento introdotta su ristrettissima base territoriale non può essere misurata nella sua ragionevolezza in base ad alcun parametro legislativo.

DIRITTO SOSTANZIALE

È il caso di segnalare, per chi iniziasse la lettura di questi appunti dalla pagina presente, che molti temi del diritto penale sostanziale sono stati toccati dall'esposizione che precede. Semplicemente, le relative decisioni assumono un particolare interesse a livello più generale, implicando

riflessioni e decisioni sul sistema delle fonti o sulle regole essenziali del giudizio di legittimità costituzionale.

Naturalmente non mancano di interesse, soprattutto per gli operatori della giurisdizione, decisioni di respiro meno ampio, ma pertinenti a temi, talvolta assai importanti, del diritto penale sostanziale.

Cominciamo dalla **parte generale**, ricordando come sia stato recentemente rilevato, con la **sentenza n. 183 del 2011**, un rilevante profilo di contrasto tra la disciplina della **recidiva**, riformata dal legislatore mediante la celeberrima legge n. 251 del 2005, ed alcuni fondamentali **parametri costituzionali**: la ragionevolezza, l'uguaglianza, la necessaria finalizzazione rieducativa della pena.

La Corte costituzionale infatti, con la sentenza indicata, ha eliminato **una porzione del regime «speciale»** di applicazione delle **circostanze attenuanti generiche** per il caso di recidivi reiterati chiamati a rispondere di gravi delitti, dichiarando l'illegittimità del «nuovo» **art. 62-*bis* c.p.**, nella parte appunto in cui stabiliva «che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo», non si potesse «tenere conto della **condotta del reo susseguente al reato**».

Tornerò tra breve, con maggior dettaglio, sulla portata del *decisum*. Può essere utile, prima, un breve inquadramento della disciplina sottoposta a censura e dei principi in base ai quali la Corte ne ha identificato, con logica stringente e argomenti conclusivi, il sicuro carattere di incostituzionalità.

È risaputo come le **attenuanti generiche** abbiano rappresentato il primo (ed ancor oggi il più potente) mezzo per fronteggiare l'incapacità legislativa di pervenire ad una **organica riforma del diritto penale**, necessaria per adeguare pienamente il sistema sanzionatorio alla Costituzione ed alla sua gerarchia di valori. Nel 1944 l'introduzione dell'**art. 62-*bis*** costituì lo strumento urgente per fronteggiare la severità delle scelte di politica criminale sottese al codice vigente e l'eccentricità di parte delle medesime rispetto ai principi liberali ed umanitari che avrebbero trovato consacrazione alla fine del processo costituente. Dopo trent'anni una ulteriore riforma – che ebbe anche il sapore della rinuncia ad una organica ridefinizione del sistema penale – comportò che le attenuanti generiche si trovassero inserite in un **regime delle circostanze** completamente destrutturato, attraverso l'espansione (nell'oggetto e negli esiti possibili) del **meccanismo di comparazione**, accompagnata dalla **demolizione della recidiva**. Recidiva che divenne sempre «facoltativa», e che comunque poteva essere liberamente comparata con circostanze di segno opposto, tra le quali primeggiavano proprio le attenuanti generiche.

Di qui, per altro, un fenomeno di grande portata, e cioè la **delega** di fatto, nei confronti del **corpo giudiziario**, del compito di governare

l'evoluzione del sistema, la sua (indispensabile) rispondenza ai mutamenti della società e delle dinamiche di devianza. Una perdita di controllo della politica in ordine alle scelte di governo dei fenomeni criminali. Ed anche, per altro verso, una diminuita efficienza del **principio di legalità**. Per restare nella dimensione sanzionatoria, l'escursione tra il massimo ed il minimo della pena possibile è divenuta tanto ampia che la prevedibilità delle relative decisioni è rimasta per la gran parte affidata alla ragionevolezza dei giudici ed alla forza condizionante delle prassi territoriali.

È risaputo per altro che, per ragioni complesse, il sistema ha perso fiducia nei suoi giudici. Di più, la politica ha maturato un fisiologico bisogno di **riassumere il controllo** delle scelte di governo dei fenomeni di devianza. E tuttavia, trascurando la complessità del sistema, la strategia si è risolta nella **mera e caotica riduzione degli spazi di discrezionalità giudiziale**, in una logica pressoché completamente «reattiva».

Negli ultimi anni (alla legge 251 del 2005 sono succeduti i «pacchetti sicurezza» del 2008 e del 2009), il legislatore ha individuato aspetti del «**diritto giurisprudenziale**» che, nelle sue valutazioni, contrastavano con le travi portanti delle nuove gerarchie di valori e delle nuove priorità. In una tensione irrisolta tra «rigorismo» e «garantismo», la soluzione è stata cercata e trovata non nella **precisazione normativa di criteri** o, più in generale, nella **riscrittura delle regole**, quanto piuttosto, sul piano processuale come su quello sostanziale, nella creazione di **statuti differenziali**: da più parti si parla di **tipi d'autore**.

Non v'è dubbio che il **recidivo**, così come l'accusato od il condannato per **reati stigmatizzati** dal legislatore, abbiano rappresentato negli ultimi anni l'epicentro del fenomeno sommariamente delineato. Attraverso un sistema fondato su **preclusioni**, che dovrebbero trovare la propria giustificazione razionale in base a **presunzioni** (le quali servono, per loro stessa natura, a condizionare i processi cognitivi e valutativi del giudice), il legislatore ha individuato le **fasce di devianza** a suo giudizio meritevoli del proprio intervento rigoristico, sottraendole in maggiore o minore misura alla discrezionalità del giudice. Il che potrebbe ben consistere in sostanziale ed auspicabile assunzione di responsabilità della politica, a condizione che gli interventi assumano veste tecnica dignitosa e risultino ispirati ai principi costituzionali.

La **disciplina censurata dalla Consulta**, con la sentenza qui in commento, si caratterizza per il **connubio di interventi su due strumenti essenziali** delle politiche criminali dominanti negli ultimi anni: l'**irrigidimento** ad ogni livello dei meccanismi punitivi concernenti i recidivi, ed in particolare i **recidivi reiterati**; la riduzione di efficienza del più tradizionale tra gli **strumenti di mitigazione** del rigore sanzionatorio che caratterizza l'ordinamento, e cioè, appunto, le **attenuanti generiche**.

A quest'ultimo proposito va ricordato come il legislatore del 1944 avesse lasciato pressoché indeterminata la fisionomia delle circostanze di fatto

utili alla **applicazione dell'art. 62-*bis*,** in congruenza del resto con la funzione che la norma era chiamata ad assolvere. Il dibattito sulla relativa nozione si è sviluppato per oltre sessant'anni. La giurisprudenza, non senza qualche diversità di accento, ha sempre ammesso che il giudice possa **valutare nella prospettiva delle attenuanti generiche** anche i fattori che la legge, attraverso il disposto dell'**art. 133 c.p.**, pone più generalmente a fondamento dell'opera di quantificazione della pena tra i valori edittali (ad esempio, Cass., Sez. IV, 27 giugno 2002, n. 35930, Martino, in *C.E.D. Cass.*, n. 222351). Tra i fattori in questione, i **precedenti del reo** – che rilevano com'è ovvio anche a fini di applicazione della recidiva (da ultimo, Cass., Sez. VI, 16 giugno 2010, n. 34364, Giovane, *ivi*, n. 248244) e la **condotta susseguente al reato**, a cominciare dalla qualità dell'atteggiamento processuale e dall'eventuale confessione (ad esempio, Cass., sez. V, 14 maggio 2009, n. 33690, Bonaffini, *ivi*, n. 244912).

Una **conferma** della prospettiva storicamente adottata in giurisprudenza è venuta proprio dagli **interventi «rigoristici»** del legislatore sull'art. 62-*bis* c.p. L'intento di limitare la discrezionalità giudiziale nel riconoscimento di attenuanti generiche è stato attuato **vietando l'apprezzamento di circostanze riconducibili all'art. 133 c.p.** È accaduto da ultimo con l'introduzione di un **terzo comma** della norma sulle attenuanti generiche (decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, nel testo risultante dalla legge di conversione n. 125 del 2008), che preclude l'applicazione dell'attenuante in base alla **mera condizione di «incensurato»** del reo (condizione tradizionalmente valorizzata in rapporto al disposto del n. 2) del secondo comma dell'art. 133 c.p., che si riferisce tra l'altro ai precedenti penali e giudiziari» dell'interessato).

Più complessa l'operazione attuata circa tre anni prima, con la legge *ex Cirielli*, attraverso l'introduzione del secondo comma dell'art. 62-*bis*. Il divieto di apprezzamento era stato posto riguardo ad un **determinato tipo d'autore**, identificato (almeno secondo l'interpretazione più diffusa, in un contesto letterale a dir poco problematico) attraverso un **doppio criterio presuntivo**. Il primo concerneva in sostanza i **precedenti del reo**, risolvendosi nel riferimento ai «casi previsti dall'articolo 99, quarto comma» del codice penale, cioè al **recidivo reiterato**. Il secondo criterio, fondato su una presunzione ancor più debole (perché connessa ad un fatto non ancora provato), si fondava sulla **qualità dell'imputazione**, nella specie selezionata attraverso il rinvio al solito catalogo dell'art. 407, comma 2, lett. *a*), del codice di rito penale (con l'ulteriore filtro della sanzione edittale pari o superiore, nel minimo a **cinque anni**).

Ebbene, per questo tipo d'autore, veniva fatto divieto al giudice di fondare il riconoscimento di attenuanti generiche su **due fattori fondamentali (per quanto eterogenei)** di determinazione del trattamento sanzionatorio nella prospettiva dell'art. 133 c.p.: l'**intensità del dolo** (n. 3 del primo comma della norma appena citata) e la **capacità a delinquere** (tutte le previsioni del secondo comma della medesima norma).

Non è questa la sede per evidenziare l'incongruenza del primo fra i due divieti. Quanto al secondo, se risulta comprensibile la necessità di **prevenire interferenze con la disciplina «specifica»** del precedenti criminali del reo (n. 2 del secondo comma), lo stesso non può dirsi quanto ai profili ulteriori di misurazione della capacità criminale. Dal punto di vista pratico (e, non casualmente, anche nel giudizio *a quo*) la disposizione censurata si risolveva soprattutto nel **divieto di apprezzare la condotta susseguente al reato, anche quella processuale**, quale elemento di eventuale moderazione del trattamento sanzionatorio per il recidivo reiterato.

Attenzione, perché il problema dell'**automatismo preclusivo** non poteva essere risolto, come per fattispecie analoghe è accaduto ad opera della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza ordinaria, **eliminando la base fattuale della regola** di volta in volta presa in considerazione, e cioè **non applicando la recidiva**. Una strategia siffatta – della quale la stessa giurisprudenza ha evidenziato i rischi – poteva essere al limite utilizzata per i casi di **recidiva reiterata «facoltativa»**, di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p.: il giudice che ritenesse «incongruo» il risultato sanzionatorio finale del processo di quantificazione della pena poteva, non senza improprie commistioni di criteri applicativi, **escludere la recidiva** proprio al fine di evitare che si attivasse il **divieto di riconoscimento delle attenuanti generiche**. Ma la stessa strategia non era proponibile, naturalmente, nel caso di recidiva «obbligatoria» regolato dal quinto comma dell'art. 99. Senza dire che, come vedremo tra breve, la Consulta ha ritenuto di interpretare la disposizione censurata nel senso che si riferisce proprio e solo a situazioni di **applicazione obbligatoria della recidiva reiterata**.

Dunque, per i «casi gravi», il legislatore aveva introdotto un **doppio automatismo**, come tale fondato su una **doppia presunzione assoluta**.

Ora, la recidiva costituisce un lecito strumento di adeguamento sanzionatorio per i casi di relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il fatto per il quale infliggere una punizione, nei suoi profili oggettivi e soggettivi di gravità. A queste condizioni la recidiva si armonizza con i criteri di ragionevolezza, proporzionalità, finalizzazione rieducativa della pena. Nei casi di applicazione obbligatoria, la **relazione qualificata** tra precedenti del reo e fatto suscettibile di sanzione è **presunta dalla legge**.

Per altro verso, nella prospettiva dei parametri costituzionali già evocati, il **divieto incondizionato** di apprezzare determinati fattori di attenuazione non poteva che reggersi concettualmente sulla **presunzione legislativa** di irrilevanza dei medesimi fattori nella misurazione della capacità criminale del reo.

Non è un caso che abbia di recente dovuto rivitalizzarsi, e trovare applicazioni sempre più frequenti e rilevanti, una tradizionale giurisprudenza costituzionale sui limiti di **compatibilità** tra il **principio di uguaglianza** e le **presunzioni assolute** poste a fondamento di determinate discipline. Dette presunzioni, proprio perché servono ad **imporre un**

determinato trattamento per tutte le situazioni riferibili alla fattispecie che le presuppone, a prescindere da eventuali scarti tra modello astratto e fattispecie concreta, generano «naturalmente» una tensione con i principi di uguaglianza e ragionevolezza. Dunque la **«legge di copertura»** in base alla quale una presunzione viene costruita deve essere **molto attendibile**, in grado elevatissimo quando si discuta di presunzioni assolute. La fisionomia della fattispecie deve essere costruita in guisa tale, cioè, da ridurre grandemente, se non eliminare, il rischio della sua applicazione ad ipotesi concrete prive della connotazione che giustifica razionalmente la disciplina considerata.

È possibile, ad **esempio**, che si desuma dal compimento di determinati reati, in presenza di certe condizioni, la disponibilità di un reddito occulto da parte del responsabile. Ma la tipologia dei reati rilevanti, così come altre loro caratteristiche (a cominciare dalla loro prossimità cronologica rispetto al momento della valutazione), devono essere selezionate in modo da garantire una elevatissima coincidenza tra casi presunti e casi verificati di disponibilità del reddito.

L'esempio è ispirato dalla prima delle **recenti sentenze costituzionali** che hanno fondato dichiarazioni di **illegittimità** sul carattere ingiustificato delle **presunzioni assolute** introdotte dall'attuale legislatore. Il caso di specie riguardava proprio un divieto di accesso al **patrocinio a spese dell'Erario** per soggetti in precedenza condannati in ordine a determinati reati: la giustificazione implicita (e, curiosamente, anche esplicita) della preclusione consisteva nella **presunzione, non superabile**, che dai reati pregressi l'imputato avesse tratto un reddito occulto superiore alle soglie che specificano il concetto di «non abbienza» (art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002). Tutto ciò comprendendo nell'elenco reati non necessariamente lucrosi, senza alcuna limitazione di prossimità cronologica, di talché la presunzione di «abbienza» doveva reggersi anche riguardo a fatti commessi decenni prima di quello posto ad oggetto dell'imputazione. Ebbene, ecco la regola generale enunciata: «le **presunzioni assolute**, specie quando limitano un **diritto fondamentale** della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono **arbitrarie e irrazionali**, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia «agevole» formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (**sentenza n. 139 del 2010**).

Com'è noto, ragionamenti analoghi sono stati posti a fondamento di decisioni ancor più recenti, in materia di **applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere** nei confronti di persone accusate di determinati delitti (comma 3 del novellato art. 275 c.p.p.). Di nuovo, **norme presuntive** fondate sull'assunto che la (ipotizzata) responsabilità per determinati fatti esprima un **livello di pericolosità** tale da non essere contenibile mediante forme di restrizione della libertà meno assolute della restrizione in carcere.

La **legge di copertura** è stata giudicata **inaffidabile** dalla Corte, per ragioni di dettaglio che saranno più avanti illustrate, sia nel caso dei **reati sessuali** (sentenza n. 265 del 2010) sia nel caso dell'**omicidio volontario** (sentenza n. 164 del 2011). Dopo la sentenza ora in commento, analoga decisione è stata assunta (sentenza n. 231 del 2011) con riguardo al delitto di **associazione finalizzata al narcotraffico**.

In tutti questi casi, la Corte non ha eliminato radicalmente la norma presuntiva, ma l'ha resa superabile in presenza di caratteristiche del caso concreto difformi, quanto agli elementi giustificativi del trattamento, dal modello astratto posto ad oggetto della generalizzazione.

Questo il panorama sul quale la Corte è intervenuta con la **dichiarazione parziale di illegittimità dell'art. 62-*bis* c.p.**

Il giudice rimettente aveva costruito le proprie censure in varie direzioni, segnalando la ridotta possibilità per il giudice di assicurare un **rapporto proporzionale tra pena e fatto** (fino ad evocare la nota tematica delle pene fisse), postulando l'irrazionalità di una selezione operata all'interno del catalogo fissato nell'art. 407 c.p.p., prospettando una situazione conseguente di parificazione indebita tra situazioni disomogenee e di illegittima discriminazione tra situazioni assimilabili.

La Corte costituzionale, dal canto proprio, ha fissato alcune premesse. In primo luogo, e come si è visto, ha precisato che la **norma censurata** concerne i soli casi di **recidiva obbligatoria** («il richiamo congiunto alla recidiva reiterata (…) e al catalogo dei "delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale", cui rinvia anche il quinto comma dell'art. 99 cod. pen., fa sì che il secondo comma dell'art. 62-*bis* cod. pen. debba intendersi riferito a un'ipotesi di recidiva obbligatoria».

È dunque stata esclusa, per implicito, la possibilità di «aggirare» la preclusione concernente le attenuanti generiche attraverso la disapplicazione della recidiva.

In secondo luogo è stata negata la rilevanza della tematica concernente le **pene fisse** e, in generale, gli strumenti per l'adeguata modulazione del trattamento sanzionatorio, perché la norma censurata lasciava pur sempre spazi significativi di valutazione discrezionale. Del pari infondati i rilievi del rimettente sulla pretesa «arbitrarietà» delle scelte legislative nell'assemblaggio dei «parametri» di pericolosità sui quali fondare la preclusione.

Con decisione, invece, la Corte ha individuato la **regola presuntiva** sottesa al divieto, e cioè l'aspettativa che l'elemento rappresentato dai **precedenti del reo** risulti **sempre preponderante**, nella valutazione della capacità a delinquere, sui fattori indicati al secondo comma dell'art. 133 c.p.: che una piena **confessione**, ad esempio, non possa mai valere a bilanciare il **significato sintomatico della recidiva**, per altro non valutabile in concreto, trattandosi di fattispecie ad **applicazione obbligatoria**.

Insomma, un **duplice automatismo**, il primo risultante dal quinto comma dell'art. 99 c.p., ed il secondo dalla norma censurata.

La Corte non ha voluto né poteva occuparsi del primo, ma puntualmente ha colto l'irragionevolezza del secondo, subito richiamando i precedenti che poco sopra ho citato.

Non corrisponde all'*id quod plerumque accidit* che il reo gravato da determinati **precedenti** (magari non gravi e assai risalenti nel tempo) sia portatore necessariamente di una capacità delinquenziale tale da rendere insignificante il suo **comportamento successivo al reato** (magari segnato da confessione e atteggiamento collaborativo, in un contesto tale da rendere queste scelte non banali o ispirate a mere ragioni di convenienza). È **agevole immaginare** (per riprendere un'altra espressione della giurisprudenza in materia) situazioni concrete in cui lo scarto dal modello presuntivo sotteso alla preclusione sia tale da rendere **irragionevole**, nella prospettiva dell'art. 3 Cost., la parificazione nel **trattamento di maggior rigore**.

È opportuna una citazione testuale: «una siffatta formulazione [è] agevole, considerando, da un lato, che la **recidiva** può basarsi anche su **fatti remoti e privi di rilevante gravità** e, dall'altro, che la decisione può intervenire anche a distanza di **anni dalla commissione del** fatto per cui si procede e che **successivamente** l'imputato potrebbe aver tenuto **comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione** in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato».

Oltretutto – osserva la Corte – il riconoscimento delle **attenuanti generiche** rappresenta il **minimo utile** a neutralizzare gli effetti sanzionatori delle aggravanti, e della stessa recidiva, dato che resta comunque operante il **divieto di prevalenza** posto dall'art. 69 del codice penale.

Insomma, **violazione dell'art. 3 Cost.**, nei termini che sono ormai ampiamente illustrati.

Ma la Corte ha ravvisato anche, e significativamente, una violazione del **terzo comma dell'art. 27 Cost.**

Il principio di necessaria **finalizzazione rieducativa** della pena non opera soltanto con riguardo alla fase esecutiva, ma deve permeare, com'è noto, le **scelte legislative in punto di comminazione**, e dunque ispirare le opzioni in termini di qualità e quantità della risposta sanzionatoria. La Corte ha ricordato, in proposito, la propria giurisprudenza, secondo cui il legislatore può discrezionalmente regolare l'equilibrio tra le **varie funzioni** che l'ordinamento assegna alla sanzione penale, posto che la valenza rieducativa non è l'unica, e deve ad esempio concorrere con finalità di prevenzione speciale. Tuttavia sono illegittime scelte che comportino la **completa obliterazione**, nel caso concreto, di una delle funzioni costituzionalmente imposte, ed in particolare di quella rieducativa.

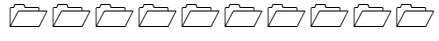
Proprio questo è accaduto nel caso di specie: «l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i "recidivi reiterati" (...) senza la possibilità di tenere conto del loro comportamento successivo alla commissione del reato, anche quando è particolarmente meritevole ed espressivo di un **processo di rieducazione intrapreso**, o addirittura già concluso, la norma in esame, in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., privilegiando un profilo general-preventivo, **elude la funzione rieducativa** della pena».

Di qui il dispositivo della sentenza: **illegittimo** l'art. 62-*bis*, secondo comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 1 della legge n. 251 del 2005, «nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non **si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato**».

Un'ultima notazione. In un passaggio del proprio argomentare la Corte ha rilevato come il rimettente avesse inteso censurare la norma sottoposta al vaglio di costituzionalità per **una sola parte del suo oggetto**. Tra i **fattori esclusi** dalla valutazione concernente il recidivo reiterato, infatti, è stata focalizzata la sola **condotta susseguente al reato** (cui si riferisce, tra l'altro, il n. 3) del secondo comma dell'art. 133 c.p.). In questi termini, del resto, la questione assumeva rilevanza nel giudizio *a quo*. Ed in questi termini, come si è visto, è intervenuta la **parziale dichiarazione di illegittimità** della Corte.

Dunque l'effetto ablatorio della sentenza non coglie le **ulteriori preclusioni** poste dalla norma censurata, nella parte in cui comprende un riferimento al n. 3) del primo comma ed a tutte le altre previsioni del secondo comma dell'art. 133 c.p. Deve insomma ritenersi che sia **ancora inibita** la concessione di attenuanti generiche, in favore del recidivo reiterato incolpato di gravi delitti, in base a considerazioni sulla **intensità del dolo**, o a rilievi sui **motivi a delinquere** o sulle **condizioni di vita** del reo.

Che le preclusioni in discorso siano compatibili col dettato costituzionale è questione che, per qualche aspetto almeno, non sembra «pregiudicata» dal ragionamento seguito dalla Corte, se non sotto il profilo (niente affatto trascurabile) della **regola presuntiva** che sottende ai divieti, e della conseguente necessità di misurarne l'attendibilità alla luce dei criteri ormai più volte indicati.



Restando sul terreno della parte generale, merita ancora segnalazione un provvedimento che concerne i cd. benefici di legge e soprattutto di **sospensione condizionale della pena**, anche se va subito chiarito che l'oggetto formale della **sentenza n. 287 del 2010** è una norma in materia di **casellario giudiziale**.

Si tratta in particolare dell'art. 5, comma 2, lettera *d*), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 (T.u. in materia, appunto, di casellario giudiziale). È noto che, in attuazione molto timida e parziale del cd. diritto all'oblio (ed anche quale retaggio dei "problemi di spazio" che il casellario soffriva cronicamente fino a quando non è intervenuta l'informatizzazione), la legge consente la **cancellazione** di iscrizioni concernenti reati bagatellari, in particolare quelle di condanne alla pena della sola ammenda, una volta decorsi dieci anni dall'estinzione della pena medesima (per esecuzione o per altra ragione). La stessa legge disponeva però che la cancellazione fosse **preclusa** nel caso che la relativa sentenza avesse disposto la non menzione o la **sospensione condizionale** della pena.

La *ratio* della deroga appariva ed appare evidente. I benefici di cui all'art. 163 ed all'art. 175 del codice penale non sono ripetibili (o lo sono a certe condizioni e per un numero limitato di volte), ma tale caratteristica si smarrirebbe ove venisse cancellata la memoria di precedenti concessioni.

Nonostante la ragionevolezza del fine legislativo, la disciplina in concreto esistente poteva provocare delle **sperequazioni irragionevoli**, puntualmente evidenziate dal rimettente. È vero che molte volte, proprio quando si tratta di modeste pene pecuniarie, è il diretto interessato a chiedere che non gli vengano applicati i benefici, proprio per evitare futuri effetti preclusivi. Ma è anche vero che la mancata concessione può dipendere dalla **non meritevolezza** dell'interessato, o addirittura dall'incidenza di preclusioni legate a precedenti anteriori. Eppure, anche in questo caso, il condannato potrebbe ottenere dopo dieci anni la cancellazione, a **differenza del contravventore ritenuto meritevole** dell'applicazione dei benefici. Insomma, un ribaltamento perverso.

La Corte è partita da questa disuguaglianza per dichiarare la **illegittimità costituzionale** dell'art. 5, comma 2, lettera *d*), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, limitatamente all'inciso «*salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli articoli 163 e 175 del codice penale*». Con questa scelta, chiaramente, si è **annullato il valore di precedente** del provvedimento di concessione, ma la Corte ne era ben consapevole, e per giustificare la soluzione ha espresso innovative considerazioni sulla **evoluzione dell'istituto della sospensione condizionale**.

Si è ricordato come nel 1971 (sentenza n. 73) fu «sfondato» il muro dell'unica possibilità accordata al reo, stabilendo che potesse concedersi una seconda sospensione condizionale, nel caso di nuova condanna per delitto anteriormente commesso, ad una pena che, cumulata con quella già sospesa, non superasse i limiti per l'applicabilità del beneficio.

Più recentemente, in materia di **decreto penale**, la irrilevanza della condanna ai fini di un successivo provvedimento di sospensione condizionale è stata inserita tra gli «incentivi» per l'interessato (cioè tra i benefici che dovrebbero indurlo a non opporsi). Sempre in tema di decreto penale, è ormai preclusa la disposizione della **non menzione**, con norma che la giurisprudenza considera sostanziale, così da autorizzare la cancellazione dal casellario anche delle condanne per decreto con beneficio

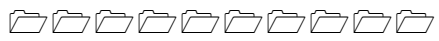
della non menzione intervenute prima della corrispondente riforma (Cass., sentenza n. 12451 del 2009).

Analogamente, nel **patteggiamento**, l'estinzione del reato a norma dell'art. 445 c.p.p. implica l'irrilevanza del precedente in vista della concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

La stessa **disciplina delle cancellazioni** evolve in modo «benevolo», consentendo a varie condizioni e con diverso termine di maturazione la possibilità che vengano eliminate le trascrizioni di sentenze di condanna del **giudice di pace** (lettera *g*) del comma 2 dell'art. 5 del d.P.R. n. 313 del 2002).

Da questo quadro la Corte trae la conclusione che l'ordinamento si orienta a togliere valore assoluto alla regola della non concedibilità della sospensione condizionale della pena per più di una volta; si vorrebbe evitare che una pregressa condanna per un reato di non grave entità si proietti senza limiti sul futuro, con conseguenze che potrebbero essere paradossali.

Dunque le **preclusioni** presidiate, nella loro effettività, dal divieto di cancellazione contestato dal rimettente non presentano più quel rilievo essenziale ed assorbente che potevano avere nel passato, e comunque non possono bilanciare l'evidente irragionevolezza della sperequazione introdotta: «*oggi si deve ritenere che il bilanciamento fra le due opposte tutele – quella del "diritto all'oblio" di chi si sia reso responsabile in tempi passati di modeste infrazioni alla legge penale e per un periodo congruo non abbia commesso altri reati, e quella contrapposta di precludere un'indebita reiterazione dei benefici – porti alla prevalenza della prima. Difatti tale reiterazione è ammessa in un numero crescente di casi e per altro verso si tende, per le pene più lievi, ad eliminare la possibilità stessa di concedere tali benefici, che finiscono, nella pratica, per produrre più danni che vantaggi ai destinatari*».



Nelle precedenti versioni di questa relazione, anche quelle più aggiornate, si rinviene una disamina (che vorrebbe essere) approfondita delle recenti decisioni della Corte costituzionale in materia di **diritto penale dell'immigrazione**.

Come è noto, la riforma operata nel 2002 rispetto al testo iniziale del d.lgs. 286 del 1998 aveva modificato il sistema dei rimpatri ed aveva inasprito il trattamento sanzionatorio delle condotte di ostacolo al relativo funzionamento. In particolare, sebbene avesse indicato l'**ordine di allontanamento** come modalità a carattere **residuale** per l'esecuzione dei decreti espulsivi, la riforma aveva di fatto dato vita ad un sistema di straordinaria inefficienza, ove la «esecuzione» si risolveva nella consegna al migrante di un "foglio" con l'ordine di allontanarsi, così simulando la chiusura di un procedimento che in realtà restava spesso improduttivo.

L'ordinamento, per tal via, scaricava sulle spalle (generalmente gracili) del migrante gli oneri, anche economici ed organizzativi, di un trasferimento che proprio lo Stato non riusciva ad attuare. A presidio di effettività dell'ordine era introdotta una fattispecie penale (relativamente moderata nel rigore sanzionatorio), che non consentiva certo il superamento delle difficoltà indicate, e nel contempo **produceva artificialmente un «ceto criminale»**, composto dagli inottemperanti.

Per un paio di anni il sistema ha «retto», anzitutto per la **larghezza interpretativa** che, riguardo all'indisponibilità assoluta di mezzi per l'espatrio, la **giurisprudenza costituzionale** e quella **ordinaria** avevano palesato in punto di «**giustificato motivo**» per l'inottemperanza, contenendo appunto la proliferazione di migranti «criminali». D'altra parte l'**impossibilità di applicare misure cautelari personali** per il reato di inottemperanza – pur non valendo ad evitare il disastro organizzativo degli Uffici giudiziari che tutti conoscono (decine di migliaia di processi praticamente inutili e difficili da celebrare) – valeva almeno ad evitare una **carcerizzazione** massiva del fenomeno.

V'era certo l'assurdo di un **arresto obbligatorio** per il reato contravvenzionale, che privava gli interessati della libertà per qualche decina di ore e veniva «sfruttato», qualche volta, per allungare i tempi di identificazione e di avvio del procedimento amministrativo. La Consulta fece giustizia del paradosso con la nota **sentenza n. 224 del 2004**, che dichiarò appunto illegittima la previsione di un provvedimento di polizia privo di natura pre-cautelare, per la semplice ragione che ad esso non poteva seguire un trattamento cautelare.

La reazione della maggioranza parlamentare all'epoca insediata è nota a tutti. Invece di rinunciare alla impossibile strategia di una «**gestione giudiziaria-penale**» del meccanismo delle espulsioni, attraverso un decreto legge ed una legge di conversione intervenuti a poche settimane dalla decisione della Consulta, fu stabilita una più deliberata applicazione di quella strategia: se non si può arrestare per una contravvenzione, ebbene che il **fatto di inottemperanza si trasformi in delitto**, con una sanzione edittale così alta da consentire l'applicazione della **misura della custodia cautelare in carcere**. Naturalmente fu ribadita la previsione dell'arresto obbligatorio ed anche quella, quasi altrettanto infausta, del cd. **direttissimo obbligatorio**.

Nonostante l'incremento delle aperture giurisdizionali sul giustificato motivo, il sistema ha cominciato a produrre **condanne «vere»** e fenomeni di carcerizzazione significativi sul piano umano e sociale, oltreché nell'impatto sull'asfittico sistema giudiziario e penitenziario. È risaputo – lo ricordo con grande sintesi – come la giurisprudenza si fosse fatta carico almeno di evitare l'**accumulo di condanne con valori sanzionatori complessivi palesemente fuori da ogni criterio di proporzionalità**.

Il testo vigente dell'art. 14 del T.U. pareva imporre l'esecuzione materiale del decreto espulsivo emesso contro lo straniero risultato inottemperante

ad un primo ordine di allontanamento. La qual cosa sembrava ragionevole, vista l'inaffidabilità in concreto manifestata dallo strumento fondato su una condotta «volontaria» dell'interessato. Tuttavia, sempre per l'incapacità del sistema di organizzare davvero le espulsioni, anche quelle disposte contro gli inottemperanti venivano quasi sempre eseguite mediante **reiterazione dell'ordine di allontanamento**. Naturalmente, le ragioni personali od oggettive che avevano indotto lo straniero a non prestare osservanza al primo provvedimento si manifestavano, di regola, anche riguardo al secondo, e l'interessato si avviava verso un destino di nuovo arresto in flagranza, di nuova condanna, e magari di nuova espulsione con ordine di allontanamento. Al fine dichiarato di evitare la «**catena delle condanne**», che già la Corte costituzionale aveva stigmatizzato all'epoca dei provvedimenti concernenti la renitenza alla leva e la diserzione, la giurisprudenza (dapprima con qualche contrasto, poi in termini essenzialmente unitari) aveva stabilito la necessaria **disapplicazione dell'ordine di allontanamento «reiterato»** (in quanto assunto *contra legem*), con la conseguente irrilevanza penalistica delle condotte di inottemperanza successive alla prima.

Anche in questo caso, la maggioranza politica insediata nella presente legislatura ha scelto un **atteggiamento reattivo**. Come tutti sappiamo, nel 2009 i commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14 sono stati riformulati in modo da **consentire la reiterazione degli ordini di allontanamento** (una sorta di «resa», si direbbe, all'idea che neppure per i «recidivi» l'espulsione può essere davvero realizzata), e da **sanzionare espressamente, ed anzi più gravemente**, la **inottemperanza «reiterata»**, oltretutto senza che potesse assumere rilevanza un «giustificato motivo» della condotta.

Dunque l'attenzione legislativa era vigile, ma non al punto da dare esecuzione alla ormai notissima **Direttiva 2008/115/CE** in materia di procedure comuni (e compatibili coi diritti umani) per il rimpatrio di extracomunitari privi di titolo di soggiorno. **Il termine per la trasposizione**, fissato per il **24 dicembre 2010**, è trascorso senza la minima iniziativa legislativa utile allo scopo.

Sarò sintetico, al proposito, perché si tratta di argomenti noti e, per altro, solo indirettamente pertinenti ai nostri temi.

La direttiva disegna un «**sistema per i rimpatri**» sostanzialmente incompatibile con quello «stabilizzato» dalla riforma del 2009, soprattutto per quel che ne risulta dalla lettura delle norme. Essa infatti assegna preminenza alla **esecuzione su base volontaria** del provvedimento espulsivo, imponendo la concessione di un **termine per l'esecuzione** il cui minimo è superiore al nostro massimo. La direttiva poi **gradua il ricorso all'uso della forza**, per il caso di **inottemperanza dello straniero**, giungendo a prevedere anche restrizioni della libertà per un tempo relativamente lungo (ma privilegiando forme non assolute, come l'obbligo di dimora, la consegna dei documenti, ecc.). Tuttavia le restrizioni in discorso sono **prive della minima valenza «punitiva»**, tanto che la loro durata è strutturalmente indeterminata, deve essere la più breve possibile, deve

essere periodicamente verificata, ecc.. Ciò sebbene si tratti di **previsioni restrittive espressamente dettate per il caso di inottemperanza**.

Con l'approssimarsi del 24 dicembre 2010 alcuni studiosi (essenzialmente Viganò e Masera, con due articoli pubblicati su primarie riviste giuridiche) hanno cominciato ad interrogarsi sulle **conseguenze giuridiche** dell'eventuale mancata trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale.

È risaputo che le **direttive** producono, dopo la trasposizione nell'ordinamento interno o l'inutile scadenza del relativo termine, **effetti diretti in senso verticale**, cioè nei rapporti tra i singoli Stati dell'Unione e le persone sottoposte alla loro autorità, sempre che si discuta di **diritti riconosciuti ai singoli** (manca cioè ogni possibile effetto diretto *in malam partem*).

Tale fenomeno si verifica sia nel caso che siano stati assunti provvedimenti di trasposizione, sia nel caso contrario. Quando vi sia stata **trasposizione**, i singoli potranno contestare la legittimità dell'applicazione nei loro confronti di una **norma nazionale in contrasto** col diritto dell'Unione. Quando la trasposizione non vi sia stata, e la **direttiva è sufficientemente articolata ed incondizionata**, ugualmente è preclusa al giudice la applicazione di qualunque norma nazionale che contra sti con quella comunitaria.

Tornando alla **tesi della incompatibilità «comunitaria»** formulata in vista della scadenza rappresentata dal 24 dicembre 2010, nelle prospettazioni dottrinali non si assumeva che la direttiva rimpatri ostasse *tout court* alla previsione come reato, da parte dello Stato membro, dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento, o comunque della mancata cooperazione dello straniero alla procedura di espulsione amministrativa. La tesi lasciava impregiudicato questo profilo, assumendo piuttosto e unicamente che la direttiva ostasse alla previsione da parte dello Stato di **pene detentive**, come tali necessariamente sottratte alle garanzie della libertà personale dello straniero apprestate dagli articoli 15 e 16 della direttiva, in conseguenza della mera mancata cooperazione dello straniero alla procedura amministrativa di rimpatrio.

Il seguito è noto. Nei primi giorni di quest'anno, alcuni giudici hanno ripreso la tesi indicata ed optato per la **disapplicazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, del T.u. immigrazione**. Nel contempo, alcuni Procuratori della Repubblica hanno dato indicazione, più o meno espressa o vincolante, in senso **contrario alla convalida di arresti** effettuati per il reato di cui si tratta. Tra i giudici di merito, come nelle Procure, si è aperto un **ampio e ricchissimo dibattito**, che non è possibile qui ricostruire nel dettaglio.

Le **obiezioni alla tesi della disapplicazione** si sono essenzialmente declinate su due fronti. Secondo il primo, in sostanza, la direttiva non avrebbe avuto riguardo alle **misure penali** concernenti il reato di inottemperanza, ma alle **sole misure amministrative** adottabili in vista della **esecuzione della espulsione**. D'altra parte la direttiva, configurando per i legislatori nazionali **margini più o meno ampi di discrezionalità** nella disciplina dei vari aspetti del procedimento, sarebbe stata priva del carattere *self-executing* che ne condiziona l'efficacia diretta in senso verticale.

In base ad argomenti del genere, pur risultando per quanto è noto minoritaria, la **tesi contraria alla disapplicazione** ha trovato ripetute (ed anche talvolta ben argomentate) manifestazioni nella giurisprudenza di merito. Non sempre, per altro, tale tesi si è risolta nella condanna dell'imputato.

In vari casi è stata sollevata **questione di legittimità costituzionale**, evocando ovviamente lo schema di sindacato che concerne, appunto, la valutazione delle norme in contrasto con disposizioni comunitarie «non autoapplicative». La **Corte costituzionale** dovrebbe pubblicare le proprie deliberazioni al riguardo proprio **in questi giorni**.

In altri casi, invece, è stato deliberato un **rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea** al fine di stabilire se le disposizioni della direttiva, una volta divenute esecutive per l'omessa trasposizione, **ostino all'applicazione di sanzioni penali per le condotte di inottemperanza**.

Per prima si è mossa la **Corte d'Appello di Trento**, il 2 febbraio 2011, nel procedimento a carico di **El Dridi** Hassen, la quale, ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione, ha posto la seguente **questione pregiudiziale di interpretazione**: «se alla luce dei principi di leale collaborazione all'effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino: 1) alla possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente; 2) alla possibilità che venga punita con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l'ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa».

Qualche tempo dopo è intervenuta nello stesso senso la **Corte di cassazione** (sez. I, u.p. 8.3.2011 (dep. 18.3.2011), n. 11050), con quesiti in parte diversi, che non mette conto, ormai, ricostruire nel dettaglio.

Com'è arcinoto, la **Corte di giustizia dell'Unione europea**, con la sentenza del **28 aprile 2001** nella causa C-61/11 (quella promossa a Trento nel procedimento **El Dridi**), ha statuito quanto riassunto nel

dispositivo della sentenza medesima: «*La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa* ***osta ad una normativa*** *di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale,* ***che preveda l'irrogazione della pena della reclusione*** *al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato,* ***permane in detto territorio senza giustificato motivo***».

Poche ma chiare parole, che fanno seguito, essenzialmente, alle notazioni che trascrivo:

> 58 Ne consegue che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi **devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti**.
>
> 59 Una tale pena, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di **compromettere la realizzazione dell'obiettivo** perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. In particolare, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 42 della sua presa di posizione, una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2008/115 e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio.
>
> 60 Ciò non esclude la facoltà per gli Stati membri di adottare, nel rispetto dei principi della direttiva 2008/115 e del suo obiettivo, disposizioni che disciplinino le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare.
>
> 61 Alla luce di quanto precede, al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, **spetterà disapplicare** ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, **segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo** (v., in tal senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 24; 22 maggio 2003, causa C-462/99, Connect Austria, Racc. pag. I-5197, punti 38 e 40, nonché 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43). Ciò facendo il giudice del rinvio dovrà tenere **debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite**, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (sentenze 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I-3565, punti 67-69, nonché 11 marzo 2008, causa C-420/06, Jager, Racc. pag. I-1315, punto 59).

Solo alcune notazioni essenziali. La *ratio* fondante della decisione, come si è visto, è riferibile ad una sorta di **vizio di irrazionalità** del sistema penale italiano, che persegue l'obiettivo del contrasto all'immigrazione clandestina introducendo una serie di norme che **ostacolano l'effettiva espulsione degli interessati**. Non mancano tuttavia, lungo il corso della motivazione, cenni alla necessità di assicurare il **rispetto dei diritti** delle persone che migrano, sia pure irregolarmente.

In secondo luogo, per quanto l'indicazione della Corte riguardi com'è ovvio la norma interna sottopostale dalla Corte trentina, è chiara la pertinenza del *dictum* a **tutte le fattispecie che comminano sanzioni detentive relativamente a fatti di inottemperanza** (o almeno a fatti di inottemperanza commessi prima della sperimentazione di tutte le misure amministrative regolate dalla Direttive 115), mentre potrebbe sostenersi, nonostante qualche uscita giurisprudenziale di segno contrario (*infra*), l'irrilevanza della decisione quanto a **fattispecie punite con sanzioni pecuniarie**, come attualmente è stabilito con riguardo all'**art. 10-*bis* del T.U. in materia di immigrazione.**

A proposito della **necessità di disapplicare** norme incriminatrici in materia di inottemperanza punite con **sanzioni detentive, anche diverse dall'art. 14, comma 5-*ter***, si è ottenuta rapidamente una autorevole conferma, avuto in particolare riguardo alla nuova fattispecie di «inottemperanza reiterata», disciplinata al comma 5-*quater* dello stesso art. 14. Alludo alle sentenze della **Corte di cassazione** n. 18586 del 2011 (*C.E.D. n. 250233*) e n. 22105 del 2011 (*C.E.D. n.* 249732), la seconda in concernente, appunto, il citato comma 5-*quater*.

Naturalmente si erano aperti innumerevoli problemi applicativi, che non è possibile affrontare *funditus* in questa sede. Il più delicato concerneva la **esecuzione di pene irrevocabilmente inflitte** per i delitti di cui si discute, posto che l'**art. 673 c.p.p.** consente la **revoca della sentenza di condanna** nei soli casi di abrogazione e di sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale. Casi ai quali non è certo riconducibile il fenomeno della **disapplicazione nel caso concreto** di una norma che, secondo l'opinione corrente, non perde di validità e di efficacia generale.

Naturalmente, anche per evidenti ragioni di giustizia sostanziale, molti magistrati avevano adottato soluzioni di **estensione per analogia** della norma sopra citata, revocando le sentenze di condanna. Questi atteggiamenti avevano trovato un autorevolissimo avallo nella nota con la quale, in data **3 maggio 2011**, il **Procuratore generale presso la Corte di cassazione** aveva invitato le Procure territoriali, sulla base della sentenza lussemburghese e sulle già indicate prime decisioni della Corte italiana, ad attivare la **procedura prevista dagli artt. 665 e 673 c.p.p.** onde revocare le sentenze definitive di condanna per i reati di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e *5-quater* e, conseguentemente, ordinare la **scarcerazione dei detenuti**.

Ben presto anche i vertici della giurisdizione ordinaria ed amministrativa hanno accreditato una piuttosto **inedita assimilazione** tra **incompatibilità comunitaria sopravvenuta** e **abrogazione** della norma. Per la Cassazione si può riportare la prima massima ufficiale (Sez. 1, Sentenza n. 20130 del 29/04/2011 Ud. (dep. 20/05/2011), ric. Sall, Rv. 250041): «La condotta di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, posta in essere prima della scadenza dei termini per il recepimento della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, non è più prevista dalla legge come reato, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia che ha affermato l'incompatibilità della norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma quinto-ter, D. Lgs. n. 286/1998 con la predetta normativa comunitaria, **determinando la sostanziale *abolitio criminis*** della preesistente fattispecie, con la **conseguente applicazione, per via di interpretazione estensiva, della previsione di cui all'art. 673 cod. proc. pen.** (cfr. Corte di Giustizia U.E., 28 aprile 2011, El Dridi, C - 61/11 PPU).

Anche il **Consiglio di Stato** in adunanza plenaria (10.5.2011, nn. 7 e 8) ha affermato, alla luce della sentenza di Lussemburgo ormai più volte citata, che la condanna ex art. 14 t.u. **non è ostativa all'accoglimento della domanda di sanatoria** per colf e badanti (di cui all'art. 1-ter, comma 13, lett. c) della legge n. 102/2009). A tale risultato – che contraddice precedenti decisioni dei TAR e dello stesso Consiglio di Stato – l'Adunanza Plenaria è pervenuta osservando il **diritto comunitario sopravvenuto** abbia determinato «l'**abolizione del reato**» in questione, con effetto retroattivo ai sensi dell'art. 2 c.p., con conseguente cessazione dell'esecuzione e dei relativi effetti penali. «Tale retroattività» - si è osservato ulteriormente - non può non riverberare i propri effetti sui **provvedimenti amministrativi** negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato».

La stessa **Corte costituzionale** ha preso atto della sentenza *El Dridi* come fatto di **rilevante modifica del quadro normativo**, ed ha disposto la **restituzione degli atti** concernenti questioni di legittimità sul comma 5-*quater* dell'art. 14 ai giudici che la avevano proposte, perché ne valutassero la perdurante rilevanza. Alludo qui alla **ordinanza n. 179 del 2011**.

A riprova di una **evoluzione turbinosa**, devo aggiungere a questo punto che la questione ha perso gran parte della propria attualità in forza

Il Governo infatti, preso atto dell'impatto devastante indotto dalla sentenza di Lussemburgo, ha provveduto in **via d'urgenza alla trasposizione** della direttiva 115, con un **decreto-legge** allo scopo dedicato (**n. 89 del 2011**), convertito senza modificazioni, per la parte che ci interessa, dalla **legge 2 agosto 2011**, **n**. **129.**

Naturalmente la novella è intervenuta sia sulla disciplina amministrativa del procedimento di espulsione che sulle sanzioni penali connesse, tenendo conto, quanto alle **condotte di inottemperanza**, della sentenza El Dridi.

In particolare l'azione del legislatore si è fondata sulla convinzione (condivisa da molti ma non da tutti) che, nella **interpretazione della Corte di Lussemburgo**, la direttiva 115 **osta alla previsione di sanzioni detentive**, e non in linea più generale alla previsione di fattispecie penali che siano assistite da sanzioni diverse, ed i particolare da sanzioni pecuniarie.

Ed infatti la **struttura dei reati** di inottemperanza **non si è modificata**. I commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 sono stati sostituiti, rispettivamente, dall'art. 3, comma 1, lettera d), numero 5, e dall'art. 3, comma 1, lettera d), numero 6, del citato decreto-legge.

La condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore è oggi sanzionata mediante la **sola pena della multa**, in quantità variabile a seconda dei presupposti di emissione del provvedimento espulsivo. Anche il fatto di inottemperanza concernente un ordine di allontanamento emesso dopo l'accertamento di una **precedente ed analoga condotta** è punito, a norma del novellato comma 5-*quater*, con la **sola pena della multa**, sia pure in misura edittale più elevata rispetto al precedente (la punibilità della condotta è disposta «salvo giustificato motivo», in ovvia considerazione della sentenza n. 359 del 2010, di cui dirò tra breve).

A questo punto le **vicende modificative o estintive sono due**, e cioè la incompatibilità comunitaria, di cui si è detto, e la **modifica legislativa** delle fattispecie incriminatrici.

Ora, se (quanto meno a far tempo dal 24 dicembre 2010) le **norme penali incompatibili con la direttiva** hanno vissuto una fattispecie analoga a quella della **abrogazione**, è evidente che il **24 giugno 2011** (data di entrata in vigore del decreto-legge n. 89) sono sopravvenute **nuove disposizioni incriminatrici**, non applicabili retroattivamente.

È fin troppo nota la distinzione, sul piano astratto, tra **modifiche normative** della disciplina di un determinato fenomeno penalmente rilevante, che **non comportano una soluzione di continuità**, e interventi che segnano una **discontinuità** nel trattamento, eliminando una determinata fattispecie ed introducendone un'altra, eventualmente contigua, o comunque interferente con i fatti presi in considerazione.

Alla classificazione nell'uno o nell'altro senso del fenomeno successorio conseguono **essenziali differenze di trattamento** del fatto.

Nel primo dei casi indicati la combinazione tra la **regola di retroattività della legge abrogatrice** (secondo comma dell'**art. 2 c.p.**) e la regola di **irretroattività della legge incriminatrice** (comma primo) comporta in sostanza la **irrilevanza penale del fatto**.

Nel secondo dei casi indicati, opera la regola della **applicazione della legge più favorevole** tra quelle succedutesi nel tempo (quarto comma). Se, come nei casi che interessano, è più favorevole la **legge sopravvenuta**, sarà questa ad essere applicata, il che vuol dire naturalmente che il **fatto**

conserva rilevanza penale, e che l'imputato dovrà essere se del caso condannato, sia pure alle pene più miti introdotte dalla novella.

Chiarissima essendo la distinzione sul piano concettuale, è noto quanto sia travagliata la discussione dottrinale e giurisprudenziale sui criteri utili a distinguere tra i due aspetti del fenomeno successorio, specialmente con riguardo al fenomeno della **discontinuità «sostanziale»** del tipo di illecito.

Limitandosi alle (ancora iniziali) riflessioni pertinenti alle norme penali sull'inottemperanza all'ordine di allontanamento, che sono «complicate» dalla doppia ed eterogenea matrice del fenomeno, va detto che fino ad oggi non si è registrato altro che l'opinione di una **successione con discontinuità**.

Del resto, come ho già accennato, la questione era ampiamente pregiudicata dalla ricostruzione in termini di ***abolitio criminis*** della sopravvenuta incompatibilità comunitaria, con la conseguenza di un **lungo periodo di irrilevanza penale del fatto**, e con la inevitabile affermazione (anche per ragioni di coerenza ed equità) del principio di **necessaria applicazione della *lex intermedia mitior*.**

In altre parole, la **discontinuità** non viene a dipendere dal rapporto tra vecchia e nuova fattispecie, ma dalla successione di **tre diverse discipline**, una delle quali a carattere abrogativo.

Ma ecco un quadro, pur molto sintetico, delle posizioni emerse.

Sono state pubblicate alcune **sentenze di merito**, tutte di segno **assolutorio.** In una tra esse (Trib. Torino, 27 giugno 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*) si è fatta menzione congiunta di un criterio di uguaglianza e di applicazione della legge sopravvenuta più favorevole, anche come parametri «comunitari», pur riconoscendo che la vicenda «sfugge alle categorie dogmatiche proprie del diritto nazionale». In un'altra (Trib. Torino, 29 giugno 2011, *ivi*) si è prospettata tanto la ricorrenza di una **discontinuità sostanziale** nel tipo di illecito (cioè la cd. abrogazione senza depenalizzazione), sia una **divergenza strutturale** tra vecchie e nuove fattispecie. Più recentemente, ed infine, si è fatta applicazione del criterio della ***lex intermedia mitior***, nei termini già poco sopra anticipati (Tribunale di Pinerolo, 14 luglio 2011, in *Corr. merito* 2011, 957).

Anche il **panorama dottrinale** è variegato nei percorsi ma uniforme negli esiti.

Da taluno si è sostenuto, negando che la incompatibilità comunitaria sia un fenomeno propriamente abrogativo, che l'**effetto di abrogazione** viene semmai dal decreto-legge n. 89 del 2011. La nuova disciplina, pur avendo introdotto una norma strutturalmente identica a quella preesistente (è in effetti un caso classico di continuità, quello in cui vengono soltanto modificate le sanzioni), avrebbe dato vita ad una cd. **discontinuità**

sostanziale del tipo di illecito, svelata dalla necessità del legislatore di prestare ossequio alla sostanza della disciplina comunitaria, come interpretata a Lussemburgo.

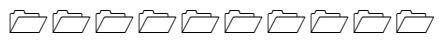
Altri hanno criticato la tesi appena evocata, ed anche altre soluzioni abbozzate nel dibattito di queste settimane, proponendo che la questione venga risolta in termini di **applicazione della *lex intermedia mitior***, nel senso che già sopra si è anticipato.

Non è mancato infine, neppure in dottrina, chi ha voluto autorevolmente sostenere la **discontinuità degli illeciti sul piano strutturale**.

L'esito comune, come anticipato, è quella della **irrilevanza penalistica** dei comportamenti tenuti prima del **24 giugno 2011**.

Dal canto proprio, e per il momento, la **Corte costituzionale** ha già pubblicato due provvedimenti di restituzione degli atti, per questioni concernenti i reati di inottemperanza, motivate anche sulla **modifica delle fattispecie incriminatrici** con **sostituzione della pena pecuniaria a quella detentiva.** Si tratta delle ordinanze **n. 215 e 216 del 2011**, deliberate nella vigenza del decreto-legge n. 89 del 2011, all'epoca non ancora convertito.

Insomma, **questioni aperte**, come quella della **compatibilità comunitaria** dell'art. 10-*bis* del T.U., già sottoposta alla Corte di Lussemburgo con una ordinanza del Tribunale di Rovigo in data 15 luglio 2011 (ancora in *www.penalecontemporaneo.it*). Ed è logico aspettarsi che questioni analoghe vengano poste anche con riguardo alle **nuove fattispecie in materia di inottemperanza** all'ordine di allontanamento.



Passiamo ora all'esame di recenti decisioni che ancora siano attuali e riguardino la **disciplina penale della immigrazione**. E possiamo prendere le mosse dalla verifica di compatibilità costituzionale del «**reato di clandestinità**», come un orrido gergo usa riferirsi all'art. 10-*bis* del T.U. immigrazione, introdotto con il cd «pacchetto sicurezza» del 2009. Dei prospettati problemi di **compatibilità comunitaria** ho già detto sopra.

Con la **sentenza n. 250 del 2010**, antecedente alla stessa scadenza della direttiva rimpatri, la Corte ha dichiarato inammissibili o infondate numerose questioni concernenti i **parametri «interni»**. In sintesi, l'art. 10-*bis* – che configura tanto una condotta istantanea di ingresso nel territorio nazionale quanto una condotta permanente di trattenimento – era stato

censurato in modo generale e indifferenziato, fatta eccezione per uno dei rimettenti, che aveva fatto questione solo per l'ipotesi del trattenimento.

Ai fini essenziali di queste note – ma con l'avvertenza che si sta di molto semplificando – può dirsi che i problemi delineati erano riconducibili a **due categorie**. La prima riguarda le censure «radicali», mosse all'in sé dell'incriminazione, e dunque mirate alla **eliminazione della fattispecie**. La seconda concerne la **struttura della previsione incriminatrice**, cioè le scelte compiute quanto ai presupposti ed agli elementi costitutivi della fattispecie, con larghissima prevalenza di un particolare problema.

Come si è visto, la norma colpisce anche una **condotta omissiva**, cioè il trattenimento in territorio italiano pur dopo la sopravvenuta carenza di un valido titolo di soggiorno. Ebbene, il legislatore non ha previsto, quale causa di non punibilità o (in negativo) quale elemento negativo del fatto, la ricorrenza di un **«giustificato motivo»** dell'omissione, nonostante l'evidente analogia con la condotta punita all'art. 14, comma 5-*ter*, di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore.

Ebbene, trascurando molti ed anche interessanti profili della decisione, concentriamoci anzitutto sulla deliberazione concernente l'**esistenza stessa dell'incriminazione**.

La compatibilità costituzionale della norma era stata posta in discussione anzitutto nella prospettiva di **necessaria offensività** dei fatti sottoposti a sanzione penale (art. 25, secondo comma, Cost.). Ma la Corte ha negato il fondamento di questa prospettiva di censura.

Nel suo assetto costituzionalmente ispirato – è vero – il nostro sistema penale si fonda sul fatto e non sulla persona, cioè sul suo modo di essere, ed anzi si fonda sul **fatto materiale ed offensivo** di beni meritevoli di tutela.

Tuttavia con la fattispecie censurata lo straniero non è punito in quanto «clandestino», ma perché diviene un soggiornante «irregolare» con una propria condotta volontaria e consapevole. Neppur potrebbe dirsi che si tratti di una **condotta senza offesa**, cioè procedere ad una svalutazione dell'**oggetto giuridico della fattispecie**, perché il governo dei flussi migratori è stato da tempo identificato, dalla stessa Corte costituzionale, quale interesse primario, sul quale convergono beni come la sicurezza, la sanità, il rispetto degli impegni internazionali, ecc.

Sarebbe inconcepibile – prosegue la sentenza – un sistema di regole senza sanzione. E d'altra parte, principio anch'esso ripetuto correntemente (*supra*), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore l'opzione tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, anche in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse.

Parte dei rimettenti aveva anche tentato la strada della critica alle **presunzioni assolute di pericolosità**, che una risalente ed ispirata giurisprudenza (si veda anche *infra*, a proposito della custodia in carcere

obbligatoria) giudica inaccettabili, quando non fondate su regole di esperienza con un'ampia e condivisa base empirica. La legge incrimina i fatti, e non le persone in quanto pericolose, ed ad essi collega, in quanto offensivi, una sanzione da determinare (questa si, anche alla luce della pericolosità espressa dall'autore). È dunque vero (come la Corte ha messo in luce con la sentenza n. 78 del 2007) che un «clandestino» non è per questo pericoloso, ma ciò rileva appunto quando si debba misurare la sua pericolosità (specie in fase esecutiva), e non quando si tratti di qualificare giuridicamente il suo comportamento. D'altra parte – e si deve ritenere il rilievo non secondario nell'economia della decisione – la Corte constata che quasi tutti i Paesi dell'Unione sanzionano penalmente l'immigrazione irregolare (tra quelli di rilievo, manca solo la Spagna).

Non solo. Altro rilievo decisivo riguarda **l'esiguità** della sanzione prevista (per altro modulabile, sempre che le regole in tema di errore incolpevole e caso fortuito o forza maggiore, o la previsione speciale di improcedibilità dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, non ne escludano in radice l'applicazione).

A me sembra che qualche maggiore difficoltà la Corte abbia incontrato (paradossalmente) proprio a partire dalle natura e dall'entità della sanzione, realisticamente non esigibile da persone che, nell'assoluta maggioranza dei casi, vivono in condizioni di estrema indigenza. È forte, e solidamente sostenuta dai meccanismi processuali regolati nello stesso art. 10-*bis*, la sensazione che l'ordinamento non miri effettivamente ad applicare la sanzione prevista, a riscuoterne il corrispondente valore. In ogni caso, la **disciplina penale** è venuta a realizzare una **perfetta duplicazione di quella amministrativa**, ed è anche meno efficiente di quella per assicurare il risultato realmente perseguito, cioè l'allontanamento dall'Italia degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare. Tanto che, quando il meccanismo amministrativo funziona, lo Stato addirittura rinuncia alla punizione del colpevole. Si era prospettata dai rimettenti, in questo senso, una violazione del principio, riconducibile anche al parametro della ragionevolezza, che imporrebbe il ricorso al diritto penale come *extrema ratio* per il legislatore.

La Corte non ha nascosto un giudizio di **inefficienza complessiva del sistema imperniato sull'incriminazione**, ma ha stabilito che tale giudizio può riferirsi all'opportunità della scelta legislativa, e non alla sua legittimità. In attesa della verifica di compatibilità comunitaria (*supra*).

Venendo ora ai **rilievi sulla struttura della fattispecie**, conviene limitarsi alla questione della mancata previsione del «**giustificato motivo**» quale causa di non punibilità della condotta, ed in particolare della **condotta omissiva** che induce lo straniero a non lasciare il territorio dello Stato sebbene sia rimasto privo di un valido titolo di soggiorno.

La Corte ha chiarito, con una certa facilità, che la clausola non è necessaria per tutti i reati in materia di immigrazione, sebbene sia stata proprio la stessa Corte a metterne in rilievo la funzione di «**valvola di**

sicurezza» (a partire dalla **sentenza n. 5 del 2004**), che assicura al meglio, in una materia delicatissima, la ragionevolezza dell'incriminazione ed il criterio di finalizzazione rieducativa della pena. Com'è ovvio, si è ricordato che valgono le ordinarie ragioni di esclusione della punibilità, sul piano oggettivo (cause di giustificazione) e su quello soggettivo (errore di fatto, errore incolpevole sulla legge penale o sulla norma integratrice, ecc.). Si è valorizzato decisamente il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, quale pertinenza tipica dei reati omissivi propri, notando che alcune delle ragioni più frequentemente indicate come "giustificato motivo" possono eventualmente attivare l'applicazione del principio medesimo.

Molto più complesso – se non difficoltoso, certamente significativo – il percorso riguardo alla denunciata violazione del principio di **uguaglianza formale**: ha senso che la clausola di salvaguardia sia prevista dall'art. 14, comma 5-*ter* (e oggi anche da comma 5-*quater*) e non all'art. 10-*bis*, almeno per la fattispecie omissiva dell'indebito trattenimento nel territorio dello Stato?

Qui non può valere la «giustificazione» spesa nell'ordinanza n. 41 del 2009 (che aveva riguardato condotte di **indebito reingresso**), perché vengono portate in comparazione condotte di identica natura omissiva, e dunque **ragioni analoghe di temperamento** della reazione punitiva (l'espatrio richiede denaro, disponibilità di documenti, ecc). Ed infatti la Corte ha individuato **altre ragioni giustificatrici**.

Da un lato si è fatto notare che manca, quando ancora non sia intervenuto il provvedimento espulsivo, quel necessario connotato di difficoltà che segna invece l'**inottemperanza all'ordine questorile** (che viene emesso proprio in quanto vi sono difficoltà nell'esecuzione coattiva dell'espulsione).

Per altro verso, si discute qui di pene che non mortificano la **libertà personale**.

Infine, data la competenza del giudice di pace per il reato in considerazione, è disponibile un «**diverso strumento di "moderazione" dell'intervento sanzionatorio**», e cioè la dichiarazione di improcedibilità per la speciale tenuità del fatto (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000): una tenuità che ben può derivare dalla ricorrenza di motivi che, senza assurgere al ruolo di cause di giustificazione, valgano ad attenuare il significato criminale della violazione.

Occorrerà anche dar conto di ulteriori provvedimenti assunti dalla Corte su questioni concernenti il reato di «**ingresso o soggiorno illegale**» nel territorio dello Stato, perché forniscono utili indicazioni sulla **competenza in materia del giudice di pace**. Ma ne tratteremo, appunto, discutendo delle regole di procedura. Possono essere citate senza indicazioni analitiche, per altro verso le **innumerevoli ordinanze** che la Corte ha deliberato, dopo la sentenza n. 250, su questioni analoghe a quelle definite mediante la sentenza medesima. In molti casi ha dovuto essere rilevata la manifesta inammissibilità delle questioni, per i vizi logici o motivazionali delle ordinanze di rimessione . In altri casi è stata ribadita, in termini di

manifesta infondatezza, la convinzione che l'art. 10-*bis* del T.u. immigrazione non contrasti con i numerosissimi parametri costituzionali evocati.

Veniamo quindi senz'altro alla questione definita dalla Corte, con la **sentenza n. 359 del 2010**, in merito all'irrilevanza del «**giustificato motivo**» in una ulteriore fattispecie del diritto penale dell'immigrazione, cioè il **comma 5-*quater* dell'art. 14** del d.lgs. n. 286 del 1998.

Diciamo subito che il problema si sarebbe **fortemente sdrammatizzato**, in ogni caso, dopo l'eliminazione della pena detentiva. Il problema della «**catena di condanne**», cui la giurisprudenza aveva reagito ipotizzando l'illegittimità dell'ordine di allontanamento reiterato, così da indurre la specifica previsione di legittimità di quello stesso ordine, non è stato concettualmente eliminato. Tuttavia la spinta ad utilizzare la clausola del **giustificato motivo** anche quale «stanza di compensazione» si è fatto ovviamente meno impellente. Al momento in cui la Corte ha deliberato, però, la questione presentava tutta la sua pregnanza.

E va aggiunto che, fortunatamente, **riscrivendo la fattispecie** il legislatore ha **introdotto la clausola** del giustificato motivo anche nella ipotesi in questione, cioè per la **inottemperanza reiterata** ad ordini di allontanamento.

Non resta allora che dare conto con molta sintesi delle ragioni per le quali la Corte aveva ritenuto **necessitata la rilevanza del «giustificato motivo»** per la fattispecie di inottemperanza, a differenza di quanto stabilito, qualche tempo prima, per la condotta omissiva della **illecita permanenza,** pur continuando a negare una generalizzata «necessità costituzionale» della clausola quanto al «**microsistema**» dei reati in materia di **immigrazione**.

La Corte si è posta una **domanda essenziale**. Visto che il **comma 5-*ter* ed il comma 5-*quater* dell'art. 14** del T.u. immigrazione puniscono una analoga condotta di disobbedienza all'ordine questorile di allontanamento, si giustifica il fatto che nel primo caso la punibilità sia esclusa in forza di un «giustificato motivo» e che nel secondo caso questo non avvenga?

La Corte, in ossequio alle valutazioni poco prima compiute con la più volte citata sentenza n. 250 del 2010, ha voluto incidentalmente negare che l'inserimento della clausola nella fattispecie censurata fosse imposto dal principio di colpevolezza.

Ma – questo il nucleo del ragionamento – una volta che il **legislatore ha discrezionalmente stabilito** che il miglior bilanciamento tra le esigenze di libertà e quelle di governo dei flussi migratori, a fini di tutela di effettività degli ordini di allontanamento, è assicurato mediante la clausola del «senza giustificato motivo», non ha il diritto di **discriminare situazioni sostanzialmente assimilabili.**

Molto interessante un inciso che trae spunto da rilievi della Presidenza del Consiglio dei ministri, intervenuta a difesa della norma censurata. È chiarissimo che la Corte **non ha inteso prendere posizione** sugli innumerevoli problemi applicativi che tormentano la giurisprudenza (che rapporti tra i due procedimenti amministrativi, tra questi ed i procedimenti penali, tra i procedimenti penali fra loro?). Tuttavia, per respingere l'argomento di una **minor tollerabilità della recidiva** nell'atteggiamento inottemperante, si è osservato: «*La sequenza di provvedimenti descritta nell'ultima parte del comma 5-ter non esprime necessariamente la «progressione criminosa» cui si è riferita l'Avvocatura dello Stato nell'atto di intervento. Essa, comunque, non renderebbe meno valide le ragioni che possono giustificare l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, proprio in forza della loro reale consistenza, verificabile da parte del giudice. Tale consistenza non può essere esclusa o attenuata, anche se l'ordinamento consideri meritevole di una sanzione più severa chi ponga in essere più volte lo stesso comportamento omissivo. Sarebbe erroneo sovrapporre il piano della valutazione della gravità del reato a quello della giustificabilità della condotta*».

La Corte ha anche marcato le differenze tra la decisione assunta ed i due precedenti aventi ad oggetto la **mancata previsione della clausola di salvaguardia**, precedenti che ci sono ormai ben noti:

La **ordinanza 41 del 2009** ha dichiarato manifestamente infondata la questione, relativamente all'**indebito reingresso** allora sanzionato dal comma 5-*quater*, perché si voleva accomunare la difficoltà di trovare fondi e documenti per un espatrio alla situazione di chi abbia trovato risorse per un reingresso clandestino.

La **sentenza n. 250 del 2010** ha dichiarato infondata la questione, nonostante la natura omissiva dell'**indebito trattenimento** *ex* art. 10-*bis*, perché manca in tale fattispecie la dipendenza dell'obbligo da un ordine mirato ed individualizzato dell'Autorità, la cui inosservanza entro il termine indicato comporta un «**netto "salto di qualità" nella risposta punitiva**»

Restiamo in materia di **diritto penale dell'immigrazione** per occuparci di un'altra importante sentenza, questa volta a carattere ablatorio. La Corte, infatti, ha dichiarato illegittima, con la **sentenza n. 249 del 2010**, la cd. «**aggravante di clandestinità**» (art. 61, n. 11-*bis*, del codice penale, introdotto con il primo pacchetto sicurezza della legislatura, cioè con il decreto-legge n. 92 del 2008).

Nel linguaggio del decreto legge, poi omologato a quello delle restanti fattispecie contenute nell'art. 61 c.p. con una modifica operata in sede di conversione, era stato stabilito che la pena debba essere aumentata per i fatti commessi da «soggetto che si trovi illegalmente sul territorio

nazionale». Dunque una aggravante comune, ad effetto comune, applicabile a qualunque genere di reato (delitti, contravvenzioni, dolo, colpa, ecc.), fondata sulla mera violazione di una qualunque delle norme che regolano l'ingresso, la circolazione e la permanenza degli stranieri nel territorio dello Stato.

Per inciso, e come anche risulta anche dai lavori parlamentari (nonché dalla *occasio legis*, che come molti ricorderanno riguardava soprattutto delitti commessi da cittadini comunitari), la norma era stata costruita per riguardare tutti i cittadini di nazionalità non italiana, compresi i comunitari. Specie in questo aspetto, la scelta del legislatore aveva incontrato **violentissime critiche**, ad esempio presso il Commissario per i diritti umani del Consiglio di Europa, e presso la stessa Commissione europea, che con prese di posizione ufficiali aveva considerato la disciplina in contrasto (almeno) con le norme comunitarie sulla circolazione dei cittadini dell'Unione.

Di qui l'introduzione nel «secondo pacchetto sicurezza» di una pretesa **norma di interpretazione** (art. 1, comma 1, della legge 94 del 2009), in base alla quale la fattispecie aggravante **non si applicava ai cittadini comunitari**.

Conviene dire che critiche generali alla scelta del legislatore italiano, sullo specifico piano dei diritti della persona umana, erano state rinnovate al massimo livello istituzionale. La signora Pillay, **Alto Commissario ONU** per i diritti umani, durante il discorso tenuto il 10 marzo 2010 innanzi al Senato italiano aveva tra l'altro osservato testualmente: «*Continuo anche a essere preoccupata delle misure contenute nel "Pacchetto sicurezza" italiano, che rende lo status irregolare di un migrante una circostanza aggravante per un reato comune. Mi auguro sia assolutamente chiaro che è responsabilità delle pubbliche autorità assicurare che i migranti non siano stigmatizzati, calunniati o aggrediti*».

Non stupisce dunque che molte ordinanze di rimessione siano partite dai Tribunali italiani.

È appena il caso di ricordare qui due **provvedimenti interlocutori** della Corte, mirati tra l'altro a restituire gli atti ai rimettenti, che avevano sollevato le loro questioni prima della legge n. 94 del 2009, con la quale è stato introdotto, come abbiamo visto, il cd. «**reato di clandestinità**», con la conseguenza che la stessa condotta (fermo restando il principio di irretroattività) era divenuta sanzionabile sia per il proprio intrinseco valore criminoso, sia come fattore di aggravamento della pena per qualunque altro reato.

Anche alla luce di alcuni recenti commenti dottrinali, va forse chiarito che la Corte, con i provvedimenti di restituzione degli atti (la **ordinanza n. 277 del 2009** e la **ordinanza n. 66 del 2010**) non aveva affatto «pregiudicato» il tema dei rapporti tra la nuova previsione circostanziale e la sopravvenuta fattispecie incriminatrice.

Era chiaro *ab initio* che l'aggravante di clandestinità non potesse essere applicata al reato di clandestinità. Meno immediata la risposta al quesito se non si fosse creata una

sorta di reato complesso, con la conseguenza che lo straniero in posizione di soggiorno irregolare, compiendo un reato qualunque, avrebbe dovuto risponderebbe di tale reato con l'aggravante della clandestinità, ma non del reato di clandestinità. La soluzione avrebbe potuto anche essere opposta (art. 61, comma 1, prima parte), e cioè consistere nell'esclusione dell'aggravante ogni volta che lo straniero rispondesse del reato di clandestinità (in pratica di una *interpretatio abrogans* della previsione censurata).

La rilevanza retroattiva di queste variazioni – in un sistema fondato sul principio di irretroattività delle nuove incriminazioni – doveva comunque essere valutata in tutti i processi per fatti antecedenti al luglio 2009. Vi era soprattutto un dato per così dire «argomentativo» della cui attualità era necessaria una verifica. Tutti i rimettenti, con maggiore o minore enfasi, avevano argomentato sulla presunta irrazionalità di una **norma che elevava a fattispecie aggravante un comportamento privo di rilevanza penale**, cioè un mero illecito amministrativo. Non era stato l'unico argomento, e forse non era stato decisivo, ma certamente aveva segnato in modo profondo l'*iter* motivazionale dei rimettenti. Si trattava per altro, nel momento del giudizio di costituzionalità, di un argomento non più attuale. Di qui la restituzione degli atti, per una nuova valutazione sulla non manifesta infondatezza della disciplina. Nessuno riconoscimento implicito, in particolare, d'una pretesa «razionalizzazione sopravvenuta» della previsione circostanziale.

Ma veniamo alla **dichiarazione di illegittimità**. L'andamento della motivazione è complesso, e per forza di cose qui dovremo semplificare.

I **diritti inviolabili** sono oggetto di tutela per ogni persona, e non per i soli cittadini: concetto questo acquisito da tempo. D'altra parte nessun trattamento legale può essere articolato in base alla differenza di condizioni personali, se non quando questo sia necessario per assicurare interessi di analogo rango costituzionale. E qui la Corte ha operato un passaggio che ancora va sviluppato in tutta la sua portata, e che segna il netto distacco dal brocardo tante volte ripetuto della piena discrezionalità legislativa in punto di trattamenti sanzionatori, salvo il caso della manifesta irragionevolezza. Meglio citare testualmente:

Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così ***una responsabilità penale d'autore*** *«in aperta violazione del principio di offensività […]» (sentenza n. 354 del 2002). D'altra parte «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero» (sentenza n. 62 del 1994). Ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di* ***un diritto inviolabile, «il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni*** *da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'****inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante****» (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994).*

La necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione, e di constatare altresì l'ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale, porta alla conseguenza che la norma limitativa deve superare un ***vaglio positivo di ragionevolezza****, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza (sentenza n. 393 del 2006).*

*Con riferimento al caso specifico, si deve ricordare che le «condizioni personali e sociali» fanno parte dei **sette parametri** esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno **scrutinio stretto** delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle "qualità" elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline.*

Ora, mi pare che il nucleo essenziale della decisione risieda nella constatazione che non v'è (maggior) offesa al bene tutelato che giustifichi la (maggior) punizione dello straniero in condizione di soggiorno irregolare. D'altra parte, non sarebbe proponibile una giustificazione fondata sull'**interesse al controllo dei flussi migratori**, perché si tratterebbe di una inammissibile cesura tra condotta punita e bene tutelato. Tra l'altro – e stupisce che il senso dell'argomento non sia stato colto da alcuni – questa giustificazione, come ogni altra, esce indebolita dalla **esclusione dell'aggravante per gli «irregolari» comunitari** (che ben possono esistere): è evidente che la presunzione di maggior pericolosità non si connette alla violazione delle norme sul soggiorno (altrimenti dovrebbe valere anche per i cittadini comunitari). La lettera della norma, d'altro canto, esclude il ricorso ad interpretazioni restrittive con funzione adeguatrice, come ad esempio quella, suggerita da alcuni, di considerare applicabile l'aggravante solo in presenza di un nesso qualificato tra irregolarità del soggiorno e reato di volta in volta preso in considerazione (nesso finalistico, di facilitazione, ecc.).

La Corte non si è limitata, per altro, a far valere la violazione del principio di offensività e di quello di uguaglianza. Si è spinta piuttosto, anche per seguire il ragionamento dei rimettenti (assurdo che una violazione amministrativa comporti l'aumento di sanzioni penali) e misurarne la resistenza alla sopravvenuta incriminazione del soggiorno irregolare, a studiare i rapporti tra la circostanza aggravante e la nuova fattispecie incriminatrice.

In sostanza, si è ravvisata una **violazione del *ne bis in idem***, come sintomo di irragionevolezza della previsione circostanziale:

Lo straniero extracomunitario viene punito una prima volta all'atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori. L'irragionevolezza della conseguenza si coglie pienamente ove si consideri che da una contravvenzione punita con la sola pena pecuniaria può scaturire una serie di pene aggiuntive, anche a carattere detentivo, che il criterio di computo su base percentuale può condurre a valori elevatissimi, dando luogo a prolungate privazioni di libertà».

Segue nella sentenza, fors'anche a prevenire l'obiezione di una insussistenza del denunciato *bis in idem*, l'esame della possibilità che il

reato aggravato *ex* art. 61 n. 11-*bis* fosse considerabile come un **reato complesso**.

Per la verità, se anche così fosse stato, il *bis in idem* sarebbe stato evitato solo rispetto alla contravvenzione, e non per la molteplicità di reati aggravati eventualmente commessi. E, comunque, il difetto di offensività non verrebbe meno nel caso di un reato complesso costituito dalla condotta specificamente incriminata e dalla circostanza coincidente con la contravvenzione di soggiorno irregolare.

La Corte, comunque, ha voluto anche negare che si potesse configurare un reato complesso, spingendosi a delineare la relativa nozione: in sostanza, può darsi reato complesso circostanziale solo quando una circostanza speciale è tipicamente prevista quale aggravante del fatto, oltre che come condotta autonomamente rilevante.

La complessa analisi è proseguita con la confutazione degli argomenti volti ad allegare una pretesa «normalità» della fattispecie denunciata.

Due i *tertia comparationis* più rilevanti: la recidiva e la condizione di latitanza. Ma nessuna delle due circostanze comuni risulta realmente assimilabile a quella denunciata.

Anzitutto la legittimità della previsione concernente la **latitanza** (quella in effetti più vicina alla nostra, perché riguarda un comportamento privo di pertinenza al fatto che risulta aggravato, ed oltretutto penalmente irrilevante) non è mai stata vagliata dalla Consulta. In ogni caso il latitante non è genericamente caratterizzato da una qualità derivante da comportamenti pregressi, ma si trova in una situazione originata da un **provvedimento restrittivo** dell'autorità giudiziaria che lo riguarda individualmente. All'esecuzione di tale provvedimento il latitante **si sottrae con scelta deliberata**, tanto che non risponderebbe dell'aggravante se avesse pur colpevolmente ignorato l'esistenza del provvedimento in suo danno. D'altra parte il provvedimento restrittivo è originato da una **condanna a pena eseguibile** (dunque detentiva, non condizionalmente sospesa, non suscettibile di espiazione in forme alternative, ecc.), o da un **provvedimento fondato su gravi indizi** di reità per un fatto di elevato significato offensivo, e soprattutto su un **giudizio individualizzato di pericolosità**, espresso dal giudice cautelare e soggetto a controllo nell'ambito delle impugnazioni cautelari.

Niente di tutto questo per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p.

Quanto alla **recidiva**, le differenze sono chiare. Il recidivo è persona risultata positivamente indifferente al messaggio dissuasivo della sanzione, perché commette un delitto non colposo **dopo la condanna definitiva** per un altro delitto non colposo. Cionondimeno, con la sola eccezione dei reati di maggior gravità, l'applicazione della circostanza è subordinata all'**accertamento in concreto**, da parte del giudice, di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di

commissione dei fatti pregressi – sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale.

Niente di tutto questo per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p.

Tra l'altro – nota la Corte – a differenza di quanto non sia per la responsabilità del recidivo in ordine ai fatti pregressi (accertata, come si è appena ricordato, prima ancora del nuovo reato), la condizione di irregolarità del soggiorno era valutabile in modo incidentale nel giudizio pertinente al reato aggravato, con il rischio che l'interessato fosse assolto nel giudizio sul reato di immigrazione e condannato alla maggior pena nel giudizio per il reato comune (o viceversa).

Resta solo da ricordare che la Corte ha dichiarato la **illegittimità consequenziale** di due norme introdotte solo in chiave strumentale alla valorizzazione dell'aggravante.

La prima è la disposizione di pretesa interpretazione autentica della norma dichiarata illegittima, introdotta al fine di escludere i cittadini comunitari (*supra*). Soprattutto, è stata eliminata la previsione (art. 656, comma 9, lett. a, cod. proc. pen.), che inibiva la **sospensione della esecuzione** di pene detentive brevi irrogate per reati aggravati dalla circostanza prevista dall'art. 61 n. 11-*bis* c.p.p.

Una plateale irragionevolezza nell'ambito di una generale irragionevolezza, perché l'aggravante non inibiva la concessione dei cd. benefici penitenziari, e dunque costringeva lo straniero ad un passaggio dal carcere nonostante la ricorrenza delle condizioni per l'accesso a forme alternative di esecuzione.

Vorrei dare qualche rapida informazione, a questo punto, sul problema che sta interessando moltissimi uffici giudiziari, e cioè se possano essere in qualche modo eliminate le porzioni di pena inflitte con **sentenza irrevocabile** in applicazione dell'**aggravante «di clandestinità»**, o se piuttosto l'intervenuto giudicato precluda ogni intervento in tal senso, nonostante la illegittimità «originaria» della norma aggravatrice.

Il **quadro normativo** è noto.

Da una parte, l'**art. 673 c.p.p.** disciplina la **revoca della sentenza** di condanna nei casi di **abrogazione** o **dichiarata illegittimità costituzionale** della «**norma incriminatrice**», riferendosi, secondo l'opinione comune, ai fenomeni di depenalizzazione del fatto posto ad oggetto del provvedimento divenuto irrevocabile.

È appena il caso di ricordare come, anche in esito ad una autorevolissima presa di posizione della stessa Corte costituzionale, attuata con la **sentenza n. 96 del 1996**, venga generalmente ammessa la possibilità di una **revoca parziale della sentenza** (non nel senso, almeno fino ad oggi, della scissione di un capo d'accusa, ma nel senso della eliminazione della condanna per parte soltanto dei fatti di reato posti ad oggetto della sentenza, fattispecie ammissibile anche nel caso di **continuazione** o **concorso formale**).

Per altro verso, l'**art. 30** della legge **n. 83 del 1957**, che concorre a regolare il procedimento incidentale di legittimità costituzionale, contiene due norme essenziali per la questione che occorre risolvere. Il **terzo comma** stabilisce che le norme dichiarate incostituzionali **non possano avere «applicazione»** dal giorno successivo a quello della pubblicazione della decisione della Consulta. Ma forse ancora più importante è il **quarto comma**, secondo il quale, quando sia stata pronunciata **una sentenza irrevocabile di condanna «in applicazione»** di una norma dichiarata incostituzionale, «**ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali**».

Alcuni **giudici di merito** hanno deliberato, in funzione di giudici dell'esecuzione, a proposito di **istanze di riduzione** della pena inflitta con sentenza irrevocabile, in misura corrispondente al *quantum* risultante dall'applicazione dell'aggravante poi dichiarata illegittima. Gli esiti sono stati divergenti.

Ad esempio il **Tribunale di Milano** (ord. del 26 gennaio 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*) ha dichiarato **non eseguibile** la pena di cui si tratta, essenzialmente in base ad una **applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p.** L'analogia sarebbe giustificata dalla comune esigenza di non applicare sanzioni penali inflitte in conseguenza di norme incostituzionali, anche alla luce del citato art. 30 della legge n. 83 del 1957. Il nuovo **terzo comma dell'art. 2 c.p.** (sostituzione *in executivis* della pena pecuniaria a quella detentiva, in caso di legge sopravvenuta) varrebbe a dimostrare, d'altra parte, che la «revoca» sarebbe ammessa anche quando riguardi la sola **entità della pena**, e non la rilevanza penale in sé del fatto considerato.

Occorre dire che nella specie l'operazione è stata facilitata dalla **specifica determinazione**, in fase cognitiva, di un aumento pertinente alla circostanza poi detenuta illegittima, che è bastato scomputare dalla pena inflitta. Ma naturalmente – e questo rileva anche per la **ammissibilità** dell'operazione – la situazione può essere molto più complessa: equivalenza o sub-valenza rispetto ad una sola attenuante; equivalenza nel concorso di più fattispecie circostanziali attenuanti e/o aggravanti, ecc. Inoltre, come per il reato continuato, può accadere che il giudice della cognizione non abbia determinato specificamente il *quantum* dipendente dall'aggravante (ad esempio nel caso di più aggravanti concorrenti). Certamente, quando la circostanza *de qua* è entrata in un giudizio di comparazione, il giudice dell'esecuzione dovrebbe **ripetere il giudizio di valenza**, ed oltretutto determinare il *quantum* di diminuzione della pena nel caso si attivino fattispecie attenuanti prima neutralizzate. In realtà, anche quando non ha

prodotto un effettivo aumento di pena grazie alla comparazione, l'aggravante di clandestinità **è stata comunque «applicata»**.

Almeno sotto questo profilo, dunque, dissentirei dal *decisum* del **Tribunale di Verona** (ord. 27 luglio 2010, credo al momento inedita), che ha respinto una istanza di **revoca parziale** (del pubblico ministero) anche per la pretesa carenza di effetti che la circostanza (giudicata con altra aggravante equivalente alle attenuanti generiche) avrebbe sortito nel caso sottoposto al suo giudizio (prese di posizione solo apparentemente analoghe sono venute anche in sede di legittimità: cfr. Cass., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 40923, Chamki, in *C.E.D. Cass.*, n. 248705, secondo cui la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della clandestinità non determina la nullità della sentenza ove il giudice, in sede di giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, abbia ritenuto prevalente una circostanza attenuante sull'aggravante poi dichiarata incostituzionale; qui il giudizio di valenza non potrebbe comunque concludersi diversamente).

In ogni caso, il Tribunale ha ritenuto che la cancellazione dell'aggravante abbia dato vita da una **diversa legge regolatrice** della fattispecie concreta, e non ad una parziale *abolitio criminis*, con la conseguenza che dovrebbe applicarsi la regola del quarto comma dell'art. 2 c.p. In altre parole, la applicazione della *lex mitior* sarebbe **preclusa dal giudicato**.

In termini diversi potrebbe sostenersi che lo stesso **art. 30** della legge n. 83 del 1957 distingue tra l'efficacia di **qualsiasi dichiarazione di illegittimità costituzionale**, che rende inapplicabile la norma interessata «dal giorno successivo», e l'efficacia della invalidazione di **norme incriminatrici**, che determina la non eseguibilità della **sentenza di condanna**. Cioè, anche alla luce di un costante orientamento giurisprudenziale che limita l'efficacia retroattiva della sentenza escludendone le «**situazioni consolidate o esaurite**» (tra le quali primeggia il giudicato), potrebbe ritenersi ormai già applicata la fattispecie circostanziale (comma terzo), e non potrebbe dichiararsi l'inefficacia della pena inflitta in dipendenza di essa, non trattandosi di *abolitio criminis* (comma quarto). Non a caso, la previsione del 1957 non prevedeva la revoca della sentenza di condanna, ma la sola sua inefficacia, diversamente da quanto poi stabilito con l'art. 673 del codice di rito vigente.

A questa costruzione è stato obiettato, nei primi commenti dottrinali, che il quarto comma dell'art. 2 c.p. regola la **successione tra norme penali valide**, e non può dunque essere riferito al caso in cui la disciplina sopravvenuta è frutto della rimozione di una norma «originariamente» improduttiva di effetti. Non posso che evocare, in questa sede, gli autorevoli orientamenti dottrinali concernenti la cd. **iperretroattività delle sentenze** dichiarative della illegittimità di norme penali.

Mi limito poi a notare che un ragionamento siffatto presuppone per un verso che non sia da considerare «**applicata**» una legge in base alla quale è stata inflitta una pena **da eseguire o in corso di esecuzione**. Per altro verso, il quarto comma dell'art. 30 non si riferisce testualmente all'*abolitio criminis*, ma ad una sentenza di condanna **«pronunciata in applicazione»** della norma dichiarata illegittima.

Forse, ma sono riflessioni iniziali da sottoporre al vaglio della giurisprudenza e della dottrina (sono in corso di pubblicazione lavori su diverse riviste giuridiche), sarebbe meglio **estendere l'interpretazione** del quarto comma fino a comprendere ogni norma regolatrice degli effetti sanzionatori della condotta, piuttosto che praticare una **applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p.**, che implica una trasposizione verso situazioni non regolate di una **disposizione che eccettua** rispetto al principio generale di intangibilità del giudicato. Ad orientare il Tribunale milanese - che ha definito «interpretazione estensiva» quel che sembra, appunto, una interpretazione analogica – è stata probabilmente la consapevolezza di questo ostacolo.

Forse, si tratta di uscire dalla logica della **revoca parziale** per sondare la possibilità di pervenire (come del resto avveniva prima del 1989) ad una **dichiarazione di cessazione** (attuale o ad una certa data futura) della **esecuzione della sentenza**, nella parte in cui si tratta della porzione di pena concernente l'aggravante. Subito rilevo, naturalmente, la difficoltà concettuale che deriva dal caso che non possa essere semplicemente eliminata una parte della pena inflitta in sede di cognizione. Difficoltà forse più grave di quella connessa, in casi analoghi, allo schema della revoca, ma non esclusiva della soluzione prospettata.

Aggiungo in *extremis* che, nella camera di consiglio del 27 ottobre scorso, la I sezione della Corte ha stabilito, con sentenza non ancora depositata, due punti fermi nella complessa tematica cui facevo riferimento. In primo luogo, si è detto che la **revoca parziale della sentenza**, *ex* art. 673 c.p.p., è ammissibile con riguardo ai singoli capi d'accusa, ma non relativamente a singole porzioni all'interno della medesima imputazione. Quindi la revoca parziale **non può essere lo strumento** per evitare di dare esecuzione alla porzione di pena inflitta per l'aggravante di clandestinità.

La Cassazione ha stabilito anche, e però, che «**gli artt. 136 Cost.** e **30, commi terzo e quarto, della legge n. 87 del 1953**, **ostano alla esecuzione** della porzione di pena inflitta in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima».

La Corte ha specificato, da ultimo, che se il giudice della cognizione ha omesso di determinare specificamente la quota di aumento dovuta all'aggravante, spetta al giudice dell'esecuzione determinare il *quantum* della pena inesigibile.

Solo una nota informativa quanto ad una *vexata quaestio* che riguarda l'incriminazione quale delitto dell'attività di **intermediazione finanziaria**, condotta da soggetti non iscritti nell'elenco degli operatori abilitati, ed a proposito della condotta di cd. ***money transfer***.

È stata dichiarata manifestamente inammissibile, in particolare, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153 (Integrazione dell'attuazione della direttiva 91/308/CEE in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita), sollevata in riferimento agli articoli 76 e 77 della Costituzione, nelle parti in cui configura come delitto la fattispecie criminosa ivi descritta e in cui commina pene superiori ai limiti edittali indicati nella legge di delega 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994).

La fattispecie menzionata attiene all'esercizio delle attività di intermediazione finanziaria specificate nei decreti attuativi della legge delega in assenza di iscrizione nell'elenco degli operatori abilitati, e individua la fattispecie di reato del trasferimento di fondi fissandone la relativa disciplina sanzionatoria. Analogamente a quanto già riscontrato nelle **ordinanze n. 95 del 2010**, n. **73 del 2009** e **n. 194 del 2008**, il rimettente ha erroneamente individuato nell'art. 15, comma 1, lett. c), anziché nell'art. 3, lett. c), della legge n. 52 del 1996, la norma di delega alla cui stregua va apprezzata la dedotta violazione degli artt. 76 e 77 Cost., invero esclusa dal rilievo che la fattispecie di abusivismo contemplata dalla norma denunciata risulterebbe omogenea e di pari offensività rispetto ai già previsti delitti di abusiva attività finanziaria e di abusivo esercizio dell'attività di mediazione creditizia, reati al cui trattamento sanzionatorio è stato allineato quello dell'ipotesi criminosa in questione.

In particolare il citato art. 3 stabilisce che «*in ogni caso, in deroga ai limiti sopra indicati, per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi saranno previste sanzioni penali o amministrative identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni medesime*».

La Corte ha ribadito, con la **ordinanza n. 295 del 2010**, che proprio sulla base del criterio generale di delega ora indicato, e non già di quelli specifici di cui all'art. 15 della medesima legge, il legislatore delegato ha inteso emanare la norma incriminatrice di cui si discute: e ciò sul rilievo che la fattispecie di abusivismo contemplata da tale norma risulterebbe omogenea e di pari offensività rispetto al delitto di abusiva attività finanziaria previsto dall'art. 132 decreto legislativo del 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), nonché al delitto di abusivo esercizio dell'attività di mediazione creditizia, previsto dall'art. 16, comma 7, della legge 7 marzo 1996, n. 108 (Disposizioni in materia di usura), reati al cui trattamento sanzionatorio è stato quindi allineato quello dell'ipotesi criminosa di cui si discute.

Passiamo a discutere di trattamento delle **persone sottoposte a misure di prevenzione**, per dare conto di una recente ed importante pronuncia, che ha assunto la forma propria della **sentenza interpretativa di rigetto**, a proposito della fattispecie di cui all'**art. 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423**, nella versione modificata con il decreto-legge n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge 155 del 2005.

Per effetto della novella, la norma citata dispone nel primo comma che il «*contravventore agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno*». Ben più severa la previsione del secondo comma, ove si stabilisce che se «*l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale* ***con l'obbligo o il divieto di soggiorno****, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza*».

La forte differenza di trattamento è stata già oggetto di sindacato da parte della Consulta, che l'ha considerata non irragionevole, data la maggior pericolosità che si deve attribuire a coloro in quali siano stati gravati dell'obbligo o del divieto di soggiorno (**sentenza n. 161 del 2009**).

Ora, la fattispecie incriminatrice sanziona la **violazione delle prescrizioni** imposte all'interessato con il provvedimento applicativo della misura di prevenzione. Il terzo comma dell'art. 5 della legge 1423 stabilisce che il giudice «*in ogni caso prescrive di* ***vivere onestamente****, di* ***rispettare le leggi****, di* ***non dare ragione di sospetti*** *e di non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza; prescrive, altresì, di non associarsi abitualmente alle persone che hanno subìto condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza, di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all'autorità locale di pubblica sicurezza, di non detenere e non portare armi, di non trattenersi abitualmente nelle osterie, bettole, o in case di prostituzione e di non partecipare a pubbliche riunioni*».

È evidente che la porzione iniziale delle prescrizioni, quella sopra evidenziata, si riferisce a **precetti di carattere assai generico**: la cosa è del tutto evidente quanto all'*honeste vivere* ed alla immunità da *sospetti* (di che?), ma può essere affermata anche quanto al *rispetto delle leggi*. In effetti, se intesa quale prescrizione di non tenere mai una condotta *contra legem*, la fattispecie apparirebbe censurabile sotto il profilo della ragionevolezza (essendo impensabile che anche la più lieve infrazione amministrativa, od un illecito civile, possano dar vita ad un delitto).

Non stupisce che il rimettente abbia censurato la normativa alla luce del **principio di tassatività**, oltreché per violazione dell'art. 3 Cost. La Corte ha dichiarato infondata la questione con la **sentenza n. 282 del 2010**, ma l'ha fatto, come accennavo, secondo lo schema delle pronunce interpretative, e dunque «salvando» la disposizione **a condizione che** venga interpretata secondo un criterio di ragionevole restrizione, e di ragionevole corrispondenza ai principi di offensività e proporzionalità.

Abbiamo visto già trattando dei nuovi reati in materia di immigrazione, poco sopra, quale sia la giurisprudenza della Corte sul **controllo di determinatezza** delle fattispecie incriminatrici. Anche nell'occasione la Corte ha ripetuto: «*per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce*».

Su questa premessa, si è affermato anzitutto che la **prescrizione di «vivere onestamente»**, per quanto generica se valutata isolatamente, assume sufficiente precisione una volta messa in relazione a «*tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5*», e considerando «*che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno*»

In sostanza, detta prescrizione si risolverebbe nel «*dovere imposto* […] *di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza*».

Se si consente di esprimere un'opinione personale, la strada prescelta dalla Corte, pure ineludibile (a meno di non dichiarare l'illegittimità della norma), conduce ad una **interpretazione abrogante** del precetto, nel senso che lo stesso sarebbe violato solo quando fosse violata anche un'altra delle prescrizioni impartite dal giudice.

Una sorte analoga, a conti fatti, sembra riguardare la prescrizione di **«non dare ragione di sospetti»**, in sostanza collegata alla violazione delle altre prescrizioni, ed in particolare di quella di non frequentare determinati luoghi o persone.

Diverso l'esito del sindacato sul **rispetto delle leggi**. Anche qui la Corte ha voluto restringere in qualche modo la portata della prescrizione, ma l'ha fatto conservandone un'efficacia fin troppo ampia: «*si riferisce al dovere, imposto al prevenuto, di* ***rispettare tutte le norme a contenuto precettivo****, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale*».

Anche se intesa nel senso che rileva ogni condotta cui la legge collega una sanzione in senso proprio, la fattispecie sembra comminare conseguenze sanzionatorie sproporzionate anche per condotte prive di ogni concreto significato lesivo (nel caso di specie era contestato, al sorvegliato speciale, anche di aver condotto un motociclo senza casco). Se invece la Corte avesse inteso riferirsi alle sole violazioni sintomatiche della **specifica pericolosità** già attribuita all'agente, l'effetto di specificazione del dettato normativo risulterebbe fortemente ridimensionato.

La Corte ha «sanzionato» nel senso della manifesta infondatezza una questione di legittimità costituzionale che avrebbe potuto esercitare, ma solo ad una prima e veloce lettura, una qualche suggestione. Si tratta della **ordinanza n. 270 del 2011**, relativa all'art. 530 c.p.p., nella parte in cui non contempla, per la sentenza assolutoria, una disposizione affine a quella prevista dall'art. 166, co. 2, c.p., secondo cui la condanna a pena condizionalmente sospesa non può costituire, per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione.

Il discorso del giudice rimettente può essere riassunto nei termini che seguono. Il **secondo comma dell'art. 166 cod. pen.** stabilisce che la **condanna con sospensione condizionale** non può costituire, per sé sola, il presupposto per l'applicazione di una **misura di prevenzione**.

Il giudice *a quo* – posta la premessa, pacifica, che anche fatti valutati in una **sentenza di assoluzione** possono essere apprezzati ai fini del trattamento prevenzionale – vede una contraddizione nel sistema. Sarebbe illogico prescrivere che una sentenza di condanna sia trascurata dal giudice della prevenzione, e consentire al tempo stesso che una sentenza assolutoria, pur dubitativa, venga posta alla base di una misura.

Ed ecco l'ultimo passaggio. Per restituire «razionalità» al sistema, il rimettente propone una **sentenza additiva** riguardo alla norma del codice di procedura penale che concerne, in generale, le sentenze assolutorie (art. 530 cod. proc. pen.), chiedendo che la Consulta vi inserisca una formula «identica od analoga» a quella che segna l'art. 166 cod. pen.

Ora, è ben vero che i fatti posti a fondamento di una decisione assolutoria possono essere valutati, nel procedimento di prevenzione, a carico dell'interessato. Non è vero, invece, che i fatti posti a fondamento di una sentenza di condanna a pena sospesa non possano assumere l'indicata valenza probatoria. Il giudice di prevenzione, a differenza di quello del processo penale, non verifica una relazione tra fatto storico e figura incriminatrice, ma guarda a situazioni e comportamenti per coglierne il valore sintomatico di una qualificata pericolosità sociale, indipendentemente dal loro rilievo penale.

Ciò non vuol dire che la norma posta dall'art. 166 c.p. non abbia funzione. Certamente il giudice della prevenzione non potrà argomentare il giudizio di pericolosità sul precedente penale del proposto. Non a caso la norma precisa che la sentenza di condanna è inidonea a giustificare il provvedimento «per sé sola». E non a caso la giurisprudenza ha più volte chiarito come al giudice non sia negata «la possibilità di valutare gli elementi fattuali desumibili dal giudizio penale conclusosi con la suddetta condanna o unitamente ad altri e diversi elementi, desumibili aliunde» (Cass., Sez. V, 20 settembre 2004, n. 41398, Diesi, in *C.E.D. Cass.*, n. 230120)

Quanto appena si è detto non implica, per altro, che le due ipotesi in comparazione siano realmente assimilabili, come preteso nell'ordinanza di rimessione. Infatti, fuori dai casi di proscioglimento per ragioni che legittimano l'applicazione di una misura di sicurezza (comma 4 dell'art. 530 c.p.p.), il giudice dell'assoluzione non formula alcuna valutazione di

pericolosità a carico dell'imputato, perfino quando ritiene la verità del fatto storico in contestazione. Il giudice della condanna a pena «sospesa», invece, apprezza direttamente il valore sintomatico del fatto sul piano della pericolosità (o almeno del rischio di recidiva), ed anzi comprende nella propria valutazione ogni elemento che gli sia utile per una prognosi sui futuri comportamenti dell'imputato.

È dunque la **regola del *ne bis in idem***, nella sua specifica proiezione quale strumento per assicurare il **principio di non contraddizione**, a giustificare limiti al potere di apprezzamento del giudice della prevenzione. Tanto questo è vero che la giurisprudenza tende da ultimo ad enfatizzare tali limiti, senza negare che i fatti restano valutabili, ma censurando il provvedimento di prevenzione che contraddica direttamente quello della cognizione in punto di valore sintomatico della pericolosità (Cass., Sez. V, 11 luglio 2006, n. 32522, Di Lernia, *ivi*, n. 235198).

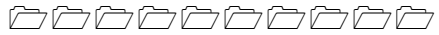
Essenzialmente questo, e sia pure attraverso una enunciazione sintetica, il ragionamento che ha condotto la Corte a formulare un giudizio di **manifesta infondatezza** della questione. Da un lato infatti si è notato come le circostanze poste ad oggetto del giudizio chiuso dalla **sentenza di condanna** con pena sospesa possono essere valutate nel procedimento prevenzionale, **unitamente ad altri elementi**. Per altro verso, si è rimarcato che il giudice dell'**assoluzione** non formula, sulla pericolosità, alcun giudizio che la legge debba preoccuparsi di coordinare con l'oggetto tipico del procedimento di prevenzione.

Un rapido cenno a nuove questioni in tema di **sospensione della patente di guida** nel caso di guida in stato di **ebbrezza**, definite nel senso della manifesta infondatezza con l'**ordinanza n. 266 del 2011**.

Questa volta il rimettente lamentava, evocando gli artt. 3, 25 e 111 Cost., che il codice della strada (segnatamente il comma 2 dell'art. 186) consentirebbe l'applicazione di **due distinte sanzioni con il medesimo oggetto** relativamente ad un'unica condotta illecita, cioè appunto la guida in stato di ebbrezza.

Le sanzioni corrisponderebbero, in primo luogo, alla **sospensione provvisoria** della patente di guida (fino a due anni), «nelle ipotesi di reato per le quali è prevista la sanzione amministrativa accessoria della sospensione (…) della patente di guida». Si allude al provvedimento assunto *ex* art. 223 C.d.s. dall'autorità amministrativa (il Prefetto), provvedimento contro il quale è ammessa opposizione davanti al Giudice di pace (come nel caso del giudizio *a quo*). La sanzione «duplicata» consisterebbe nella **sospensione della patente quale sanzione amministrativa accessoria** per il reato di cui si tratta, irrogata dal giudice penale per un tempo variabile a seconda della gravità della intossicazione alcolica riscontrata.

In realtà – come la Corte ha ribadito – le due misure indicate presentano «**una radicale differenza** di finalità e presupposti». Infatti, «pur costituendo anch'essa misura afflittiva, la **sospensione provvisoria** della patente di guida è provvedimento amministrativo di **natura cautelare**, strumentalmente e teleologicamente teso a tutelare con immediatezza l'incolumità dei cittadini e l'ordine pubblico, impedendo che il conducente del veicolo continui nell'esercizio di un'attività potenzialmente creativa di ulteriori pericoli» (*ex multis*, ordinanza n. 344 del 2004). È dunque erronea la prospettiva ermeneutica in base alla quale, come in altre occasioni, una questione è stata sollevata accostando istituti del tutto diversi.



La Corte costituzionale è intervenuta, a non lunga distanza da un importante arresto delle **Sezioni unite** della Cassazione, sulla qualificazione giuridica della condotta di chi **circoli abusivamente** con un **veicolo** sottoposto a **sequestro amministrativo** in vista dell'eventuale confisca.

Com'è noto la questione è stata ampiamente dibattuta, in giurisprudenza, riguardo alle condotte tenute dal **custode del mezzo** (in qualità di proprietario od a vantaggio del proprietario medesimo) ed all'eventuale qualificazione penalistica di tali condotte come fatti di **sottrazione di cosa in sequestro** (art. 334 c.p.).

Secondo un primo indirizzo, sussisterebbe un **rapporto di specialità** tra la norma sanzionatoria amministrativa (comma 4 dell'art. 213 C.d.s.) e la citata fattispecie del codice penale, di talché, secondo il principio espresso all'art. 9 della legge n. 689 del 1981, dovrebbe applicarsi **solo la sanzione amministrativa**. Stando all'indirizzo opposto, poiché non sussisterebbe il prospettato rapporto di specialità, il fatto sarebbe **penalmente rilevante**, restando da stabilire se debba poi essere applicata anche la sanzione amministrativa.

La prima delle tesi ha trovato recentemente l'avallo delle **Sezioni unite della Cassazione** (sent. 28 ottobre 2010, n. 1963/11, ric. P.G. in c. Di Lorenzo). La norma amministrativa comprenderebbe elementi che la specializzano rispetto a quella penale (l'uso della cosa a fini di circolazione stradale e la natura amministrativa del sequestro), e di natura specializzante (per aggiunta) sarebbe anche l'ulteriore elemento rappresentato dalla riferibilità dell'illecito a «chiunque», e non solo al proprietario o custode del bene sottoposto al vincolo. Insomma, il fatto **non rileva *ex* art. 334 c.p.**

L'occasione della pronuncia in commento è data dalla particolarità della concreta fattispecie perseguita nel giudizio *a quo*: il fatto, cioè, commesso dal **custode non proprietario a proprio vantaggio**, e non per favorire il proprietario stesso. Dato il contesto, il pubblico ministero ha ipotizzato il

reato di peculato, ed il rimettente, con attendibile consequenzialità, ha escluso che potessero incidere direttamente sulla definizione del giudizio gli arresti giurisprudenziali pertinenti al delitto di cui all'art. 3334 c.p.

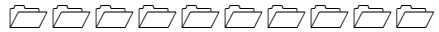
Poi un secondo passaggio del ragionamento. Sul presupposto che l'imputato avrebbe utilizzato il veicolo affidatogli per farne un uso momentaneo e poi «restituirlo» (cioè, in sostanza, non farlo ulteriormente circolare), il giudice ha ritenuto che potrebbe riconoscersi nella specie il cd. **peculato d'uso** (secondo comma dell'art. 314 c.p.). Per l'integrazione della fattispecie, però, fa difetto un elemento essenziale, e cioè la effettiva «**restituzione**» della cosa sottratta: un adempimento che, per l'imputato, sarebbe stato impedito da una **causa di forza maggiore**, cioè dal nuovo sequestro che, ovviamente, è stato disposto quando si è accertato che circolava (essendone il custode) su un veicolo sottoposto a sequestro.

Terzo ed ultimo passaggio del ragionamento. Con la sentenza n. 1085 del 1988, la Corte costituzionale aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'**art. 626, primo comma, numero 1), c.p.,** relativo al cd. «**furto d'uso**», nella parte in cui non estendeva la più favorevole disciplina in esso prevista alla **mancata restituzione** della cosa sottratta dovuta a caso fortuito o **forza maggiore**. Com'è noto, la pronuncia si era fondata sul primo comma dell'art. 27 Cost., e rappresenta uno dei capisaldi della giurisprudenza costituzionale in materia di colpevolezza. Ebbene – ha osservato il rimettente – se tutti gli elementi che contrassegnano il disvalore del fatto devono essere soggettivamente riferibili all'agente, non vi sarebbe ragione di distinguere tra furto d'uso e peculato d'uso, quando la mancata restituzione della cosa non sia rimproverabile all'agente. Di qui la richiesta di un intervento manipolativo sul secondo comma dell'art. 314 c.p., analogo a quello compiuto con la sentenza citata.

La Corte ha dichiarato la **manifesta inammissibilità** della questione proposta. Al rimettente si è rimproverata l'**omessa verifica** in merito all'eventualità che, sussistendo ragioni analoghe a quelle valutate dalle Sezioni unite, debba essere identificato un **rapporto di specialità** anche con riguardo, per un verso, alla fattispecie amministrativa dell'art. 213 C.d.s., e per l'altro verso all'art. 314 c.p.

In effetti, se quel rapporto sussistesse, il fatto perseguito nel giudizio *a quo* sarebbe **penalmente neutro**, e comunque la questione sollevata sarebbe irrilevante, non dovendo il rimettente fare applicazione della norma censurata. Insomma, «**omessa sperimentazione**» di una **soluzione interpretativa** utile ad escludere, per il caso concreto, il *vulnus* denunciato da giudice *a quo*. Inammissibilità (manifesta), dunque, della questione sollevata.

È appena il caso di sottolineare la **cautela** che deve accompagnare la valutazione delle pronunce di inammissibilità «**su base interpretativa**». Sta di fatto, però, che la Corte non è solita censurare l'incompletezza del ragionamento dei giudici rimettenti con riguardo a soluzioni interpretative che siano prive di ogni attendibilità.



Restiamo nell'ambito delle **norme complementari** del diritto penale, ed in particolare del **diritto penale dell'ambiente,** per dare conto della pronuncia che ha dichiarato **manifestamente infondata** – in riferimento agli articoli 3, 24, secondo comma, e 27 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 19 del d.lgs. 11 maggio 2005, n. 133, nella parte in cui contempla, per i reati connessi all'attività di **incenerimento di rifiuti**, una sanzione più grave (pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda) di quella prevista all'art. 16 del d.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59 (ove le stesse pene sono comminate disgiuntamente, con conseguente possibilità di accesso all'oblazione).

Si tratta della **sentenza n. 253 del 2011**. La questione è stata proposta dal giudice rimettente su sollecitazione dei difensori di imputati ai quali si contestava lo svolgimento, in assenza delle prescritte autorizzazioni, dell'attività di incenerimento di materiali assimilabili ai rifiuti urbani, di rifiuti speciali e di rifiuti pericolosi. I fatti sono stati qualificati, nel giudizio *a quo*, come violazioni dell'art. 19 del d.lgs. n. 133 del 2005, e dunque come reati non suscettibili di oblazione.

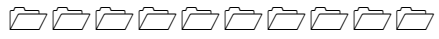
In un quadro normativo obiettivamente complesso, e di fronte ad una contestazione forse non sufficientemente selettiva, si è giunti alla conclusione che l'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2005 punirebbe le medesime fattispecie, con sanzioni alternative e con possibilità dunque di oblazione. L'ordinanza di rimessione, di conseguenza, oscilla tra l'assunto della completa coincidenza di oggetto tra le due incriminazioni, con irrazionale diversificazione del solo apparato sanzionatorio, ed il rilievo che comunque, in presenza di sostanziali analogie tra le fattispecie, sarebbe irragionevolmente discriminatorio il peggior trattamento istituito dalla norma censurata.

La Corte, pervenuta come detto ad un giudizio di manifesta infondatezza della questione, ha posto esplicitamente in rilievo l'erronea ricostruzione del quadro legislativo da parte del giudice rimettente. L'intera normativa contenuta nel d.lgs. n. 133 del 2005, in materia di **incenerimento dei rifiuti**, si pone in termini di **specialità** rispetto alla disciplina generale riguardante gli **impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti medesimi**, contenuta negli artt. 208 e seguenti del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Analogo rapporto è istituito relativamente alla disciplina specifica concernente i soli impianti di **incenerimento di rifiuti urbani**, sottoposti all'autorizzazione integrata ambientale, già contenuta nel d.lgs. n. 59 del 2005 ed oggi trasfusa nel Titolo III-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006. Da notare che al comma 10 del citato art. 16 è stabilito che, per gli impianti regolati dal decreto (dunque quelli destinati alla combustione dei rifiuti urbani) «dalla data di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, non si applicano le sanzioni, previste da norme di settore, relative a fattispecie oggetto del presente articolo».

Il d.lgs. n. 133 del 2005 stabilisce i requisiti degli impianti di incenerimento dei rifiuti e le condizioni di esercizio degli stessi, rinviando al regime autorizzatorio previsto dalle richiamate disposizioni generali per la valutazione di conformità dei singoli impianti alle prescrizioni (requisiti e condizioni) in esso contenute. Le norme penali contenute nei primi due commi dell'art. 19 sanzionano le condotte di esercizio di impianti di incenerimento dei rifiuti in assenza delle prescritte autorizzazioni, distinguendo a seconda che l'attività abbia ad oggetto rifiuti pericolosi o non, e prevedendo in entrambi i casi la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda, con differenti valori edittali. Invece la norma richiamata in comparazione, meno severa a livello sanzionatorio, punisce l'esercizio, in assenza di autorizzazione integrata ambientale, delle attività di cui all'allegato VIII alla parte seconda del d.lgs. n. 152 del 2006, tra le quali rientra – come già si è visto – quella svolta dagli impianti di incenerimento dei rifiuti urbani.

Insomma, la norma censurata sottrae la disciplina delle relative fattispecie a norme generali, senza alcuna improbabile duplicazione, e senza che risulti proponibile la comparazione prospettata dal rimettente. Il fatto poi che per l'incenerimento di rifiuti (anche pericolosi) senza autorizzazione siano previste sanzioni più severe è parso alla Corte giustificato dalla necessità di garantire che l'attività in questione, **particolarmente rischiosa per l'ambiente**, si svolga nel rispetto delle condizioni di esercizio e nell'osservanza delle prescrizioni tecniche dettate dallo stesso d.lgs. n. 133 del 2005.



È il momento di una questione di **diritto penale tributario**, che presenta una certa rilevanza nella pratica, tanto che è stata sottoposta più volte all'attenzione della Consulta. Il problema riguarda l'**art. 10-*ter*** del d.lgs. 74/2000, il quale prevede il reato di omesso versamento dell'IVA. E si pone in particolare per i **soli fatti relativi al 2005**.

Occorre partire dalla premessa che la norma (introdotta nel 2006) sanziona chi **omette il versamento dell'IVA** dovuta non già all'atto della relativa dichiarazione, ma entro il termine stabilito per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo. Dunque il reato si consuma nel **mese di dicembre** (in specie, il 27 dicembre) dell'anno seguente a quello cui si riferisce l'imposta dovuta. In pratica, il soggetto che, in base alla dichiarazione annuale, risulti debitore per IVA in misura superiore alla soglia di punibilità prevista (50.000 euro), fruisce di un termine di dodici mesi per corrispondere il tributo, al fine di non incorrere in responsabilità anche penale.

Questa opportunità non è stata pienamente accordata quanto all'imposta dovuta per l'anno 2005, perché l'incriminazione è stata introdotta dal d.l. 223/2006 (conv., con modif., in l. 248/2006) – entrato in

vigore il 4 luglio 2006 – di talché il contribuente ha avuto a disposizione, per eseguire il versamento utile ad evitare la responsabilità penale, solo **il periodo intercorrente tra luglio e dicembre 2006**.

La norma censurata – secondo il rimettente – avrebbe dunque violato il principio di eguaglianza, in quanto punirebbe allo stesso modo due condotte differenti: vale a dire, tanto quella di chi abbia omesso il versamento dell'IVA per l'anno 2005, avendo a disposizione solo il più ristretto termine dianzi indicato, tanto quella di chi abbia omesso od ometta il versamento dell'imposta per gli anni successivi, fruendo dell'ordinario termine annuale.

Ora, è vero che, per ragioni collegate alle meccaniche di entrata in vigore della norma incriminatrice, il debitore IVA per il 2005 ha potuto disporre di un termine inferiore a quello che ha avuto poi ha disposizione, come tutti gli altri, negli anni seguenti. Un termine diverso, si badi, non per il dovuto versamento (regolato, anche sotto questo aspetto, dalla disciplina antecedente alla novella del 2006), ma per maturare una **resipiscenza** utile ad evitare almeno la sanzione penale. Si è trattato però di oltre cinque mesi, e dunque di un **tempo niente affatto incongruo** al fine di prendere cognizione della normativa sopravvenuta e di reperire i fondi utili ad un versamento comunque tardivo, ma utile ad evitare l'incriminazione. Chiaramente, il reato di coloro che non hanno versato l'IVA dovuta per il 2005 si è perfezionato solo cinque mesi dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice, e cioè alla fine del 2006.

D'altra parte, ammesso e non concesso che la legge abbia compreso nella medesima fattispecie fatti di disvalore diverso (sarebbe più scusabile colui che non sia riuscito ad effettuare il versamento in cinque mesi e mezzo di colui che abbia avuto a disposizione dodici mesi), la legge medesima pone a disposizione una pena edittale variabile, che per i fatti pertinenti al 2005 potrà legittimamente orientarsi verso i valori minimi.

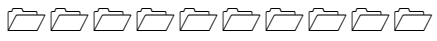
La questione era già stata in qualche modo sottoposta alla Corte, che l'aveva definita nel senso della manifesta inammissibilità con l'ordinanza **n. 319 del 2010.** Non si trattava però di un precedente particolarmente utile, in quanto fondato sulle carenze motivazionali dell'atto introduttivo, oltre che sul palese equivoco nel quale era incorso il rimettente, che sosteneva il carattere «retroattivo» dell'incriminazione: un carattere che, alla luce dei rilievi appena svolti, non sussiste affatto.

Per la prima volta dunque, con la **sentenza n. 224 del 2011**, la Corte è entrata nel merito della questione, dichiarandola **manifestamente infondata.**

Si è anzitutto richiamata la costante giurisprudenza secondo cui «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il **fluire del tempo** costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche».

Ma la Corte non ha inteso dire che sia sempre e comunque giustificabile un diverso trattamento di situazioni identiche per il solo fatto della loro discordanza cronologica. Infatti ha evidenziato la **intrinseca ragionevolezza** insita nel trattamento della situazione che, nella prospettazione del rimettente, sarebbe stata illegittimamente sfavorita «d'altro canto, il termine di oltre cinque mesi e mezzo (dal 4 luglio 2006 al 27 dicembre 2006), riconosciuto al soggetto in questione (in luogo dei quasi dodici mesi "ordinari"), **non** può ritenersi **intrinsecamente incongruo**, ossia talmente breve da pregiudicare o da rappresentare, di per sé, un serio ostacolo all'adempimento».

Per tal via, il problema della minor riprovazione da collegare all'inadempimento del «contribuente 20005» è stato ricondotto ad una questione di fatto, per la cui regolazione è fisiologicamente deputato lo strumento della **concreta quantificazione della pena**, resa possibile da una forbice edittale adeguatamente predisposta dal legislatore.



La presunta introduzione di **automatismi preclusivi** nel diritto penitenziario, e più in generale il **forte inasprimento** delle regole di trattamento che si è connesso alla **riforma della recidiva** ed ai cd. «**pacchetti sicurezza**», hanno costituito una porzione rilevante del lavoro della Consulta negli ultimi mesi, avuto appunto riguardo all'**ordinamento penitenziario**.

Anzitutto una importante conferma: vanno esclusi «*nella materia dei benefici penitenziari,* ***rigidi automatismi***», essendo necessario «*invece che vi sia sempre una valutazione individualizzata, così da collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale*». Così la **sentenza n. 291 del 2010**, relativa all'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude che la misura dell'**affidamento in prova** al servizio sociale possa essere disposta per **più di una volta** in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la **recidiva reiterata.**

Il rilievo ormai tradizionale circa la tendenziale intollerabilità degli automatismi diviene anzitutto un **criterio ermeneutico**, di doverosa esplorazione da parte del giudice di ogni soluzione interpretativa che recuperi spazi di discrezionalità, oppure **riduca la base statistica delle preclusioni assolute** in guisa da rendere positivamente ragionevole una prognosi di corrispondenza tra caratteristiche del caso concreto e ragione di cautela che ispira la norma presuntiva.

È quello che è accaduto con la disposizione sui condannati per evasione (*supra*), ove la Corte si è giovata del diritto vivente che recupera spazi di discrezionalità per il giudice. È quello che è accaduto, con la sentenza ora

in esame, quanto alla preclusione per i recidivi reiterati, la cui **base applicativa è stata ristretta al punto** che la presunzione di inadeguatezza del beneficio penitenziario assume piena e costante attendibilità. In armonia con la giurisprudenza, che pure abbiamo richiamato, sulla tollerabilità delle sole presunzioni assolute che trovino solido **fondamento nell'*id quod plerumque accidit*.**

Con l'usuale tecnica del «rimprovero» rivolto al rimettente di non aver sperimentato una soluzione adeguatrice, e con il corrispondente dispositivo di inammissibilità, la Corte ha «suggerito» anzitutto che la preclusione sia riferita solo a coloro che **commettono il nuovo reato dopo aver fruito di un beneficio penitenziario**. Soluzione che esclude la preclusione in numerosissimi casi (condizionati anche dalla sequenza casuale del passaggio in giudicato di più sentenze di condanna). Soluzione che risulta perfettamente compatibile con il tenore letterale della disposizione censurata: «*L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall' articolo 99, quarto comma, del codice penale*». Non è affatto necessario, anzi, che la norma venga letta nel senso che basti aver fruito una volta nella vita del beneficio perché, quanto al reato commesso in condizione di recidiva reiterata, sia preclusa l'applicazione di un analogo beneficio. La norma si può leggere nel senso che il **recidivo reiterato possa, in quanto tale, ottenere comunque l'applicazione di un beneficio**, e che la preclusione, dunque, scatti solo in occasione di una **nuova condanna con la medesima aggravante**.

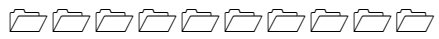
Per quanto possa incidere, proprio questa lettura era stata prospettata, durante i lavori parlamentari, da un esponente della maggioranza politica che ha voluto la novella da cui è scaturita la norma censurata.

È ovvio che il condannato con la recidiva reiterata, in quanto soggetto che si trova alla **quarta** sua esperienza delittuosa (e, fuori dai casi di cd. recidiva obbligatoria, è stato ritenuto specificamente portatore di una pericolosità qualificata proprio dalla recidiva), risulta molto più credibile come persona che **non assicurerebbe il regolare svolgimento** della misura alternativa. Non foss'altro, per il fatto che la **precedente sperimentazione** della misura, per definizione, non avrebbe condotto al progettato recupero dell'interessato.

In ogni caso – aggiunge la Corte – la funzionalità rieducativa della pena non è affidata unicamente alle misure di esecuzione alternativa, e dunque residua, finanche per i soggetti in questione, la disponibilità di strumenti utili ad un percorso di risocializzazione, come ad esempio l'ammissione al lavoro (anche esterno), la liberazione anticipata, ecc.

Un'ultima notazione. A fini di valutazione di rilevanza della questione sollevata, la Corte ha dovuto entrare nel merito di una controversia che, comunque, poteva ormai considerarsi risolta dalla giurisprudenza di legittimità. La **recidiva reiterata** deve considerarsi «**applicata**», con tutte le conseguenze che ne derivano, anche quando, entrata in bilanciamento con circostanze attenuanti, non produca un concreto effetto di aumento della pena perché dichiarata **equivalente**. In tal caso, infatti, il giudice ha

comunque ritenuto la circostanza rilevante nell'economia complessiva del fatto criminoso (almeno nei casi di recidiva cd. facoltativa) e, comunque, la circostanza medesima ha sortito un effetto sul trattamento sanzionatorio, precludendo la diminuzione di pena che altrimenti si sarebbe connessa alle attenuanti in concorso (in tal senso già le **Sezioni unite** della Cassazione con la sentenza n. 17 del 1991 nonché, molto più recentemente, con la sentenza n. 35738 del 2010).



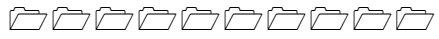
Ancora una citazione, prima di passare al tema delicatissimo del cd. 41-*bis*, è opportuna per una nuova decisione di manifesta inammissibilità, adottata, con la **ordinanza n. 111 del 2011**, rispetto ad una questione in sé molto seria.

Il problema nasce dal l'**art. 4-*bis* dell'Ordinamento penitenziario**, ed in particolare dal relativo **comma 1-*quater***, ove è stabilito che i principali benefici penitenziari possano essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale solo sulla base dei risultati dell'**osservazione scientifica** della personalità condotta collegialmente per almeno un anno, anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della stessa legge 354.

La disposizione è infatti applicabile anche nei confronti dei **condannati minori d'età** al momento del fatto, visto che, com'è risaputo, il legislatore non ha mai adempiuto alla necessità di una legge penitenziaria calibrata sulla figura del condannato minorenne. Ciò sebbene la **giurisprudenza costituzionale**, che sarebbe lungo in questa sede ricostruire nei dettagli, abbia da molti anni chiarito che la **funzione rieducativa**, nel caso dei minorenni, diventa profilo assorbente e dominante, e deve prevalere su esigenze di prevenzione speciale. Con la conseguenza che non si legittimano **presunzioni sfavorevoli** al minore, a carattere assoluto, sul piano della necessità di un trattamento carcerario.

Proprio di questo sembra si tratti nel caso di specie, posto che la disposizione venga interpretata nel senso che **non vi sono margini di sospensione della esecuzione**, e che almeno un anno di osservazione intramuraria è necessario prima che divenga ammissibile una domanda di affidamento in prova o di altro dei benefici penitenziari preclusi (va detto comunque che parte della giurisprudenza tende a temperare il rigore della previsione, considerando utile l'osservazione in corso di custodia cautelare o addirittura quella extramuraria).

Nel caso di specie il rimettente aveva censurato le norme indicate alla luce dell'**art. 27, terzo comma** e dell'**art. 31** della Costituzione. La Corte, tuttavia, non ha potuto entrare nel merito, posta l'insufficienza della motivazione che il rimettente ha sviluppato in punto di rilevanza, secondo un ragionamento di tipo processuale che non mette conto di ricostruire nella presente sede.



Ultima, ma non certo per importanza, viene la giurisprudenza recente della Corte sulla **sospensione delle regole trattamentali**, e cioè sul regime imposto **dall'art. 41-*bis*** della legge n. 354 del 1975.

La decisione più rilevante, al proposito, è costituita dalla **sentenza n. 190 del 2010**, relativa alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti che possono essere pregiudicati dal provvedimento ministeriale di applicazione del regime speciale.

Il problema nasce dalle modifiche recate all'art. 41-*bis* dall'art. 2, comma 25, lettere *f*), *g*) ed *h*) della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

Prima della riforma, il comma 2-*sexies* della disposizione novellata prevedeva la possibilità di presentare **reclamo**, contro il decreto ministeriale di sospensione delle regole trattamentali, sia riguardo alla «**sussistenza dei presupposti** per l'adozione del provvedimento», sia riguardo alla «**congruità** del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Con il recente intervento legislativo, la seconda delle espressioni citate è stata espunta dal testo della norma censurata.

La novella va posta in relazione ad un'altra modifica attuata con la legge n. 94 del 2009, che concerne l'alinea del comma 2-*quater* dello stesso art. 41-*bis*. In precedenza tale disposizione, elencando una serie di restrizioni per la vita intramuraria degli interessati, stabiliva che le stesse «potessero» essere disposte con il provvedimento applicativo del regime speciale di detenzione. Dopo la riforma, è stabilito che il provvedimento ministeriale «preveda» le restrizioni medesime.

Nel caso di specie, infine, ha assunto rilevanza anche l'intervento sulla lettera *f*) del comma 2-*quater*, che ha ridotto da quattro a due ore la durata massima della permanenza all'aperto: una restrizione che costituisce, a sua volta, l'oggetto delle prescrizioni che devono essere impartite con il decreto di sospensione delle regole trattamentali.

Il senso complessivo della manovra è chiaro. È stato **ridotto** enormemente lo **spazio di discrezionalità per lo stesso Ministro**, che deve applicare le restrizioni indicate dalla norma, e può diversificarle solo in minima parte (ad esempio, riguardo all'escursione tra le due e la quattro ore per la cd. «aria»). Si è pensato, evidentemente, che la caduta di discrezionalità abbia privato di senso quel sindacato di congruità sulle singole prescrizioni che la Corte costituzionale aveva imposto (*infra*), e che il legislatore aveva formalmente regolato con la penultima riforma dell'art. 41-*bis*, attuata mediante la legge 23 dicembre 2002, n. 279.

Secondo il rimettente, l'**abolizione del sindacato di congruità** avrebbe lasciato privi di tutela giurisdizionale i diritti dei detenuti, tra i quali

proprio quello ad una congrua **permanenza all'aperto**. Il rimettente ritiene che due ore al giorno d'aria rappresentino una violazione del divieto di trattamenti disumani, ed ha censurato autonomamente la disposizione. In ogni caso, nella specie, il Ministero aveva disposto per una sola ora al giorno, e la «congruità» di questa scelta sarebbe appunto insindacabile.

La Corte ha risposto con indicazioni che assumono valenza generale, confermando che **non è concepibile l'assenza di una sede di tutela giudiziale dei diritti dei detenuti**, e che qualunque asserita lesione di tali diritti, quando manchi uno specifico procedimento, può essere fatta valere innanzi al Tribunale di sorveglianza secondo lo schema dell'**art. 14-*ter*** dell'ordinamento penitenziario.

La riforma del 2009, per le ragioni già accennate, ha eliminato dalla procedura «speciale» dell'art. 41-*bis* il ricorso «di congruità», ma non ha certo potuto incidere, in senso riduttivo, sulla rete di garanzia progressivamente disegnata dalla giurisprudenza.

La **Consulta** aveva già statuito: «*una volta affermato che nei confronti dell'amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-bis deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare,* ***ai sensi dell'art. 14-ter dell'ordinamento penitenziario***» (sentenza n. 410 del 1993, in conformità alla sentenza n. 349 dello stesso anno).

In seguito s'era chiarito, affermando la piena sindacabilità del provvedimento ex art. 41-*bis* pur nell'assenza (in allora) di una procedura specifica di reclamo: «*eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno perciò essere a questi fini disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell'amministrazione solo in quanto legittimi*» (sentenza n. 351 del 1996).

Insomma, si era affermata l'esistenza e l'utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-*ter* ord. pen. quale luogo di sindacato per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti (come del resto la Corte, in armonia con la giurisprudenza di legittimità, aveva proprio da ultimo ricordato e confermato con la **sentenza n. 266 del 2009**).

Tale rimedio perdura, non come strumento di sindacato della congruità, ma quale sede in cui possa essere fatta valere anche **la lesione di diritti** che discenda dal provvedimento applicativo del regime speciale. È il luogo nel quale, per tornare al caso di specie, il detenuto reclamante

potrà far valere l'asserita illegittimità della riduzione ad un'ora della sua permanenza all'aria aperta.

Questione dunque inammissibile, per l'**incompleta ricostruzione del quadro normativo** da parte del rimettente.

Quanto poi alla **durata della permanenza all'aperto**, la Corte ha parimenti deciso nel senso dell'inammissibilità, questa volta per ragioni procedurali (ambivalenza del *petitum*). Non ha mancato di chiarire, comunque, che non potrebbe imporre una propria discrezionale determinazione del numero delle ore compatibili con il precetto costituzionale, se non quando si prospettasse una radicale violazione di diritti insopprimibili, come quello alla salute.

Importantissimo anche il tema cui si riferisce la **ordinanza n. 220 del 2010**, sebbene la questione sia stata risolta per una inammissibilità su base processuale.

Anche qui ci riferiamo alla recente riforma dell'**art. 41-*bis***, ed in particolare alla disciplina dei colloqui tra i soggetti interessati. Il testo vigente dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *b*), dell'Ordinamento penitenziario prevede che i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione possano avere **colloqui con i propri difensori** solo per un massimo di tre volte alla settimana, di persona o a mezzo del telefono, per la stessa durata stabilita quanto ai colloqui con i familiari.

Una tale compressione, secondo il magistrato di sorveglianza rimettente, violerebbe il diritto di difesa e sarebbe comunque irrazionale. Se *ratio* delle restrizioni è l'isolamento del criminale pericoloso dal suo contesto di riferimento, la mera limitazione del colloquio con i suoi difensori vanifica comunque l'ambizione del legislatore, visto che l'eventuale illecito scambio di messaggi può essere attuato in tempi ristretti, ed anche considerato che i colloqui in questione (a differenza di quelli con i familiari) non possono essere registrati. Insomma, un sacrificio inutile.

Questa volta, come accennavo, la Corte non è entrata nel merito neppure indirettamente, dato il vistoso «errore» di grammatica del procedimento incidentale in cui sono incorsi la parte privata ed il giudice. La prima, infatti, ha presentato un ricorso (*ex* art. 14-*ter*) non già per ottenere un provvedimento più favorevole sul numero o la durata dei propri colloqui difensivi, ma direttamente affinché il giudice sollevasse la questione di legittimità costituzionale, cosa poi puntualmente avvenuta. È pacifico che la coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di incostituzionalità, per costante giurisprudenza della Corte, è causa di inammissibilità della questione (da ultimo, sentenza n. 38 del 2009). Non si può promuovere un giudizio «in via principale», cioè adire il giudice perché proponga un incidente di costituzionalità. Occorre che esista una «lite» (dunque non una *lis ficta*), per la cui soluzione debba essere applicata una norma di cui si sospetta la illegittimità. In questo si esprime la regola di rilevanza.

Diverso sarebbe stato l'esito della questione, probabilmente, se la parte avesse impugnato un provvedimento negativo circa la sua richiesta di colloqui in termini o tempi diversi da quelli prescritti.

DIRITTO PROCESSUALE

È il caso di segnalare, per chi iniziasse la lettura di questi appunti dalla pagina presente, che molti temi del diritto processuale penale sono stati toccati dall'esposizione introduttiva. Semplicemente, le relative decisioni assumono un particolare interesse a livello più generale, implicando riflessioni e decisioni sul sistema delle fonti o sulle regole essenziali del giudizio di legittimità costituzionale.

Una specie di scoperta archeologica (un'ordinanza di rimessione deliberata nel 2000, poco dopo l'entrata in vigore della cd. legge Carotti, e pervenuta al palazzo della Consulta solo nel febbraio del 2010) ha consentito alla Corte costituzionale di fare il punto, in poche battute, sulla propria giurisprudenza riguardo a due istituti fondamentali dell'attuale sistema processuale (**ordinanza n. 347 del 2010**).

In tema di **udienza preliminare** si è ribadito come la stessa debba ormai considerarsi, nella specifica prospettiva delle **incompatibilità**, una forma di giudizio, con la conseguenza che anche ad essa si riferiscono tutte le disposizioni che configurano un pregiudizio rilevante od un effetto pregiudicante (altra questione essendo quella delle peculiari regole di valutazione della prova, diverse ovviamente da quelle che segnano il giudizio di merito).

Resta confermata, per altro verso, la **natura essenzialmente endoprocedimentale delle cause di incompatibilità**. Il provvedimento pregiudicante è sempre adottato nell'ambito dello stesso procedimento ove si pone la questione di compatibilità del giudice, cioè riguardo allo stesso fatto e nei confronti della medesima persona. In particolare, la valutazione antecedente di accuse mosse a persone diverse, per un unico avvenimento, non rende il giudice incompatibile nel procedimento a carico del presunto correo. L'unica **eccezione**, com'è noto, è stata individuata per il caso che, nel primo giudizio, abbia dovuto essere valutata incidentalmente la responsabilità dell'imputato cui si riferisce il giudizio successivo (è la fattispecie valutata dalla Consulta con la **sentenza n. 371 del 1996**: senza la volontaria partecipazione del soggetto processato per secondo, il fatto contestato al primo sarebbe stato irrilevante).

Tutto ciò non esclude che, nei singoli casi, l'imparzialità del giudice possa essere (o apparire) compromessa in forza delle decisioni assunte in precedenza. Le ragioni del giusto processo sono qui presidiate dagli istituti della **astensione** e della **ricusazione**. A differenza dell'incompatibilità, che esprime un meccanismo astratto e preventivo fondato sull'*id quod plerumque accidit*, gli istituti in questione consentono, appunto, interventi

selettivi, da attuare secondo una logica di verifica in concreto, successiva all'investitura del giudice interessato.

Conviene ancora dar conto, sebbene non si tratti più di un provvedimento recentissimo, di un ulteriore provvedimento della Corte in materia di incompatibilità. Siamo qui nel campo della **incompatibilità endoprocedimentale**, è si è trattato di stabilirne la portata in una fattispecie particolare.

Si discuteva della possibilità di partecipare ad un giudizio promosso nelle forme ordinarie, innanzi al giudice collegiale, da parte del **giudice monocratico che abbia ritenuto il fatto diverso da come contestato**, ed abbia di conseguenza rilevato, a norma dell'**art. 33-*septies*, comma 2**, del codice di rito, il **difetto di attribuzione** a favore, appunto, del giudice collegiale.

La **sentenza n. 177 del 2010** è partita dal presupposto che tale incompatibilità attualmente non sussista, ed è giunta per altro alla conclusione, non indiscutibile, che la relativa disciplina sia compatibile con la Costituzione.

Nel giudizio principale alcune persone erano state arrestate per furto aggravato e, come prevede la legge, presentate al giudice monocratico per la convalida dell'arresto, l'adozione di una eventuale misura cautelare e la immediata celebrazione del giudizio direttissimo (art. 558 c.p.p.). Il giudice aveva stabilito di convalidare l'arresto e applicare una misura cautelare, ma nel contempo, leggendo gli atti delle indagini preliminari, aveva rilevato che, subito dopo la sottrazione della cosa, vi era stata una colluttazione con un carabiniere, deducendone la necessità di qualificare il fatto come rapina impropria: reato da giudicarsi, anche per direttissima, dal tribunale collegiale. Con una commistione forse impropria tra funzione cautelare e ruolo dibattimentale (per inciso, non si capisce per quale reato fosse stata disposta la custodia), il giudice aveva rilevato il proprio «**difetto di attribuzione**» ed immediatamente **restituito gli atti** al pubblico ministero.

Quest'ultimo, trovandosi ancora nei termini con un arresto convalidato, aveva promosso nuovamente l'azione penale con **rito direttissimo**, ma questa volta per rapina, investendo il **giudice collegiale**. Sennonché, il collegio è risultato composto anche dall'originario giudice monocratico (non astenutosi, ed anzi redattore dell'ordinanza di rimessione).

Il problema sembra chiaro: se vi sia un pre-giudizio sulla fisionomia del fatto, e sulla conseguente valutazione, che dovrebbe impedire al relativo giudice di partecipare al «nuovo» giudizio. In effetti – e semplificando – il testo dell'art. 34 c.p.p., nella complessione derivante dai ripetuti interventi della Corte costituzionale, implica che non debba partecipare al giudizio il responsabile di una fase precedente, e comunque il responsabile di un provvedimento cautelare, a meno che lo stesso non sia stato assunto, appunto, nella **stessa fase di giudizio**. La situazione *de qua* non è per

altro compresa in alcuna delle «addizioni» operate dalla Corte né ovviamente in alcuna delle fattispecie di matrice legislativa.

Ora, è già stata stabilita da tempo l'**efficacia pregiudicante del provvedimento di rideterminazione del fatto** ex art. 521 c.p.p. (da ultimo, sentenza n. 400 del 2008). D'altra parte – si è appena ricordato – l'efficacia pregiudicante di un provvedimento *de libertate* è irrilevante solo quando lo stesso sia stato assunto nella **medesima fase** di giudizio.

La sentenza in esame ha stabilito, da un lato, che nei passaggi sopra descritti non vi sarebbe stato un mutamento di fase. Per altro verso, senza ritenere necessaria una disamina stringente delle interferenze tra i due piani, ha stabilito che, per la sua «precocità», la decisione ex art. 33-*septies* non sia assimilabile a quella disciplinata dall'art. 521 c.p.p.: non abbia cioè quella **intrinseca pertinenza al merito** che giustifica l'attivazione del meccanismo di incompatibilità.

Per quanto attiene alla **configurazione «monofasica»** del procedimento, un segnale forte di allarme potrebbe venire dal fatto che, nella sequenza indicata, interviene addirittura un **cambiamento del giudice** (si noti che, a questo punto, potrebbe essere prospettata una nullità della sentenza nel caso che il primo giudice non componga il successivo collegio, per «mutamento della persona fisica del giudice»). Muta la fisionomia e la qualificazione del reato contestato. Devono intervenire, addirittura, **due distinti atti di esercizio dell'azione** penale.

L'apparenza della continuità era data nella specie dal fatto che il pubblico ministero ha ritenuto di agire nuovamente mediante il rito direttissimo, ma sembrerebbe trattarsi di un mero accidente. Risolto il problema della convalida, egli avrebbe ben potuto procedere con le forme ordinarie, promuovendo l'udienza preliminare, e non vi sarebbero stati dubbi, in quel caso, circa la necessaria incompatibilità del giudice del direttissimo regredito, nel caso di nuovo giudizio dibattimentale.

Quanto poi al **carattere «preliminare» ed anzi «formale, non di contenuto» della valutazione già espressa** dal giudice nella sua funzione monocratica – carattere che dovrebbe neutralizzare la giurisprudenza già intervenuta sulla riqualificazione in esito al dibattimento – potrebbero forse formularsi due obiezioni. La prima è che il problema rimane lo stesso: difendere le *chances* dell'imputato in ordine ad una eventuale nuova definizione del fatto, nel giudizio di merito, in termini di maggior favore (nella specie, da rapina a furto). La seconda è che molte incompatibilità colpiscono nell'udienza preliminare, o nella fase di apertura del dibattimento, e sulla base di provvedimenti che non attengono al complesso della *regiudicanda* (esempio: rigetto della richiesta di patteggiamento, che non implica un giudizio di colpevolezza, specie quando si fonda solo sulla ritenuta erroneità nella ricostruzione o nella riqualificazione del fatto).

Può essere ricordata una decisione, la sentenza n. 453 del 1994, che aveva introdotto una fattispecie di incompatibilità per il caso del giudice il quale, dissentendo dalla ricostruzione del fatto in base agli atti

dell'indagine preliminare, abbia rigettato la richiesta di oblazione. La Corte non ha trascurato il precedente, facendo notare che nel caso in questione il giudice compie «una valutazione complessiva delle indagini preliminari».

È possibile che la Corte abbia inteso distinguere, tra le valutazioni «preliminari», tra quelle che attengono ad istituti di carattere processuale e decisioni sui profili sostanziali del caso. In ogni caso, e come anticipato, la sua decisione è stata nel senso della infondatezza della questione sollevata. Dunque, **nessuna incompatibilità** del giudice monocratico che provveda ex art. 33-*septies* c.p.p., **finanche se abbia assunto un provvedimento cautelare.**

Passiamo ad una questione che attiene al fenomeno della **responsabilità da reato** degli enti, ed in particolare al problema della relativa **rappresentanza**.

Una delle norme fondamentali, a questo proposito, è data dall'art. 39 del d.lgs. n. 231 del 2001. In una costruzione fondata sul concetto di **immedesimazione organica** tra l'ente ed il suo rappresentante, è stabilito che normalmente l'ente stesso si **costituisca nel giudizio**, appunto, mediante il **rappresentante legale**. Tuttavia lo stesso concetto della immedesimazione organica presiede anche ai criteri per l'**imputazione del fatto illecito**. Infatti, all'art. 5 del citato decreto, è stabilito che l'ente risponda del fatto di reato se è lo stesso stato commesso dal suo rappresentante e/o dirigente, o da persona sottoposta alla vigilanza di costoro, sempreché il fatto sia stato realizzato a vantaggio o nell'interesse dell'ente. Se invece le persone in discorso hanno agito nel proprio esclusivo interesse, od in quello di terzi, l'ente va esente da responsabilità.

Come si vede, è facile che si crei un **conflitto di interessi**, perché l'ente può non avere convenienza a negare il fatto, e il dirigente può avere convenienza ad affermare d'averlo commesso nell'interesse dell'ente (il che potrebbe in vari casi privare di rilevanza penale la condotta).

Per questa ragione il citato art. 39 ha posto una **presunzione assoluta di incompatibilità**: quando il legale rappresentante è imputato del fatto ascritto all'ente, l'ente non può stare in giudizio per mezzo del medesimo, ma deve designare un **procuratore *ad hoc***, ferma restando naturalmente la possibilità di sostituire il legale rappresentante.

Nonostante la scelta indicata, il legislatore ha costruito la disciplina sulle **notifiche** dovute all'ente in base ad una piena ed indifferenziata applicazione del **criterio di immedesimazione**. Tale disciplina si articola in alcuni rinvii e, in particolare, nel rinvio alla disciplina processual-civilistica operato, per quanto riguarda la prima notificazione all'ente, attraverso il richiamo stabilito dal primo comma dell'art. 43 all'art. 154,

comma 3, cod. proc. pen.. Tale norma stabilisce infatti che, nel caso di notifiche penali dovute a persone giuridiche, si applichino le forme stabilite per il processo civile.

Il rinvio concerne essenzialmente l'**art. 145 cod. proc. civ**. Dunque la prima notificazione dovrà essere eseguita nella sede della persona giuridica, o nella sede dove l'ente privo di personalità giuridica svolge attività in modo continuativo, mediante consegna al **legale rappresentante** o alla persona incarica di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa dell'ente privo. Seguono le disposizioni da applicare se non fosse possibile effettuare la notificazione seguendo le regole appena evocate.

Del resto, una conferma che le notifiche vadano rimesse nelle mani del rappresentante legale viene proprio dalla norma censurata nel caso di specie, cioè il comma 2 dell'art. 43, il quale recita: «**sono comunque valide** le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, **anche se imputato** del reato da cui dipende l'illecito amministrativo».

Il rimettente, riprendendo rilievi frequenti in dottrina, aveva posto in luce la ritenuta contraddizione tra la presunzione del conflitto e la possibilità che l'ente apprenda del procedimento a suo carico proprio attraverso il rappresentante con interessi confliggenti. Il rischio, ovviamente, è che la persona fisica ometta di «avvertire» la persona giuridica, in guisa da consentirle di prendere determinazioni ai fini del processo (e magari anche nel rapporto con il rappresentante). In effetti, nel giudizio *a quo*, diverse società (avvertite per il tramite dei rappresentanti-imputati) sono rimaste contumaci, e dunque non è dato sapere se siano state poste in grado di prendere le determinazioni del caso. Di qui le censure mosse al **comma 2 dell'art. 43 del d.lgs. n. 231 del 2001**, in rapporto tra l'altro agli artt. 3, 24 e 76 della Costituzione.

Per la verità, la scelta legislativa potrà essere opinabile, ma bisogna anche dire che non si vede bene che altro si sarebbe potuto fare. Se una persona giuridica deve «apprendere» una notizia, come può farlo, se non attraverso il suo legale rappresentante? A meno di non stabilire una regola di questo genere: se il rappresentante legale è imputato del fatto che fonda la responsabilità dell'ente, il giudice nomina un curatore speciale e dispone che ad esso sia data notifica.

Concepibile, ma il curatore speciale non sarebbe un semplice «percettore» dell'avviso, quanto piuttosto un delegato a gestire l'avvio della procedura interna di valutazione (dovrebbe scegliere con chi parlare, come procedere, ecc.). Un compito «sostanziale» che il d.lgs. n. 231 disciplina per l'intero processo, ma secondo criteri completamente diversi (a partire dalla rimessione all'ente della scelta circa l'eventuale sostituzione del rappresentante o la nomina del procuratore *ad hoc*, scelto dall'ente medesimo). Di fronte a queste aporie, non era ragionevole aspettarsi che la Corte, la quale tradizionalmente attribuisce al legislatore un'ampia

discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, formulasse un giudizio di manifesta irragionevolezza.

È appena il caso di ricordare come la Corte abbia ammesso che il sistema delle notificazioni possa reggersi su **presunzioni di conoscenza**. È vero poi che la qualità del consegnatario dell'atto, o per quanto qui più interessa della sua relazione con il destinatario, può creare dei rischi atipici di malfunzionamento del procedimento comunicativo. Ma la legge tende a risolvere il problema affidando al giudice un potere di **verifica in concreto della conoscenza acquisita** dal titolare del diritto alla notifica.

Il comma 5 dell'art. 157 c.p.p. stabilisce che l'autorità giudiziaria rinnovi la notifica effettuata a mani della persona offesa, quando l'imputato non compare e sia probabile che non abbia avuto conoscenza effettiva dell'atto. D'altra parte l'art. 420-*bis*, valevole per l'udienza preliminare come per il dibattimento, stabilisce che il giudice rinnovi a sua discrezione tutte le notifiche non effettuate a mani dell'imputato o del suo difensore, quando appare probabile che il primo non abbia avuto comunicazione effettiva.

Quest'ultima norma mi pare applicabile anche nei confronti dell'ente, dato il rinvio della legge alle norme di garanzia previste per l'imputato (art. 35 del d.lgs. n. 231). Insomma, l'ente chiamato in giudizio non è più esposto di un imputato i cui familiari siano persone offese o, più in generale, di un imputato per il quale, nel caso concreto, la presunzione legale di conoscenza è particolarmente poco attendibile.

La Corte comunque, con la **sentenza n. 249 del 2011**, si è orientata per una pronuncia di inammissibilità della questione sollevata.

In sostanza, riprendendo spunti che sopra anticipavo, si è ritenuta non irragionevole la previsione che il rappresentante-imputato, nel fedele esercizio del proprio mandato, ponga gli altri organi dell'ente a conoscenza dell'atto notificato e permetta loro di valutare l'opportunità di far costituire l'ente con un diverso rappresentante, eventualmente nominato solo per partecipare al procedimento. L'ipotesi opposta, basandosi sull'infedele condotta del legale rappresentante che si trovi in conflitto di interessi, può certamente verificarsi, ma deve ritenersi eccezionale e patologica.

La disposizione censurata **non opera sul piano della rappresentanza**, che ne costituisce un presupposto, ma su quello della **forma della notificazione**, da un lato, permettendo l'immediato ricorso alla consegna diretta al legale rappresentante, anziché presso la sede dell'ente, come previsto dall'art. 145, primo comma, cod. proc. civ., e, dall'altro, escludendo che a tali fini sussista la *ratio* della incompatibilità, su cui si fonda, invece, l'art. 39, comma 1, del d. lgs. n. 231 del 2001.

Insomma, il rimettente ha operato una **sovrapposizione di piani** che rende il suo ragionamento infondato, e che la Corte ha voluto trasformare in **erroneità del presupposto interpretativo** dal quale prende le mosse la questione di legittimità costituzionale, così deducendone la **inammissibilità**.

L'inammissibilità è stata ritenuta anche sotto un diverso profilo. In sintesi, si assume che il rimettente abbia sostanzialmente proposto di **anticipare la fase di curatela**, a cura del giudice, affinché sia utile anche alla identificazione del materiale destinatario della notifica, Ciò comporterebbe una modificazione del sistema regolato dall'art. 39 del d. lgs. n. 231 del 2001. E proprio tale norma, a questo punto, avrebbe dovuto essere **oggetto della censura**, in via preliminare rispetto a quella concernente la procedura di notificazione, che della prima costituirebbe solo una derivazione.

Ecco un nuovo «errore nella individuazione della norma impugnata», che la Corte ha sanzionato, appunto, con la dichiarazione di inammissibilità

Con l'**ordinanza n. 289 del 2011** la Corte costituzionale è stata chiamata a tornare su un problema che **ciclicamente** viene riproposto.

Un canone fondamentale del diritto di difesa consiste, notoriamente, nella **personale partecipazione al processo** dall'imputato, la quale naturalmente richiede, sul piano dell'effettività, che lo stesso imputato si trovi in grado di prendere parte «**coscientemente**» al giudizio che lo riguarda (comma 1 dell'art. 70 c.p.p.).

La legge processuale, allo scopo di garantire l'osservanza del principio, prescrive che nei casi dubbi siano svolti **accertamenti**, e che sia disposta la **sospensione del procedimento** quando risulti che **«lo stato mentale** dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento» (comma 1 dell'art. 71 c.p.p.).

Sono dettate varie regole per disciplinare la fattispecie (prove urgenti, curatela speciale per l'imputato, ecc.), ma qui rileva il meccanismo previsto per la **revoca** dell'ordinanza di sospensione. Il giudice può disporre nuovi accertamenti, ed eventualmente riattivare la procedura e definire il giudizio, ogni volta che ne ravvisi l'esigenza, cioè quando **acquisisca notizia di variazioni** dello stato dell'imputato. In ogni caso, **nuovi accertamenti peritali** vanno disposti allo scadere del sesto mese dall'ordinanza di sospensione, e poi per **ogni semestre**, fino a quando non sia possibile disporre la revoca (art. 72 c.p.p.).

La logica dello schema normativo è evidente, ma il meccanismo risulta disfunzionale quando l'incapacità dell'imputato dipenda da **patologie irreversibili** (o almeno ritenute tale secondo le nozioni mediche correnti). La verifica periodica si risolve in uno spreco di tempo e denaro. D'altra parte, non essendo in alcun modo prevista una **definizione del processo** per l'incapacità processuale dell'accusato (ben altra cosa essendo, com'è ovvio, il difetto di imputabilità al momento del fatto), situazioni del genere danno vita a **pluriennali pendenze**, destinate a chiudersi, in sostanza, solo con la morte dell'interessato.

Si è accennato che, nell'inerzia del legislatore, i giudici hanno cercato più volte di ottenere dalla Consulta interventi utili allo scopo di razionalizzare la disciplina. Nel caso di specie, per altro, la «strategia» impostata dal rimettente non è risultata particolarmente efficace. Era stato censurato, per un verso, l'**art. 72 c.p.p.**, per contrasto con gli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost., nella parte in cui si applica ai casi «in cui sia stato accertato che lo **stato mentale** dell'imputato ne impedisce in modo permanente la cosciente partecipazione al procedimento». Per altro verso era stato censurato l'art. **150 c.p.**, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che l'**estinzione del reato** consegua, oltre che alla morte del reo, «ad uno stato mentale dell'imputato in vita che ne **impedisca in modo permanente** ed irreversibile la **cosciente partecipazione** al procedimento».

Ora, la Corte ha cominciato dall'inizio, cioè dalla richiesta equiparazione tra **morte del reo** e sua **permanente incapacità**, per il evidente carattere pregiudiziale della richiesta medesima. Se detta incapacità fosse una causa di estinzione del reato, non resterebbe che accertarla e poi definire il giudizio con una sentenza corrispondente, e non avrebbe alcun senso il meccanismo di verifica periodica pure censurato dal rimettente.

Nel merito, ed a parte il rituale riferimento alla **discrezionalità legislativa** nell'individuazione delle cause estintive, la Corte ha negato l'effettiva assimilabilità delle situazioni poste a confronto. La **morte** è un dato facilmente accertabile e pacificamente irreversibile, che elimina fisicamente il soggetto del rapporto processuale. La **patologia mentale** richiede una diagnosi ed una prognosi, con un grado di opinabilità assai più elevato (considerata anche l'eventualità di atteggiamenti simulatori), soprattutto in punto di durata della malattia e di sua reversibilità.

D'altra parte, in regime di **personalità della responsabilità penale**, la morte del reo estingue il contenzioso penale, mentre la sospensione del processo ha una mera funzione protettiva riguardo ad un diritto di natura processuale.

Insomma, comparazione ingiustificata – almeno nella misura necessaria a dimostrare la necessità costituzionale di un identico trattamento delle fattispecie – e questione **manifestamente infondata**.

Inammissibile invece la questione concernente la **norma processuale**. Qui non interessa tanto l'addebito di irrilevanza per «tardività» del quesito (il rimettente aveva già compiuto la verifica richiesta dalla legge), quanto il rilievo formulato dalla Corte sula **irrazionalità della disciplina «di risulta»** che sarebbe derivata dall'accoglimento della questione.

L'eliminazione delle verifiche periodiche creerebbe il rischio di **procedimenti sospesi a tempo indeterminato**, sostanzialmente

dimenticati, e non ripresi neppure quando sopravvenga, per una ragione o per l'altra, la possibilità di pronunciare sentenza.

Una obiezione del genere potrebbe essere mossa, forse, anche riguardo ad una delle soluzioni proponibili per la questione. La soluzione, cioè, di una **dichiarazione di improcedibilità** con sentenza suscettibile di revoca nei casi di nuove e diverse emergenze circa la capacità processuale dell'imputato. Tuttavia, al di là delle soluzioni tecniche che potrebbero essere immaginate, si tratterebbe nell'assoluta prevalenza dei casi di una via d'uscita utile per un problema che presenta effettiva concretezza, e adeguatamente differenziata rispetto all'ipotesi di more del reo.

Ci spostiamo sul terreno del diritto alla difesa tecnica dando conto di un'altra decisione della Corte, che ha riguardato la preclusione di accesso al **patrocinio a spese dello Stato** per coloro che fossero stati **condannati**, in precedenza, per taluni reati, tra i quali naturalmente primeggia l'**associazione mafiosa o per il narcotraffico**.

È appena il caso di ricordare, in premessa, che quello alla difesa è qualificato come diritto inviolabile, e che lo stesso art. 24 della Costituzione, al terzo comma, impone che vengano assicurati ai **non abbienti** i mezzi necessari per agire e difendersi. In questo contesto, cioè nell'area di popolazione che si trova in condizione di non abbienza, non sono evidentemente consentite discriminazioni, che violerebbero ad un tempo il diritto di difesa ed il principio di uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge.

Naturalmente è non solo diritto, ma anche dovere dello Stato (nell'ottica della buona amministrazione e del risparmio di risorse pubbliche) accertare che chi richiede l'accesso al beneficio sia effettivamente privo di mezzi per pagare il difensore tecnico. E sembra chiaro – in generale, ma a maggior ragione nel nostro Paese – come non sia necessario, e sia anzi sconsigliabile, un riferimento esclusivo ad **autocertificazioni** od alle stesse **risultanze tributarie**.

In questo senso fu comunque risolutivo l'intervento della Consulta, con la **sentenza n. 144 del 1992**, della quale conviene citare il passaggio decisivo:

*«Pertanto - diversamente da quanto ritiene il giudice rimettente - rilevano anche **redditi che non sono stati assoggettati ad imposta** vuoi perché non rientranti nella base imponibile, vuoi perché esenti, vuoi perché di fatto non hanno subito alcuna imposizione. Quindi rilevano anche **redditi da attività illecite** - che, secondo una recente giurisprudenza (Cass. pen. 22 marzo 1991 n. 3242), non sono sottoposti a tassazione - ovvero redditi per i*

quali è stata elusa l'imposizione fiscale; tutti tali redditi sono poi accertabili con gli ordinari mezzi di prova, tra cui le presunzioni semplici previste dall'art. 2739 c.c. (quali il tenore di vita ed altri fatti di emersione della percezione di redditi)».

Il concetto è stato in seguito ribadito, specie per quanto riguarda i **redditi da illecito**, sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella ordinaria, ed è comunemente accolto in dottrina. Si fa notare, tra l'altro, come la legge – dopo lunghe discussioni sulla relativa assoggettabilità ad imposta (cui si fa cenno anche nel passaggio appena citato della sentenza n. 144) – abbia positivamente stabilito che i redditi in questione sono **soggetti all'imposizione fiscale** (comma 4 dell'art. 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537).

Non pare allora discutibile – a maggior ragione dopo la sentenza in commento – che il procedimento probatorio relativo all'**accertamento del reddito**, ai limitati fini della verifica circa il diritto di accesso al patrocinio, possa anche fondarsi su **presunzioni**.

La legge sul patrocinio per i non abbienti ne ha conosciute essenzialmente tre. La prima e più «tradizionale» concerne coloro ai quali sia contestato un **reato tributario**, che sono esclusi, *iuris et de iure*, dall'accesso al beneficio.

La *ratio* della disposizione si fonda evidentemente su una presunzione di inattendibilità delle certificazioni riguardanti il reddito, se non addirittura sulla asserita necessità di coerenza d'un sistema fiscale che non potrebbe aiutare gli imputati a difendersi contro le sue stesse pretese. A me pare che la preclusione, sancita al comma 9 dell'art. 1 della legge n. 217 del 1990, e oggi stabilita al comma 1 dell'art. 91 del t.u n. 115 del 2002, sia **fortemente dubbia** dal punto di vista della legittimità costituzionale. Così la pensa gran parte della dottrina, e così sembra pensarla la stessa Consulta, la quale, pur essendo sempre «riuscita» a non pronunciarsi nel merito per ragioni di inammissibilità delle questioni sollevate, ha ristretto la base applicativa della disposizione, escludendo che chi sia condannato per un reato tributario resti escluso dal patrocinio per futuri procedimenti a diverso oggetto (ordinanza n. 94 del 2004). Nondimeno, proprio il carattere ancora indimostrato dell'accusa di aver frodato il fisco rende particolarmente discutibile la mancata assistenza ad un soggetto che proprio da quella accusa è chiamato a difendersi.

Un secondo tipo di presunzione opera sempre a partire dal tenore dell'accusa nel procedimento per il quale è richiesta l'assistenza, e si fonda su una *ratio* di inattendibilità delle risultanze concernenti il reddito (anche se non manca certamente, in parte almeno dei legislatori, una logica di stigmatizzazione). Alludo qui alla disciplina introdotta nel 2001 per i **delitti di criminalità organizzata** (quelli più precisamente elencati nel comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p.): quando l'imputazione rientra nella previsione, il giudice non solo può, ma deve richiedere conferme positive dell'autocertificazione del richiedente, rivolgendosi tra l'altro a fonti

particolarmente qualificate. Ci avviciniamo così al caso che qui interessa, ma con differenze significative: la «tipologia d'autore» è conformata sull'accusa, e non sui precedenti, e comunque condiziona il procedimento probatorio, rendendolo più affidabile, senza escludere dal beneficio l'accusato che risulti effettivamente non abbiente.

Proprio una **logica per «tipo d'autore»**, invece, ha mosso la riforma oggi neutralizzata dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato illegittima la **presunzione di eccedenza del reddito**, nella parte in cui non ammette la prova contraria: si tratta della **sentenza n. 139 del 2010**,

Norma censurata era l'art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002, che comprende le disposizioni in materia di spese di giustizia, e regola, tra l'altro, la materia del patrocinio a spese dell'erario.

Stabilendo le «condizioni di ammissione» al beneficio, per quanto concerne i limiti di reddito (attualmente fissati, nel primo comma, sulla soglia di 10.628,16 euro, in relazione all'ultima dichiarazione), la legge, attraverso il menzionato comma 4-*bis*, statuiva:

> **4-bis.** Per i soggetti **già condannati con sentenza definitiva** per i reati di cui agli articoli 416-*bis* del codice penale, 291-*quater* del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, e 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai soli fini del presente decreto, **il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti**.

I reati elencati nella norma sono genericamente riferibili alla **criminalità organizzata**, ma non in tutti i casi. Dell'art. 416-bis c.p. e dell'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 è inutile dire: si tratta, rispettivamente, della **associazione di tipo mafioso** e della **associazione finalizzata al narcotraffico**. L'art. 291-*quater* del d.P.R. 43 del 1973 riguarda l'ipotesi della **associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi** lavorati esteri. La norma poi, pur senza menzionarla, aggiunge all'elenco preclusivo la fattispecie **aggravante del «metodo mafioso»**, delineata all'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991, il cui primo comma stabilisce, appunto, un aggravamento di pena per qualunque reato commesso avvalendosi delle condizioni di intimidazione descritte nell'art. 416-*bis* od al fine di agevolare le organizzazione mafiose. Meno ineluttabile, anzi del tutto eventuale, il collegamento con la criminalità organizzata dell'ulteriore fattispecie di **detenzione illecita di stupefacenti**, che anche nella forma aggravata (art. 80) può comprendere fatti «bagatellari» o quasi (*infra*).

La disposizione censurata è stata innestata nel corpo dell'art. 76 dalla legge n. 125 del 2009, di conversione del decreto-legge n. 92 del 2008, con

il quale, nell'attuale legislatura, è stato introdotto il primo «pacchetto sicurezza».

Ora, l'interrogativo posto da una norma del genere è molto semplice: che facciamo per il **condannato** in ordine ad uno dei reati in questione nel caso che sia **effettivamente privo di mezzi**? È davvero possibile escluderlo dall'accesso al beneficio in base ad uno stigma, secondo una logica emersa in qualche caso chiaramente lungo il corso dei lavori parlamentari? E d'altra parte, se la *ratio* della disposizione consta d'una presunzione di abbienza fondata sulla qualità dei reati commessi nel passato, detta **presunzione** risulta **attendibile** in ogni caso, al punto da non ammettere la prova contraria?.

La Corte ha stabilito in molteplici occasioni che le presunzioni assolute operate al fine di limitare un diritto essenziale della persona violano il principio di uguaglianza, quando sono arbitrarie o irrazionali, cioè non rispondono all'*id quod plerumque accidit*.

In realtà **non è affidabile**, quanto alla norma oggi in esame, neppure la presunzione che l'appartenenza ad associazioni criminali comporti il conseguimento di un reddito apprezzabile e continuativo. È risaputo che la manovalanza riceve in larghe zone del territorio somme corrispondenti ad uno stipendio di sopravvivenza. Non a caso la giurisprudenza ordinaria – da sempre ispirata da un criterio di effettività e di concretezza della verifica – aveva escluso che potessero trarsi sicure deduzioni, in punto di eccedenza del reddito, dalla pertinenza dell'imputazione a reati di mafia , o, *mutatis mutandis*, dalla pregressa condanna per reati tributari. Dipende dunque dal tipo di associazione e dal ruolo dell'associato. Una distinzione che la norma censurata aveva il preciso scopo di precludere. Lo stesso legislatore ha colto il problema, escludendo dal trattamento discriminatorio i meri partecipi delle associazioni per il narcotraffico. Ma non è detto affatto che queste associazioni producano redditi inferiori a quelle di tipo mafioso od a quelle di contrabbandieri, anzi …

Fuori dalla dimensione prettamente associativa, la presunzione colpiva **qualunque reato aggravato *ex* art. 7** del decreto-legge n. 152 del 1991. Dunque qualunque reato, perfino una contravvenzione, sol che fosse compiuta avvalendosi delle condizioni di intimidazione connesse al fenomeno mafioso o al fine di agevolare l'associazione criminale. Qualunque reato, perfino un favoreggiamento od una falsa testimonianza dettata dalla paura di ritorsioni, e plausibilmente non retribuita in alcun modo. Che reati di questo genere debbano necessariamente produrre un «reddito» superiore agli 11.000 euro era implicazione davvero azzardata.

Ma v'era ancora di più. La norma censurata colpiva la **detenzione illegale di stupefacenti** (compresa quella delle cd. «droghe leggere) anche al di fuori da qualunque contesto di criminalità organizzata. È vero che doveva ricorrere l'aggravante di cui all'art. 80 del d.P.R. n. 309 del 1990. Ma tale previsione contiene addirittura fattispecie ove per definizione è **escluso il conseguimento di un reddito** (cessione operata in cambio di

prestazioni sessuali), o fattispecie che non sono neppure indirettamente sintomatiche di una particolare rilevanza o redditività dell'illecito (cessione in prossimità di un ospedale, di una caserma o di una scuola).

Per essere chiari, la presunzione operava anche a carico di un giovane che avesse ceduto gratuitamente uno «spinello» ad un compagno di studi sulla strada per tornare a casa dopo le lezioni …

L'**irragionevolezza del meccanismo presuntivo**, che sembra già abbondantemente emersa, appare in tutta la sua portata considerando che l'effetto della condanna si **protraeva per tutta la vita** dell'interessato. I fatti sopra descritti, dunque, dovrebbero secondo l'*id quod plerumque accidit* non solo documentare un reddito di un certo livello (non elevato, e però difficilmente conseguibile con un solo reato …), ma documentare anche che quel reddito era **disponibile nell'anno antecedente all'istanza per il patrocinio**, anche quando siano magari trascorsi lustri e lustri dal reato preclusivo.

Ciò che non poteva accettarsi era la irrilevanza finanche della **prova contraria** alla presunzione. Per inciso (ed un inciso in tal senso si legge anche nella sentenza in esame) la logica del nuovo legislatore esprime assoluta sfiducia nella **funzione rieducativa della pena**, o comunque nella possibilità di emenda del reo, che non è affatto un'eventualità solo teorica, neppure quando si tratta di reati gravi. Perfino un reo formalmente riabilitato restava escluso da ogni possibilità di accesso al patrocinio.

La presunzione di attualità del reddito illecito, d'altra parte, non trovava conforto neppure nella qualità della imputazione attuale, perché la preclusione operava per l'assistenza difensiva necessaria in processi aventi ad oggetto qualunque tipo di reato, anche del tutto eterogeneo rispetto alle attività della criminalità organizzata, e finanche nei giudizi civili ed amministrativi.

Resta poco da aggiungere. La Corte non ha affatto disconosciuto la possibilità per il legislatore di introdurre **presunzioni** che si fondino sulla ritenuta lucrosità di determinate tipologie di reato. Tuttavia tali presunzioni devono ammettere la **prova contraria**.

Questo non rende affatto inutile la disposizione «residua», perché quella sorta di presunzione favorevole che accompagna normalmente l'autocertificazione del richiedente è, nel caso di pregiudicati per i reati previsti dalla norma, addirittura ribaltata, e sarà necessario acquisire elementi positivi di conferma della indisponibilità di un reddito adeguato. Elementi che dovranno essere tanto più stringenti, com'è ovvio, quanto più ragionevole risulti, nel caso concreto, la presunzione dell'esistenza di redditi illeciti (in base alla qualità di ruolo associativo, al tempo trascorso dalla condanna, al tipo di reato, ecc.)

La Corte ha avuto cura di aggiungere un espresso riferimento al dovere del giudice di verificare le allegazioni difensive, «avvalendosi di ogni necessario strumento di indagine»

Ecco una opportuna citazione testuale:

> *Certamente non potrà essere ritenuta sufficiente una semplice auto-certificazione dell'interessato, peraltro richiesta a tutti coloro che formulano istanza di accesso al beneficio, poiché essa non potrà essere considerata «prova contraria», idonea a superare la presunzione stabilita dalla legge. Sarà necessario, viceversa, che vengano indicati e documentati concreti elementi di fatto, dai quali possa desumersi in modo chiaro e univoco l'effettiva situazione economico-patrimoniale dell'imputato.*
>
> *Rispetto a tali elementi di prova, il giudice avrà l'obbligo di condurre una valutazione rigorosa e allo scopo potrà certamente avvalersi degli strumenti di verifica che la legge mette a sua disposizione, anche di quelli, particolarmente penetranti, indicati all'art. 96, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002. La ratio della relativa previsione – che concerne le richieste di accesso al patrocino a spese dello Stato da parte degli imputati per uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale – è certamente valida anche per le fattispecie oggetto del presente giudizio.*

Si è visto poco sopra come la Corte abbia ammesso la legittimità delle **presunzioni assolute**, in materie che incidano su diritti fondamentali della persona, solo a condizione che le stesse di fondino su elevate frequenze statistiche, cioè corrispondano all'*id quod plerumque accidit*. Poiché non v'è forse diritto più fondamentale della libertà personale, il legislatore dovrebbe guardare con estrema cautela alle presunzioni in questa materia. Ma così non è stato, nell'inseguimento, probabilmente vano, dell'obiettivo di un contenimento generalizzato di alcune gravi forme di devianza.

In epoca moderna, e per limitarsi in questa sede ai casi di **restrizione cautelare della libertà**, il ricorso alle presunzioni si è articolato soprattutto in due direzioni. La prima concerne la **pericolosità dell'indagato**, che a vario titolo (e con maggiore o minor forza della presunzione) può essere collegata, sul piano astratto, al titolo del reato in contestazione, oppure ai precedenti dell'interessato. In una prospettiva diversa ma connessa, la presunzione può essere costruita riguardo all'**inadeguatezza di determinate misure** contenitive dell'indagato pericoloso.

Il codice vigente era partito senza presunzioni su entrambi i piani indicati, dovendosi dimostrare volta per volta sia la pericolosità dell'accusato che la inadeguatezza di misure non detentive o comunque non carcerarie. Poi il duro scontro con il principio di realtà (e con i noti accadimenti del 1991). Inutile qui ricostruire in dettaglio l'evoluzione della

materia. Conviene piuttosto focalizzare l'assetto normativo consolidatosi all'inizio del 2009, con il decreto-legge n. 11 del 2009 e con la relativa legge di conversione (n. 38 del 2009).

Esisteva una serie di gravi reati (quelli dei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p.) per i quali il legislatore aveva operato anzitutto una **presunzione relativa di pericolosità** dell'accusato. Questi infatti doveva essere assoggettato a trattamento cautelare a meno che non fossero acquisiti elementi tali da dimostrare l'assenza di esigenze cautelari. Un tipico ribaltamento dell'onere della prova (a questo servono le presunzioni relative): l'indagato sarà considerato pericoloso salvo prova contraria.

La stessa norma (il comma 3 dell'art. 275 c.p.p.) stabiliva poi una **presunzione assoluta di inadeguatezza delle misure alternative** alla custodia in carcere: una volta ravvisata la pericolosità (*rectius*: una volta constata l'assenza di prove favorevoli all'indagato in punto di pericolosità), si doveva applicare la massima misura restrittiva, quand'anche vi fossero elementi per ritenere l'efficacia di cautele meno afflittive per il bene della libertà.

La **riforma del 2009**, cui sopra si è fatto cenno, aveva esteso il regime appena indicato all'omicidio e ad alcuni gravi reati sessuali (artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p.), salvo che gli stessi fossero attenuati dalle circostanze specifiche previste dalle stesse fattispecie incriminatrici.

Orbene, con la **sentenza n. 265 del 2010**, la Consulta ha considerato, e parzialmente accolto, le censure mosse alla disciplina della cautela per i **reati sessuali**, con particolare riguardo alla seconda delle presunzioni indicate, e cioè alla **presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere**.

La sentenza è anzitutto uno strumento di precisazione e di aggiornamento circa i **limiti costituzionali** del ricorso alla **carcerazione preventiva**, in un ordinamento segnato dalla presunzione di non colpevolezza. In nessun modo la cautela può perseguire le finalità tipiche della pena, e d'altra parte le necessità cautelari debbono essere assicurate secondo il principio del «**minore sacrificio necessario**». Dunque il criterio originario del codice (obbligo per il giudice di applicare la meno severa tra le misure utili allo scopo) costituiva diretta applicazione dei principi costituzionali, così come della giurisprudenza della **Corte di Strasburgo** (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio).

Ancor oggi la Corte, proprio con la sentenza in commento, si spinge ad osservare: «*Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di* ***non prevedere automatismi né presunzioni****. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena "individualizzazione" della coercizione cautelare*».

Insomma, come si ricorda nella sentenza, le riforme del 1991 avevano introdotto un *vulnus* molto serio per i principi fondamentali della materia, di compatibilità costituzionale assai dubbia. Tanto questo è vero che, nel 1995, il novero dei reati soggetti al regime eccezionale era stato ristretto, di fatto incentrandosi sui fatti di **criminalità mafiosa** (salvo poi allargarsi nuovamente in epoca ancora successiva). La Corte ricorda come la normativa emergenziale fosse sopravvissuta (con fatica …) al suo vaglio di legittimità proprio nella versione successiva al 1995 (**ord. n. 450 del 1995**).

In quella occasione erano stati posti due argini precisi: a) sul piano della **pericolosità individuale** non sono concepibili meccanismi presuntivi a carattere assoluto; b) sul piano di **adeguatezza delle misure** (il *quomodo*) le presunzioni assolute sono tollerabili, ma solo in quanto ragionevoli. In quanto riferite, cioè, a situazioni che nella generalità dei casi si palesano adeguate al trattamento introdotto con la norma presuntiva. Sul terreno in esame, a situazioni di pericolosità contenibile solo mediante la custodia in carcere. Ed infatti era risultata decisiva «la **delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso**», tenuto conto del «*coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato*» (una logica dello stesso genere aveva salvato la normativa emergenziale anche a Strasburgo: sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia).

Evidente lo **spostamento di logica** espresso dalle riforme sopravvenute, fino appunto al 2009. L'art. 275, comma 3, comprende ormai fattispecie poste a tutela di differenti beni giuridici, assai diversamente strutturate e con trattamenti sanzionatori anche notevolmente differenti (si pensi all'omicidio volontario, al sequestro di persona a scopo di estorsione, all'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione).

È ovvio che, con una dilatazione progressiva dell' oggetto della presunzione, **la relativa base empirica si sfalda**, cioè perde la capacità di assicurare una accettabile frequenza delle corrispondenze tra caratteristiche del caso concreto e previsione astratta. La Corte non poteva che citare la sentenza pronunciata poche settimane prima a proposito del **gratuito patrocinio** per le accuse di mafia: «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit*». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010).

Nella prospettiva in esame, i reati sessuali non sono paragonabili ai crimini di mafia. Sono generalmente **fatti individuali**, e comunque – ferma

restando la gravità che loro deriva dall'importanza del bene tutelato – si articolano (già a livello di fattispecie astratta) secondo una **scala molto ampia delle modalità** aggressive (dal lieve contatto fisico indesiderato al più violento degli stupri): «*ciò rende anche più debole la "base statistica" della presunzione assoluta considerata*».

Neppure i livelli molto elevati delle pene edittali avrebbero potuto giustificare la scelta legislativa, non foss'altro per la piena discrezionalità giudiziale ancora esistente, in punta di scelta della misura cautelare, per reati con trattamento sanzionatorio ancora più elevato.

Ma la Corte non si è sottratta ad una dimensione «più sostanziale» del problema, considerando la giustificazione storicamente data al decreto-legge del 2009, e più in generale invocata dalla legislazione emergenziale (si pensi anche alla disciplina dell'immigrazione): l'**allarme sociale** impone trattamenti rigorosi per determinati fenomeni.

Ora, il legislatore è libero di modulare le strategie sanzionatorie anche in base alla mutevole percezione sociale di determinati beni; è la politica, non a caso, a governare anche il sistema di repressione penale dei comportamenti ritenuti devianti. Questo **attiene però alla pena** che la società, attraverso le proprie istituzioni rappresentative, ritiene congrua per determinati comportamenti. La riduzione dell'allarme sociale non può essere perseguita con la disciplina della custodia cautelare, perché **la qualità del trattamento riguarda i colpevoli**, e non coloro che sono accusati di un dato reato: ancora una volta, **la custodia non può anticipare funzioni tipiche della pena**.

Dunque la normativa censurata contrastava con l'art. 3 della Costituzione, ma anche con l'art. 13, primo comma, quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale, e con l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuiva alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Sennonché, esercitando un *self restraint* già sperimentato a proposito del patrocinio a spese dell'erario per i reati di mafia, la Corte ha ritenuto intollerabile la presunzione solo per il suo **carattere assoluto**, di fatto riconoscendo al legislatore la possibilità di fondare sul titolo del reato modificazioni del regime di prova in punto di adeguatezza del trattamento cautelare. Si è ritenuto in altre parole ragionevole che per i reati sessuali non attenuati **si presuma la necessità della custodia** in carcere, stabilendo però che la presenza di elementi sintomatici di una pericolosità ridotta (*rectius*: contenibile mediante misure meno gravi) possa condurre il giudice ad un trattamento differenziale. Insomma, la presunzione assoluta si è trasformata in **presunzione relativa**.

Una soluzione ispirata al criterio del «minimo sacrificio necessario» della discrezionalità legislativa. Una soluzione che un legislatore attento dovrebbe attentamente valutare ed apprezzare. Non foss'altro per evitare nuovi casi di **eterogenesi dei fini**: l'irragionevole durezza del trattamento

può spingere una parte dei giudici, ed è storicamente avvenuto, a negare i presupposti del trattamento medesimo (per essere chiari, a presentare come positivamente non pericolosi soggetti per i quali, in verità, un trattamento cautelare non detentivo avrebbe di molto giovato).

Per maggior precisione riporto il complesso dispositivo della sentenza in questione:

> *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

Resta da aggiungere che con un provvedimento più recente, la **ordinanza n. 146 del 2011**, la Corte ha definito una questione sollevata con riguardo alla «carcerazione obbligatoria» per il reato di **induzione o sfruttamento della prostituzione minorile** (art. 600-*bis* c.p.), cioè per una fattispecie già compresa nella dichiarazione di illegittimità costituzionale attuata mediante la sentenza n. 265 del 2010. La Corte nondimeno, invece che seguire la prassi recentemente ri(consolidata) della dichiarazione di manifesta inammissibilità della questione per sopravvenuta carenza del suo oggetto, ha optato per un provvedimento di **restituzione degli atti al rimettente**.

La norma censurata, in effetti, non ha perso del tutto la propria efficacia, poiché ancora si fonda, su di essa, una regola presuntiva (ormai a carattere relativo) per la valutazione circa la necessità della custodia in carcere. Dovrà dunque essere il rimettente, alla luce delle caratteristiche del caso concreto, a valutare se la questione sollevata presenti perdurante rilevanza.

Veniamo al secondo passaggio della «trilogia» che negli ultimi mesi ha fortemente ridimensionato la disciplina scaturita dal pacchetto sicurezza del 2009, e cioè la **sentenza n. 164 del 2011**, la quale, in **ovvia applicazione dei principi** stabiliti con la sentenza 265 del 2010, ha stabilito la **illegittimità costituzionale** dell'art. 275 comma 3 c.p.p., nella parte in cui imponeva la **custodia in carcere** relativamente al delitto di **omicidio volontario**.

Va subito precisato come, proprio in conformità al precedente appena evocato (ed al precedente di quello, in materia di patrocinio a spese dell'Erario), il giudizio di incompatibilità costituzionale risulti motivato, in sostanza, dal **carattere non superabile della presunzione** posta dalla norma. La Corte, anche questa volta, non ha inteso negare la possibilità che, in base alla valenza sintomatica tipica di determinate condotte, il legislatore incida sulle regole di accertamento del livello di pericolosità dell'accusato. La presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere non è stata quindi eliminata, ma è stata trasformata **da assoluta a relativa**. Ecco, per la più precisa documentazione, il dispositivo della decisione in commento:

> dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 575 del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

L'andamento della motivazione è del tutto prevedibile (non è una critica), muove dal carattere vistosamente derogatorio della disciplina sulla «**custodia obbligatoria**» rispetto ai principi di adeguatezza e proporzionalità, ricorda come il novero dei reati sottoposti alla presunzione fosse stato ridotto alle fattispecie concernenti la criminalità organizzata, rammenta che in tale versione «ristretta» (e per tale carattere di «ristrettezza») la disciplina aveva superato il vaglio della Corte di Strasburgo (sentenza Pantano v. Italia, già citata) e della stessa Corte costituzionale (ordinanza n. 450 del 1995), e che solo successivamente, con l'intervento novellistico del 2009 (art. 2, comma 1, lettere *a* e *a-bis*, del decreto-legge n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 38 del 2009), il legislatore ha compiuto **«un "salto di qualità" a ritroso»**, riespandendo l'ambito di applicazione della disciplina eccezionale a numerose altre fattispecie penali, in larga misura eterogenee fra loro quanto a oggettività giuridica (fatta eccezione per i delitti "a sfondo sessuale"), struttura e trattamento sanzionatorio.

Ciò posto, resta vero che «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono* ***arbitrarie e irrazionali****, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia* ***"agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali*** *contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010)*». Resta vero, ancora, «*che la ragionevolezza della soluzione*

normativa scrutinata non può essere rinvenuta neppure nella ***gravità astratta del reato****, desunta dalla misura della pena o dall'elevato rango dell'interesse protetto: parametri, questi, significativi in sede di giudizio di colpevolezza, ma inidonei, di per sé, a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza di esigenze cautelari e del loro grado, che condiziona l'identificazione delle misure idonee a soddisfarle*». Infine, l'allarme sociale connesso a determinate categorie di condotte criminose legittima le modulazioni di politica criminale, ma non è possibile mirare, in regime di **presunzione di non colpevolezza**, a ridurre l'allarme medesimo mediante la leva della custodia cautelare.

Ora, l'**omicidio volontario** è indiscutibilmente un fatto gravissimo, ma, a livello del tipo, non presuppone necessariamente quei rapporti con una **organizzazione criminale complessa, radicata e pericolosa** che – secondo una giurisprudenza non irresistibile ma ormai «accettata» – rendono implausibile l'efficienza di misure cautelari non carcerarie. Spesso, anzi, si tratta d'un delitto d'impeto, e comunque maturato in una dimensione individuale, o in un microcosmo che ne spiega la dinamica al di fuori d'una scelta deliberata e stabile di «**professionalità criminale**». In uno dei giudizi *a quo*, ricorda la Corte, si sarebbe trattato del gesto estremo di una persona già sottoposta a drammatici maltrattamenti da parte del soggetto passivo del reato.

In definitiva, la Corte non ha fatto che rilevare «*la carenza* ***di una adeguata "base statistica"*** *della presunzione assoluta in questione, pure incidente sul valore primario della libertà personale*».

Ed eccoci all'ultimo (per ora) passaggio della trilogia, rappresentato dalla **sentenza n. 231 del 2011**, concernente l'applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere per il **delitto di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti** (art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990).

Non era del tutto scontato che, in applicazione dei **principi** fissati con la sentenze n. 265 del 2010 e n. 164 del 2011, arrivasse, come è in effetti arrivata, una nuova **dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale** del comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

Secondo alcuni, avrebbe potuto far la differenza la **natura associativa** del reato preso in considerazione, sanzionato molto gravemente e «specializzato» dalla natura fortemente lesiva dei delitti che rappresentano il fine tipico dell'organizzazione criminale. Il narcotraffico, in effetti, richiede spesso la creazione di strutture stabili e complesse. Appare ovvia, d'altra parte, la miglior «vicinanza» della fattispecie da considerare rispetto a quel **fenomeno criminale «mafioso»** che, nel 1995, la Corte aveva considerato capace di legittimare la presunzione assoluta di pericolosità.

Nondimeno, con la sentenza in commento, la Corte ha dichiarato la «**illegittimità costituzionale** dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale [...] nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 [...] è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Sulla struttura del dispositivo, che emula quella delle sentenze concernenti la violenza sessuale e l'omicidio volontario, v'è poco ormai da dire. La presunzione assoluta è di fatto trasformata in una presunzione relativa. Merita invece specifica attenzione il ragionamento seguito dalla Corte per stabilire come la presunzione fosse ingiustificata nonostante la natura associativa del reato cui si riferiva.

In primo luogo si è notato come lo stesso legislatore **non abbia compreso tutti i reati associativi** nella previsione sulla custodia obbligatoria, a dimostrazione che non può essere la natura pluripersonale della fattispecie, di per sé sola, a giustificare la presunzione.

D'altra parte le analogie con il contesto mafioso non sono apparse decisive. Le organizzazioni a connotazione mafiosa, infatti, si caratterizzano per una particolare forza del vincolo (fondato anche sull'intimidazione "interna") e per l'essenziale radicamento territoriale, che comporta una rete stabile di relazioni (e "doveri di fedeltà") dei singoli associati. Se nel caso concreto mancassero le caratteristiche indicate, ben difficilmente il fatto potrebbe realmente essere qualificato alla luce delle fattispecie «di mafia».

In altre parole, **non possono di fatto esistere «piccole organizzazioni» di mafiosi**. Nella previsione dell'art. 416-*bis* c.p., e nelle norme che alla stessa sono riconducibili dal punto di vista fenomenico, gli indicati elementi di allarme caratterizzano il tipo legale, sono fattori necessari per la qualificazione del caso concreto. Il che non avviene per **ogni altra fattispecie associativa**, compresa quella per il narcotraffico, che risulta integrata dalla **mera conclusione di un patto indeterminato di delinquenza**, sia pure alla condizione che vengano predisposte le risorse umane e materiali necessarie per il perseguimento dello scopo sociale.

Insomma, è «agevole» immaginare situazioni associative rilevanti *ex* art. 74 del T.u. stupefacenti i cui partecipi, in base a concreti elementi, risultino credibilmente «contenibili» attraverso misure restrittive alternative alla carcerazione. La Corte evoca l'ipotesi del «piccolo gruppo, talora persino ristretto ad un ambito familiare – come nel caso oggetto del giudizio a quo – operante in un'area limitata e con i più modesti e semplici mezzi».

Questo appare il cuore della decisione. La Corte aggiunge che non orienta in senso contrario l'assimilazione del reato associativo in esame e di

quello a connotazione mafiosa nell'ambito della disciplina posta dal **comma 3-bis dell'art. 51 c.p.p.** Il catalogo enunciato da tale ultima disposizione risponde ad una *ratio* del tutto diversa, essenzialmente riferibile all'organizzazione degli uffici giudiziari ed alle tecniche di indagine che possono accomunare determinati fenomeni criminosi, indipendentemente dai livelli di pericolosità espressi a livello collettivo od individuale.

Infine, la replica agli usuali argomenti che attengono alla gravità del fatto od all'allarme sociale che normalmente allo stesso si connette. La custodia cautelare non ripete la logica della sanzione: «la **gravità astratta del reato** [...] è elemento significativo in sede di giudizio di colpevolezza, particolarmente ai fini della determinazione della sanzione, ma inidoneo a fungere da elemento preclusivo della verifica del grado delle esigenze cautelari e all'individuazione della misura concretamente idonea a farvi fronte» D'altra parte «il contenimento dell'**allarme sociale** causato dal reato non può essere annoverato tra le finalità della custodia cautelare, costituendo una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme».

Si deve trattare, a questo punto, affrontando il tema della custodia cautelare e dei relativi termini di durata massima, del complesso argomento delle «**contestazioni a catena**».

Com'è noto, si discute della **diluizione nel tempo** della notifica di provvedimenti restrittivi per **fatti diversi** (la reiterazione di ordinanze per lo stesso fatto è problema differente, di semplice soluzione e qui non rilevante). Una certa persona è sospettata d'aver commesso più reati. Può darsi che questi vengano scoperti e contestati **tutti insieme**, di talché i termini di custodia (di durata eventualmente diversa per i vari illeciti) decorreranno tutti assieme. Può darsi però che vi sia una prima contestazione per il fatto A ed una contestazione solo successiva per il fatto B. Poiché la regola è che ogni ordinanza cautelare produce i suoi effetti dal momento delle notifica o dell'esecuzione, avremo **decorrenze «scaglionate» dei termini di custodia**.

L'effetto è che un soggetto può restare detenuto ben più a lungo di quanto consentissero i termini previsti per il più grave tra i reati commessi, formalmente scarcerato per la prima contestazione, ma di fatto tenuto in carcere per quella o per quelle successive, potenzialmente all'infinito. La sequenza può essere dovuta alla scoperta solo progressiva dei reati o delle prove pertinenti, od alla maggiore o minore immediatezza nella lettura degli elementi disponibili, ma può anche accadere che la **situazione degli atti consenta una contestazione contemporanea dei reati**, la quale invece

viene diluita. E può accadere che questo avvenga per colpa, come finanche per dolo, proprio allo scopo di **prolungare indebitamente** la carcerazione preventiva dell'interessato.

Il problema esiste da quando esiste una seria disciplina dei termini di custodia cautelare. La giurisprudenza ne aveva presa progressiva consapevolezza ben **prima del nuovo codice**, elaborando un **diritto pretorio** di segno garantista.

Si affermò il principio per il quale, quando l'Autorità giudiziaria **artatamente** rimandasse la contestazione di una parte dei reati già accertati nel momento in cui era stata avviata la custodia, doveva **simularsi una tempestiva contestazione** per i reati oggetto dei provvedimenti dilazionati, e quindi, in pratica, **doveva operarsi una retrodatazione della decorrenza** del termine massimo di custodia. Trattandosi di diritto «pretorio», esistevano varianti e condizioni, ma il concetto generale era questo.

Curiosamente, i compilatori del **nuovo codice** non tennero in alcun conto la questione, riproducendo la regola della decorrenza di ogni custodia dalla data di esecuzione del relativo titolo. Molti giunsero ad affermare che **il legislatore aveva inteso por fine alla «teorica» della retrodatazione**, visto che non l'aveva regolata pur consapevole del pregresso diritto vivente. Poi, ragionevolmente, era prevalsa la **tesi opposta**, che per altro restava nuovamente affidata ad un diritto pretorio. Dunque, della pregressa elaborazione, veniva conservato anche il profilo per così dire «sanzionatorio» dell'istituto: **la retrodatazione** si verificava solo nei casi di elusione almeno «colposa» delle garanzie, e dunque postulava **due presupposti minimi**: a) che i reati di contestazione tardiva fossero comunque stati commessi prima della prima ordinanza cautelare; b) che prima della ordinanza più risalente fossero già disponibili **anche tutti gli elementi di prova** utilizzati per la contestazione tardiva, e non ricorressero «cause di giustificazione» per lo scaglionamento (difficoltà di lettura, necessità di approfondimenti, ecc.).

Su questo panorama aveva fatto irruzione la **legge n. 332 del 1995**, che riformò profondamente la materia cautelare, e per quanto ci interessa introdusse – con norma di fattura generalmente considerata pessima – una prima disciplina positiva della retrodatazione. Si tratta del comma 3 dell'art. 297 c.p.p., che trascrivo per comodità di consultazione.

> *3. Se nei confronti di un imputato sono emesse più ordinanze che dispongono la medesima misura per uno stesso fatto, benché diversamente circostanziato o qualificato, ovvero per fatti diversi commessi anteriormente alla emissione della prima ordinanza in relazione ai quali sussiste connessione ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettere b) e c), limitatamente ai casi di reati commessi per eseguire gli altri, i termini decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima ordinanza e sono commisurati all'imputazione più grave. La disposizione non si applica relativamente alle ordinanze per fatti non desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio disposto per il fatto con il quale sussiste connessione ai sensi del presente comma.*

Va ricordato che la norma ha posto problemi interpretativi **enormi**, e che la letteratura in proposito è sterminata. Fu quasi immediatamente censurata, e quindi posta ad oggetto della nota **sentenza n. 89 del 1996**, dichiarativa della infondatezza della questione sollevata. Comunque, la sentenza aveva condiviso i **presupposti interpretativi** dell'ordinanza di rimessione.

In sintesi, **il legislatore** aveva detto **troppo e troppo poco**.

Troppo: la norma richiedeva solo che i fatti di seconda contestazione fossero antecedenti a quelli contestati per primi, ma non esigeva affatto che i relativi elementi di prova preesistessero alla prima ordinanza, e men che meno richiedeva un carattere «colpevole» della dilazione. Infatti il rimettente aveva segnalato che, nel procedimento *a* quo, la retrodatazione doveva essere applicata perfino a **reati non ancora scoperti** al momento dei provvedimenti restrittivi iniziali. Con linguaggio moderno potremmo dire che il legislatore adottò **una presunzione assoluta di «frode» al sistema delle garanzie**, che tuttavia non si fondava sull'*id quod plerumque accidit*, essendo «agevole» immaginare casi concreti non razionalmente regolabili in base alla regola disciplina presuntiva considerata. Per inciso, la Corte ebbe a convenire con queste valutazioni: la *ratio* profonda della sua decisione fu, anche a parere di dottrina tanto autorevole quanto critica, che il mezzo era giustificato dal fine di apprestare **una disciplina "automatica"** e non controvertibile del fenomeno delle contestazioni a catena.

Troppo poco: oggi diremmo che, per aumentare l'attendibilità della presunzione, il legislatore limitò l'effetto di retrodatazione ai soli reati in **rapporto di connessione qualificata** con quelli di prima contestazione, che, in effetti, vengono in genere scoperti contestualmente (ma non è detto); inoltre, interruppe la linea di sviluppo dell'istituto nel caso di **separazione dei procedimento** con rinvio a giudizio per quelli di prima contestazione, sempre in base ad una presunzione (che rende meno attendibile la frode quando il p.m. ha comunque ottenuto un allungamento dei tempi di carcerazione ottenendo il rinvio a giudizio per i fatti contestati per primi).

Insomma, una situazione **confusa**. Lasciando perdere in questa sede le «ingiuste» scarcerazioni, **residuavano «ingiuste carcerazioni»**. Infatti le tattiche dilatorie ben possono riguardare **reati non connessi** nella stretta misura richiesta dalla legge, che si proceda unitariamente o separatamente. E l'intento dilatorio, nel caso concreto, può ben riguardare processi separati e ormai pendenti in **fasi diverse**.

A questo sostanziale vuoto di tutela aveva posto rimedio, con disciplina inevitabilmente non troppo articolata, la **sentenza n. 408 del 2005**, dichiarando **l'illegittimità dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen.,** «*nella parte in cui non si applica anche a fatti diversi non connessi, quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza*».

Dopo aver ricordato come anche questo *step* abbia provocato infinite discussioni, posso tentare la seguente sintesi. La Corte ha creato **una doppia disciplina**. Per **i reati connessi** la retrodatazione è automatica, nel senso che non richiede pregressa conoscenza delle prove e men che meno il connotato «colpevole» del ritardo, purché il procedimento sia lo stesso o vi siano più procedimenti in fase di indagini. Per i **reati non connessi** è richiesta la **pregressa conoscenza degli elementi di prova**, che probabilmente la Corte considerò «sintomatica» (anche in astratto) di un connotato elusivo della dilazione, mentre pare perdere importanza la contestualità procedimentale.

Proprio su quest'ultimo punto si è inserita, con una ***actio finium regundorum***, la giurisprudenza delle **Sezioni unite**.

Con la **sentenza n. 14535 del 2007** (ric. Librato), le **Sezioni unite** stabilirono che nel caso di **reati non connessi**, ma rappresentati da elementi di prova già disponibili all'epoca della prima ordinanza, i termini della seconda ordinanza decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima solo se i due procedimenti sono in corso **davanti alla stessa autorità giudiziaria** e la loro separazione può essere **frutto di una scelta del pubblico ministero**.

Cioè, in caso di separazione, il **valore sintomatico della pregressa conoscenza delle prove, pure indispensabile, non basta più**. Nella specie, le S.U. avevano escluso la retrodatazione, trattandosi di procedimenti originati da distinte notizie di reato, pervenute allo stesso ufficio del pubblico ministero a distanza di tempo l'una dall'altra. E, nell'affermare tale principio - tenuto conto della sentenza n. 408 del 2005 della Corte costituzionale, dichiarativa della parziale illegittimità dell'art. 297, comma terzo, cod. proc. pen. avevano osservato che la regola della retrodatazione concerne normalmente misure adottate nello stesso procedimento e può applicarsi a misure disposte in un procedimento diverso solo nelle ipotesi sopra indicate.

Insomma, e senza entrare in eccessivo dettaglio, le Sezioni unite, **nel caso di procedimenti separati**, reintrodussero un **requisito di «colpevole» arbitrarietà** nella gestione del procedimento, se non addirittura di accertata strumentalità delle scelte di separazione ad un indebito prolungamento dei termini di custodia.

Questo lo stato dell'arte nel momento in cui si è posto il peculiare **problema** cui si connette la sentenza in commento. Il meccanismo di retrodatazione **in caso di procedimenti separati** funziona, ragionevolmente, anche quando i procedimenti sono in **fasi diverse**. Ma può applicarsi addirittura quando per i **fatti di prima contestazione** è **passata in giudicato** una **sentenza di condanna?**

Da quel momento l'interessato si trova in esecuzione pena per la prima ordinanza ed in custodia cautelare per la seconda. Può accadere addirittura che **venga scarcerato per fine pena** quanto ai fatti di contestazione più risalente. *Quid*, quando i reati di nuova contestazione avrebbero potuto essere contestati insieme ai primi (*rectius*: quando vengono utilizzati elementi di prova preesistenti?).

Vi è stato in proposito un lungo contrasto giurisprudenziale, definito dalle **Sezioni unite** con la **sentenza 20870 del 2009** (ric. Iaccarino): il meccanismo di retrodatazione introdotto con la sentenza n. 408 del 2005 **non si applica** quando è **passata in giudicato la prima sentenza**, pur se ricorrano gli ulteriori presupposti dei quali si è detto.

La decisione è complessa, ma mi pare che il **nucleo essenziale** della motivazione consista in ciò: come possiamo parlare di **prolungamento artificiale** della custodia avviata con la prima ordinanza se quella **custodia non è più in corso**, perché sostituita dall'ordine di esecuzione (che non è misura cautelare), o addirittura dalla libertà per compiuta esecuzione della pena?

Ed eccoci ai giorni nostri. Sul presupposto appena delineato, la stessa Corte di cassazione ha sollevato **questione di legittimità costituzionale**, riferita a quello che ormai poteva dirsi un **diritto vivente**, prospettando una violazione dell'art. 3, dell'art. 13, del secondo comma dell'art. 27 della Costituzione. Il nucleo della censura: **è ragionevole neutralizzare uno strumento di garanzia** in base al dato, per questo profilo casuale, del passaggio in giudicato della prima sentenza?. Se la **dilazione è stata ingiustificata**, perché dovrebbe neutralizzarsi la cessazione della relativa custodia in base ad un dato estrinseco, cioè un fatto procedurale riguardante **un altro** giudizio?

La Corte costituzionale ha risposto, con la **sentenza n. 233 del 2011**,

dichiarando la «**illegittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3**, del codice di procedura penale, nella parte in cui – con riferimento alle ordinanze che dispongono misure cautelari per fatti diversi – non prevede che la regola in tema di decorrenza dei termini in esso stabilita si applichi **anche quando**, per i fatti contestati con la prima ordinanza, l'imputato sia stato condannato con **sentenza passata in giudicato anteriormente all'adozione della seconda misura**».

Le Sezioni unite avevano rilevato come la sentenza definitiva di condanna, determinando la cessazione della prima vicenda cautelare (alla quale subentra l'espiazione della pena inflitta) ancora prima che si innesti la seconda, escluda, per ciò stesso, una **situazione di «coesistenza» tra plurime misure**, che sarebbe, invece, l'ineludibile presupposto di applicabilità della regola stabilita dall'art. 297, comma 3, c.p.p.: quest'ultimo, infatti, riferendosi all'«imputato» e alla «imputazione» più grave, come parametro per la commisurazione dei termini cautelari, sottintenderebbe l'attuale pendenza dei procedimenti interessati.

La Consulta, dal canto proprio, ha ricordato che il fine della regola di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p., come integrata dalla sua sentenza n. 408 del 2005, è quello di impedire che si dia luogo, mediante l'adozione di provvedimenti dilazionati, a **restrizioni artificiosamente** protratte della libertà personale, a prescindere da arbitrii e/o negligenze del p.m., sia quando tra i reati contestati in momenti successivi sussista connessione qualificata, sia quando, mancando quel legame, emerga una dipendenza del ritardo dall'autorità giudiziaria.

La necessità essenziale, secondo la Corte, è garantire **parità di trattamento** tra chi sia colpito da **più provvedimenti** coercitivi e chi, versando nella medesima situazione sostanziale, venga invece raggiunto da **provvedimenti cautelari coevi**. In questa prospettiva la «coesistenza» tra le misure cautelari non può costituire un presupposto necessario affinché si producano le conseguenze lesive che il meccanismo di retrodatazione tende a prevenire e, conseguentemente, è erroneo assumere che non vi sia lesione quando quella coesistenza manchi. È vero anzi il contrario, perché il ***vulnus*** ai principi costituzionali che garantiscono la libertà personale dell'imputato risulta **maggiore** quando la seconda ordinanza cautelare intervenga dopo che la prima, per una qualsiasi ragione, abbia cessato di produrre i suoi effetti. È infatti evidente, secondo la Corte, che il sacrificio della libertà è massimo quando il secondo titolo, anziché sovrapporsi al primo, per un periodo più o meno lungo, «confluendo così almeno in parte, in un unico periodo custodiale», sia adottato allorché il precedente abbia già esaurito i suoi effetti, con conseguente **cumulo integrale dei due periodi** di privazione della libertà personale.

Il ragionamento prosegue considerando che le esigenze di garanzia non mutano allorquando il fattore estintivo del primo periodo di custodia non sia dato dalla scadenza dei termini di durata massima, ma dal passaggio in giudicato della sentenza che si riferisce ai fatti contestati. In particolare non potrebbe obiettarsi che detto periodo muta «natura», trasformandosi in presofferto della pena che l'interessato deve scontare. Il fatto è – ragiona in sintesi la Corte – che **occorre aver riguardo alla custodia sofferta per la seconda contestazione** e non per la prima. Sia passata o meno in giudicato la sentenza di condanna per il reato di prima contestazione, il soggetto per il quale sia stata dilazionata la seconda contestazione si trova, ingiustificatamente, in una situazione deteriore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato in caso di applicazione simultanea della misura cautelare.

Non solo. La **valenza «concorrente»** della detenzione a titolo di espiazione della pena per un reato e di custodia cautelare per un altro è **esplicitamente sancita** dalla legge, e segnatamente dal comma 5 dell'art. 297 c.p.p.. Da tale norma si evince che, se la custodia cautelare riguarda un reato diverso da quello oggetto della condanna irrevocabile, il passaggio alla fase esecutiva – e quindi anche l'ipotizzato fenomeno di "trasformazione" in espiazione di pena della custodia già sofferta per il reato già giudicato – non preclude l'operatività dell'art. 303 c.p.p. e, quindi, la rilevanza del decorso dei termini da esso previsti per il reato ancora da giudicare.

Pertanto anche nell'ipotesi considerata sussiste l'esigenza di prevenire possibili fenomeni di aggiramento dei termini massimi di custodia. Anzi,

sussiste a maggior ragione per evitare abusi gravi: perché si potrebbe attendere, prima dell'emissione della seconda ordinanza relativa a fatti diversi, non soltanto l'esaurimento della prima vicenda cautelare, ma anche l'intera espiazione della pena inflitta per il reato cui questa si riferisce, evitando così di rendere operante la regola di computo di cui al citato art. 297, comma 5, secondo periodo, c.p.p.

Infine, un riferimento alla pretesa sufficienza del ***ne bis in idem*** a fini di prevenzione dei comportamenti volti ad eludere la garanzia di durata massima della custodia. Il divieto di emettere provvedimenti restrittivi per un fatto già considerato in una sentenza di condanna non opera, con ogni evidenza, quando i **fatti siano diversi**, in connessione qualificata o anche no, se il ritardo nella contestazione è strumentale.

Da tutto questo, in sintesi, il dispositivo di **parziale illegittimità** del quale già sopra si è detto.

Come ha dimostrato ampiamente la complessa vicenda culminata con la pronuncia della celeberrima **sentenza n. 184 del 2009** (con cui la Corte ha definitivamente sancito l'utilizzabilità degli **atti di indagine difensiva nel giudizio abbreviato**, affermando sul piano più generale che il principio del contraddittorio svolge una funzione eminente di garanzia della difesa), esiste una netta autonomia concettuale tra due problemi che segnano la materia.

Il primo, risolto mediante la sentenza citata, attiene alla possibilità che il merito della causa venga definito sulla base di **prove raccolte unilateralmente**, senza che tale deroga al contraddittorio sia sostenuta da un meccanismo consensuale che coinvolga la parte rimasta estranea alla raccolta della prova. Il secondo, che la Corte ha avuto cura di definire espressamente come **non pregiudicato** dalla propria decisione, attiene alla **sequenza tra produzione «a sorpresa» degli atti di indagine** difensiva e introduzione del **rito abbreviato incondizionato**, sul piano della parità tra le parti e del **diritto alla controprova** da garantire al pubblico ministero.

Nel giudizio definito con la **sentenza n. 117 del 2011** il rimettente aveva «escogitato» una soluzione del secondo tra i problemi indicati, consistente nella previsione di **un termine** (dilatorio, par di capire) entro il quale la difesa dell'imputato dovrebbe depositare i propri atti di indagine prima di formulare richiesta di rito abbreviato. Un termine siffatto consentirebbe, nell'ambito dell'udienza preliminare, quelle **indagini suppletive** del pubblico ministero che potrebbero assolvere, in concreto, al ruolo di **controprova.** Di qui la prospettata illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 111 della Costituzione, degli artt. 391-*octies* e 442, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale.

La questione è stata dichiarata **inammissibile per ragioni processuali**. Ma per giungere a tale soluzione la Corte ha svolto notazioni di qualche interesse, per quanto non certo innovative.

Nella **udienza preliminare**, ad onta di eventuali prassi lassiste, esistono **preclusioni** in ordine alla produzione di atti probatori, la qual cosa è valevole anche per le **indagini difensive**. In particolate la produzione è consentita «fino all'**inizio della discussione**» (art. 421, comma 3), a significare il principio della continuità delle indagini che si è inteso assicurare prima della decisione sul rinvio a giudizio. È ovvio – rimarca la Corte – che la produzione deve essere ammessa con provvedimento giudiziale, da assumere nel contraddittorio tra le parti.

Una volta iniziata la discussione (e dunque non appena assegnata la parola al pubblico ministero), «**non sono più ammesse produzioni**». Produzioni che d'altra parte non sono ammissibili neppure dopo il provvedimento introduttivo del rito abbreviato.

Ora – ragiona la Corte – **non è la produzione in sé** a vulnerare il diritto alla controprova del pubblico ministero, ma la concreta scansione degli adempimenti, e prima ancora la **frustrazione effettiva** della volontà, in qualche modo espressa dalla parte pubblica, di procedere ad attività «reattive» sul piano della prova. Dunque, occorre che vi sia richiesta di controprova. D'altra parte – questo il **passaggio più rilevante** - i «*principi del contraddittorio sull'ammissione delle prove fanno ritenere **pacifico** che, a fronte di una richiesta di produzione proposta all'udienza preliminare da una parte, la controparte possa **chiedere e ottenere un termine** adeguato per "controdedurre"*». Inoltre, la richiesta di rito abbreviato, per quanto «incondizionata», **non vale essa stessa ad introdurre il rito speciale**, ed anzi è allo scopo necessario un formale provvedimento del giudice, la cui base discrezionale può essere ristretta, ma assume certamente valore costitutivo.

Insomma, dice la Corte, la produzione delle indagini difensive deve essere ammessa, e, per quanto possa essere formulata una immediata e conseguente richiesta di accesso il rito, l'udienza preliminare prosegue, e può ben subire una dilazione per assicurare il diritto alla controprova. Se questo meccanismo non funziona, devono esserne indicate le cause, attraverso una precisa descrizione delle scansioni del caso concreto in raffronto allo schema astratto che si è delineato. Se l'ordinanza di rimessione manca di tale descrizione, la sua motivazione in punto di rilevanza è insufficiente. Di qui la già annunciata decisione di **inammissibilità** della questione.

Alla stessa conclusione ha condotto il rilievo del carattere incerto e «discrezionale» dell'intervento additivo richiesto alla Corte.

In definitiva, come già aveva fatto in passato, la Consulta «suggerisce» di **utilizzare la possibile dilazione dell'udienza preliminare** allo scopo di ritardare l'inizio della discussione e dunque di consentire in via di fatto, al pubblico ministero, l'effettuazione di indagini suppletive, i cui esiti potrebbero essere prodotti in una successiva udienza, non essendosi appunto avviata la discussione.

Soluzione empirica, che probabilmente finirà con l'imporsi nonostante l'**evidente difficoltà sistematica cui dà luogo**. In breve: o si immagina che l'imputato possa restare vincolato ad una richiesta di giudizio abbreviato sebbene la base cognitiva venga allargata ad atti introdotti successivamente alla sua manifestazione di volontà, oppure si immagina una deroga al principio di **irretrattabilità della richiesta**, che per altro sembra ormai sgretolarsi, tanto presso la giurisprudenza che per la dottrina, nel senso dell'ammissibilità di **revoca** fino a quando il giudice non abbia deliberato l'accoglimento della richiesta

Soluzioni entrambe insoddisfacenti, per vero, posta la violazione del diritto di difesa che sottende alla prima (vi sarebbe rinuncia al contraddittorio per prove non conosciute dall'imputato), e posta l'irrazionalità della seconda (la dilazione si motiva in vista di una decisione di merito che dopo viene preclusa dalla revoca).

Sembra evidente come, nell'ormai proverbiale inerzia legislativa, si annuncino nuove puntate dell'annosa vicenda.

A proposito del **decreto penale di condanna**, un provvedimento relativamente recente fronteggia il ricorrente tentativo di **snaturare l'essenza del rito**, la cui caratteristica costitutiva (e la cui valenza premiale) dipendono dalla **posticipazione del contraddittorio** rispetto alla condanna, a fronte della mera richiesta in tal senso dell'interessato.

Nel caso di specie il rimettente, ricordando come a far tempo dal 1997 fosse previsto un **invito a presentarsi** quale condizione di legittimità della richiesta di rinvio a giudizio o della citazione a giudizio, avrebbe voluto introdurre un meccanismo analogo anche per la **fase conseguente all'opposizione** contro il decreto penale di condanna. Per comprendere la logica del *petitum* va chiarito che la **ordinanza di rimessione risale al marzo del 1999**, ed è stata inviata alla Corte costituzionale solo quest'anno. È questa la ragione per cui i *tertia comprationis* sono costruiti su norme obsolete, riguardo ad un meccanismo che oggi gravita, semmai, sull'avviso di conclusione delle indagini preliminari (*infra*).

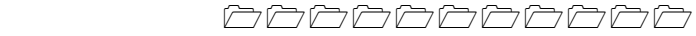
La questione era stata comunque già valutata dalla Corte, più o meno direttamente, in altre occasioni, sempre nel senso della **manifesta infondatezza** (ordinanze n. 325, n. 326 e n. 458 del 1999; ordinanza n. 432 del 1998). E anche stavolta, naturalmente, il giudizio si è concluso nella stessa maniera: **ordinanza n. 317 del 2010**.

Si trascura in effetti, ragionando come il rimettente, che la **opposizione** non comporta una regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, tanto che non potrebbe più darsi luogo ad una archiviazione, costituendo la richiesta del decreto di condanna una **forma di esercizio dell'azione penale**. Com'è noto, un vaglio giudiziale sul fondamento dell'accusa non è costituzionalmente imposto, tanto che fisiologicamente, per i reati di bassa e media gravità, il pubblico ministero accede direttamente alla fase dibattimentale. Nel caso del giudizio di opposizione, il vaglio preliminare esiste, ed è anzi tanto serrato da giustificare una «condanna».

È vero che l'opzione per il ricorso al decreto implica la **non applicazione della procedura regolata dall'art. 415-*bis* c.p.p.** (nella quale oggi si sostanzia l'interlocuzione preliminare all'esercizio dell'azione nelle forme ordinarie, con emissione soltanto eventuale dell'invito a comparire). È vero dunque che l'opposizione non rimette l'imputato nell'identica condizione in cui si trovava prima della richiesta di decreto penale.

Ma non è detto affatto che tale debba essere l'effetto dell'opposizione. Come la Corte ha ribadito con il provvedimento in esame (in rapporto alla denunciata violazione dell'art. 24 Cost.), «*nel procedimento per decreto l'esperimento dei mezzi di difesa, con la stessa ampiezza dei procedimenti ordinari, si colloca parimenti nella fase susseguente all'opposizione: rimanendo escluso, al tempo stesso, che «alla **previsione di un contraddittorio antecedente l'esercizio dell'azione penale**» possa «assegnarsi il carattere di necessario svolgimento della **garanzia costituzionale** della difesa, garanzia che si esercita nel processo e che – tanto più nel quadro del processo di tipo accusatorio – postula primariamente, come interlocutore dell'interessato, il giudice e non la parte pubblica» (ordinanza n. 326 del 1999)*».

La Corte ricorda infine – dopo aver notato che la sopravvenuta introduzione dell'**art. 415-*bis*** c.p.p. ha reso comunque ingestibile la pretesa «equiparazione» *ex* art. 3 Cost. – che anche la più … moderna questione della inapplicabilità al procedimento per decreto della procedura di **avviso di conclusione delle indagini** preliminari è già stata vagliata nel senso della **manifesta infondatezza**: «*l'innesto della disciplina* […] *nel procedimento monitorio ne snaturerebbe la struttura e le finalità, inserendovi una procedura incidentale che potrebbe determinare una notevole dilatazione temporale, e si sostanzierebbe in una garanzia che, oltre ad essere costituzionalmente non imposta, si rivelerebbe del tutto incongrua rispetto ai caratteri del rito speciale» (ordinanze n. 131 e n. 32 del 2003; in argomento, altresì, ordinanze n. 8 del 2003 e n. 203 del 2002)*».



Sempre in tema di **decreto penale**, poche parole per dare conto della dichiarazione di **manifesta infondatezza** di una questione sollevata riguardo al **giudizio di revisione**, che com'è noto può essere promosso anche in caso di condanna per decreto. In particolare, il rimettente aveva

lamentato che la legge (cioè il **combinato disposto degli artt. 601 e 636 c.p.p.**) non preveda che il **decreto di citazione** per il giudizio di revisione venga notificato anche alla **persona offesa** dal reato.

Il problema c'è, e si coglie immediatamente. Attraverso la sequenza tra **procedimento monitorio** (cui la persona offesa resta estranea) e **proscioglimento a seguito del giudizio di revisione** (cui di nuovo la persona offesa non partecipa), si determina una situazione per la quale non viene dato modo alla vittima del reato di **costituirsi parte civile**, e dunque di far valere il proprio diritto nella sede e secondo le dinamiche tipiche del procedimento penale.

Per altro, la Corte costituzionale da tempo sostiene che **non esiste un diritto** della persona offesa a partecipare al processo penale, purché naturalmente le si assicuri una sede per l'accertamento delle obbligazioni che nascono dal reato, ove non eserciti influenza la decisione assunta nel processo penale svoltosi senza la sua partecipazione. Dunque, bastava considerare come la **sentenza assolutoria** eventualmente pronunciata in esito al giudizio di revisione non faccia stato nel giudizio civile per il medesimo fatto per prevedere che la Corte avrebbe ritenuto non contrastante con la Costituzione la norma discriminatoria in danno della persona offesa.

La *ratio decidendi* emerge con chiarezza dalla massima ufficiale della **ordinanza n. 254 del 2011**, che per brevità provvedo a trascrivere:

> E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, del combinato disposto degli artt. 601 e 636 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la persona offesa tra i soggetti cui deve essere notificato il decreto di citazione per il giudizio di revisione avverso un decreto penale di condanna. In via generale, infatti, posto che l'assetto generale del nuovo processo è ispirato all'idea della separazione dei giudizi, penale e civile – essendo prevalente, nel disegno del codice, l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo penale rispetto all'interesse del soggetto danneggiato di esperire la propria azione nel processo medesimo – l'eventuale impossibilità per il danneggiato di partecipare al processo penale non incide in modo apprezzabile sul suo diritto di difesa e, ancor prima, sul suo diritto di agire in giudizio, poiché resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile. In particolare, poi, nessun pregiudizio agli interessi civili della persona offesa può derivare dall'eventuale accoglimento dell'istanza di revisione, in quanto, così come il decreto penale di condanna non ha effetto di giudicato nel giudizio civile o amministrativo (art. 460 cod. proc. pen.), allo stesso modo, ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen., l'eventuale sentenza di proscioglimento a seguito di accoglimento della richiesta di revisione non produce effetti nei giudizi civili o amministrativi eventualmente instaurati dalla persona offesa dal reato, non essendo stata quest'ultima posta nelle condizioni di costituirsi parte civile. Infine, non sussiste violazione del principio di eguaglianza per la disparità di trattamento tra diversi giudizi di merito, considerato che il procedimento di revisione ha carattere eccezionale – trattandosi di un mezzo straordinario di impugnazione – e risultando evidente l'eterogeneità delle situazioni poste a raffronto: la revisione è infatti un giudizio che, a differenza di tutti gli altri giudizi di merito, può concludersi solo con la conferma della sentenza o con il proscioglimento dell'imputato e nel quale non è possibile per la persona offesa dal reato costituirsi ex novo parte civile, come necessariamente dovrebbe avvenire nel caso del giudizio di revisione di un decreto penale di condanna.

La Corte costituzionale è stata chiamata due volte, in tempi recenti, ad occuparsi di una questione obiettivamente delicata in materia di **giudizio direttissimo**. Si tratta com'è noto di un rito speciale che prescinde dal vaglio preliminare sulla sostenibilità dell'accusa, posto che l'imputato viene presentato direttamente al giudice del dibattimento. Affinché le ragioni della speditezza non assumano un peso eccessivo, rispetto alle esigenze di completezza dell'indagine preliminare e di piena assicurazione delle opportunità difensive, il rito direttissimo è storicamente costruito su una presunzione di «semplicità» dell'opera di accertamento. Una presunzione attualmente fondata, nel modello tipico regolato dal codice, sulla pregressa confessione dell'imputato, o sull'intervenuta sorpresa di questi nella **flagranza del reato** che gli viene ascritto.

A tale ultimo proposito è stabilito, naturalmente, che la correttezza del provvedimento assunto d'urgenza sia stata accertata dal giudice, di talché assume rilievo il solo **arresto convalidato**. Tanto questo è vero che, quando il giudice dibattimentale adito per il rito direttissimo non ritiene di convalidare l'arresto, gli atti vanno restituiti al pubblico ministero perché proceda con le forme ordinarie (a meno che non vi sia, in senso contrario, l'accordo tra le parti). Analogamente, quando la convalida sia stata richiesta al giudice delle indagini preliminari, la successiva presentazione dell'imputato al giudice del dibattimento è consentita, nel termine di legge, solo per il caso di arresto convalidato.

Proprio questa possibile disgiunzione tra verifica di regolarità dell'arresto e verifica «sostanziale» circa i presupposti del giudizio direttissimo è stata oggetto delle questioni di legittimità costituzionale risolte dalla Corte. Si lamentava, in sostanza, che il **giudice dibattimentale** è costretto a celebrare il rito anche quando, nonostante l'intervenuta convalida ad opera del giudice delle indagini preliminari, **non ritenga legittimo l'arresto** effettuato in danno dell'imputato. Si chiedeva, di conseguenza, una pronuncia manipolatoria dell'art. 449, comma 4, c.p.p., tale da consentire nei casi indicati un provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero, analogo a quello che il giudice assume quando gli sia stata direttamente affidata anche la verifica sul provvedimento di arresto. Nell'attuale conformazione, infatti, la disciplina censurata violerebbe l'art. 24 Cost. (in ragione della carente sindacabilità sui presupposti di un rito che comprime le garanzie della difesa) e, per ragioni analoghe, l'art. 111 Cost.

La Consulta ha dichiarato la questione **infondata** con la **sentenza n. 229 del 2010**, e manifestamente infondata con la più recente **ordinanza n. 353 del 2010**.

Questi gli snodi essenziali del ragionamento. Per consolidata giurisprudenza costituzionale, spetta alla discrezionalità legislativa la conformazione degli istituti processuali, salvo il limite della manifesta irragionevolezza. La pienezza del sindacato giudiziale sulla legittimità

dell'arresto è assicurata nell'ambito del procedimento di convalida, che contempla la possibilità del ricorso per cassazione contro il relativo provvedimento (comma 4 dell'art. 391 c.p.p.). Da tempo, infine, la stessa giurisprudenza costituzionale ha stabilito che le forme peculiari del giudizio direttissimo non comportano una violazione del diritto di difesa, la cui concreta esplicazione deve atteggiarsi diversamente a seconda delle ragionevoli differenze che possono segnare i modelli procedimentali.

C'è da dire che la pienezza del sindacato giudiziale sui presupposti del rito è un argomento sensibile (basti pensare alle discussioni sui casi di richiesta «tardiva» nelle fattispecie di cd. direttissima atipica), e che la giurisprudenza ha spesso prospettato un rapporto di dipendenza necessaria tra le giustificazioni «sostanziali» del rito e la indiscutibile compressione delle opportunità difensive. Tuttavia le questioni sollevate scontavano un presupposto implicito del tutto asistematico, e cioè che al giudice di merito spetti un sindacato ampio ed invariabile sui provvedimenti introduttivi del giudizio (non è così, ad esempio, per l'evidenza della prova sottesa al decreto di giudizio immediato). Le stesse questioni, d'altra parte, miravano all'introduzione di un meccanismo atipico di controllo giudiziale sul fondamento di un altro provvedimento giudiziale, che avrebbe per inciso generato interferenze non controllabili con il procedimento di convalida.

Solo brevi cenni per dare notizia di un intervento della Corte, non il primo, sul tema degli **incentivi premiali** che dovrebbero essere attivati, a parere di alcuni, per incoraggiare la pratica dell'**acquisizione consensuale di atti dell'indagine** preliminare al fascicolo per il **dibattimento**.

Pratica virtuosa, perché utile a concentrare l'istruttoria dibattimentale sulle circostanze realmente controverse, e però non immune da costi nella prospettiva della difesa, soprattutto perché implica la rinunzia al contraddittorio nella fase genetica della prova.

Non a caso, spesso le tensioni nascono (come nella specie) dal **consenso prestato dal difensore**, che non necessita di procura speciale, e dunque può agire anche in assenza dell'imputato. Ferma restando questa regola, da un lato sembra ad alcuni necessario assicurare che la persona sottoposta a giudizio tragga almeno un **vantaggio sul piano sanzionatorio** da una scelta che non ha condiviso. E non v'è dubbio che, anche quando la decisione viene assunta effettivamente dall'accusato, gli incentivi premiali avrebbero una funzione di incentivo. Le tensioni in discorso si fanno tanto più sensibili quanto maggiore è l'incidenza del materiale di indagine nella composizione del materiale cognitivo utilizzato per la decisione del giudice dibattimentale. In effetti, se l'istruttoria dibattimentale si svuota, la differenza tra «**acquisizione consentita**» (senza sconto di pena) e **giudizio abbreviato** (con riduzione fissa e obbligatoria della pena) diventa davvero evanescente.

In passato era stata tentata la strada della **inibizione per il difensore non procuratore** a prestare il consenso previsto dalla norma censurata, in modo da riservare all'imputato la titolarità esclusiva della scelta. La Corte, però, aveva giudicato infondata la questione (ord. n. 182 del 2001). Nel caso odierno, come si è visto, il rimettente ha cercato soluzioni nel riconoscimento della **riduzione premiale di pena**, che varrebbe tra l'altro a «risarcire» anche l'imputato inconsapevole. Di nuovo, è intervenuta una pronuncia di **manifesta infondatezza**, con l'**ordinanza n. 290 del 2011**.

La Corte si è limitata a ricordare la propria tradizionale giurisprudenza circa **l'ampia discrezionalità** spettante al legislatore nella conformazione degli istituti processuali, ed a richiamare le numerose occasioni nelle quali, a vario fine, è stato negato il fondamento di comparazioni istituite tra **giudizio dibattimentale** e **rito abbreviato**.

Non è mancata, per altro, una prospettazione delle **obiettive differenze** che, almeno sul piano teorico, dividono il **giudizio abbreviato** dalla fattispecie in considerazione. Nell'ambito di quest'ultima, in particolare, l'imputato non perde il diritto di chiedere ed ottenere prove a suo discarico, assunte secondo il rito dibattimentale.

Sembra evidente (più che per la mancata prescrizione di una procura speciale per il difensore che intenda consentire all'acquisizione degli atti) la difficoltà di regolare la materia alla luce di una pretesa «necessità costituzionale». Si è già accennato, d'altra parte, alla estrema varietà delle situazioni che possono essere ricondotte alla previsione censurata, dai casi di minima incidenza sulla base cognitiva ai casi di sostanziale integrazione del «giudizio allo stato degli atti». Non sarebbe certo inconcepibile un ragionato intervento di riforma. Ma non è questo, notoriamente, ciò che può chiedersi alla Corte costituzionale.

Come accade di frequente per la giurisprudenza della Corte costituzionale, una pronuncia di manifesta inammissibilità fornisce spunti di notevole importanza per la ricostruzione di un determinato istituto.

Nel caso della **ordinanza n. 358 del 2010**, utili indicazioni si ricavano quanto alle regole probatorie valevoli per il **procedimento incidentale** finalizzato ad accertare se sussistano le condizioni per l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali di un **teste** che si ritenga sottoposto a **violenza, minaccia, offerta di denaro o altra utilità**.

La disciplina della fattispecie è posta all'art. 500 c.p.p., che regola in generale la materia delle **contestazioni nell'esame testimoniale**, e stabilisce, al comma 2, che le dichiarazioni di cui venga data lettura a fini di contestazione possono essere utilizzate al solo fine di valutare la credibilità del teste. Tuttavia il comma 4 dello stesso art. 500, in parziale applicazione dell'art. 111, quinto comma, della Costituzione, stabilisce che le dichiarazioni i cui verbali si trovino nel fascicolo del pubblico ministero possono essere utilizzate, quali prove dei fatti cui si riferiscono, quando sussistono **elementi concreti** di allarme sulla

genuinità delle dichiarazioni dibattimentali. Quando cioè, come si accennava, possa ritenersi che il teste abbia subito lusinghe o pressioni di carattere illecito.

Il **procedimento** utile ad accertare la ricorrenza delle condizioni indicate è regolato dal comma 5 dell'art. 500 c.p.p.: il giudice decide senza ritardo, svolgendo gli accertamenti che ritiene necessari, su richiesta della parte, cui è consentito anche di «fornire» i concreti elementi dimostrativi circa la condotta finalizzata all'inquinamento della prova.

Nel caso posto ad oggetto del giudizio principale, il rimettente sospetta indebite pressioni su una teste, che in fase dibattimentale ha ritrattato dichiarazioni accusatorie a carico del convivente. Il sospetto è alimentato dalla specifica indicazione, fornita in istruttoria, circa lo svolgimento di vicende analoghe in precedenti giudizi: la teste sporgeva denunce per maltrattamenti, e poi veniva costretta a negarne il fondamento nei procedimenti conseguentemente instaurati a carico del convivente.

Tanto premesso, il giudice *a quo* ha censurato **il comma 2 dell'art. 500 c.p.p.**, nella parte in cui gli preclude – a suo dire – di utilizzare le dichiarazioni istruttorie per comprovare le pressioni indebite sulla teste e per acquisirne, dunque, le dichiarazioni originarie.

Ebbene, la Corte ha negato esplicitamente l'applicabilità della norma censurata nel procedimento incidentale, ed ha lasciato chiaramente intendere che esistono soluzioni interpretative utili ad argomentare, piuttosto, in favore della **utilizzabilità di dichiarazioni assunte fuori del contraddittorio** per identificare condotte intimidatorie o corruttive nei confronti del testimone. In effetti, la disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 500 c.p.p. attiene al processo principale, che ha come oggetto l'accertamento della responsabilità dell'imputato per i fatti a lui contestati. Le regole probatorie del procedimento incidentale sono espresse piuttosto ai commi 4 e 5 dello stesso art. 500. Ed è abbastanza evidente – anche se la Corte si limita a rilevare come il rimettente non abbia approfondito la questione giuridica sottesa al suo quesito – che si tratta di regole diverse.

È sufficiente, per l'acquisizione delle dichiarazioni istruttorie, che ricorrano «**elementi concreti**» (espressione evidentemente non riconducibile al concetto di prova assunta in contraddittorio). Tali elementi possono emergere «**anche» nel dibattimento**, a significare che, nel contempo, rilevano elementi desumibili da fonti non pertinenti alla sede dibattimentale. Il giudice **svolge direttamente** gli **accertamenti necessari**, ed è possibile anche che gli «elementi concreti» gli vengano forniti dalla parte: dunque che vengano utilizzati **elementi raccolti *aliunde*** e, soprattutto, secondo un procedimento non segnato dal contraddittorio in fase genetica.

Queste, almeno, le indicazioni che emergono dal dibattito giurisprudenziale e dottrinale, sulla base per altro di fattori letterali e sistematici piuttosto univoci. La Corte l'ha ricordato, rimproverando dunque al rimettente di aver male individuato la norma da applicare (cd. ***aberratio ictus***) e di non aver compiuto una «**adeguata ponderazione** del quadro normativo». Una sorte di sicura inammissibilità per la questione sollevata. Ed un effetto di accredito – per quanto prudente debba essere la lettura delle decisioni in chiave processuale della Consulta – della tesi che le regole probatorie del procedimento incidentale in questione **non** sono quelle dettate per l'accertamento del fatto nel giudizio principale.

Lasciate indietro questioni che hanno occupato ampio spazio nelle precedenti versioni di questa relazione (come ad esempio quella del cd. **agente segreto attrezzato per il suono**, o la parziale dichiarazione di illegittimità dell'art. 240 c.p.p. in materia di **intercettazioni «illegali»**), diamo conto qui dei provvedimenti più recenti sul **tema della riservatezza** in rapporto all'**indagine penale**, che poi coincide, in realtà, con la questione delle **immunità parlamentari** in rapporto alle **intercettazioni telefoniche**.

Punto di partenza non può che essere la notissima **sentenza n. 320 del 2007**, con la quale, ricostruendo il sistema introdotto dalla legge 140 del 2003, la Corte aveva in sostanza identificato tre distinte categorie di intercettazioni telefoniche in danno di parlamentari, ciascuna con un proprio regime di ammissibilità ed utilizzabilità:

a. Le **intercettazioni «dirette»**, cioè quelle concernente utenze riferibili ad un parlamentare e finalizzate all'ascolto delle sua conversazioni, per le quali la Costituzione e la legge 140 impongono una **autorizzazione preventiva**, della quale, salvo errore, non esistono esempi di applicazione concreta.

b. Le **intercettazioni «indirette»**, cioè attuate riguardo ad utenze non formalmente riferibili al parlamentare, e però finalizzate proprio a cogliere le comunicazioni di questi, in base alla notizia di una utilizzazione de facto, più o meno regolare, delle utenze medesime. Anche in questo caso, deve sussistere una **autorizzazione preventiva** della Camera di appartenenza.

c. Le **«intercettazioni casuali»**, cioè quelle che l'inquirente non aziona intenzionalmente nei confronti del parlamentare, e per le quali, proprio per questa ragione, non è concepibile una autorizzazione preventiva. In questi casi, com'è noto, l'art. 6 della legge 140 prevedeva la necessità di una **richiesta di autorizzazione all'uso** processuale delle risultanze. La disposizione aggiungeva che, in caso di diniego, le registrazioni fossero distrutte, così di fatto rendendole inutilizzabili anche nei confronti degli interlocutori non parlamentari. Con la citata sentenza n. 320, la Corte aveva dichiarato illegittima questa disciplina, non avendo alcuna legittimazione costituzionale il «privilegio» accordato a soggetti sprovvisti del mandato parlamentare. Quindi le intercettazioni casuali **non devono essere distrutte,** ferma restando la loro **inutilizzabilità** nei confronti dei parlamentari nel caso del diniego in tal senso espresso dalla Camera di competenza.

La Corte aveva lasciato intenzionalmente ed esplicitamente impregiudicata la questione della **legittimità** della «prerogativa» riconosciuta ai parlamentari quanto alle «**intercettazioni casuali**», e cioè della previa necessità dell'autorizzazione all'uso di risultanze acquisite senza violare l'obbligo di autorizzazione preventiva, l'unico imposto dalla Costituzione.

Questo il nodo venuto al pettine, anzitutto, con le **sentenze n. 113 e n. 114 del 2010** su iniziativa del Tribunale di Roma – Collegio per i reati ministeriali (prima sentenza) e del Tribunale di Napoli (seconda sentenza).

Il merito della questione, per altro, non è stato risolto, perché entrambe le sentenze hanno dichiarato una **inammissibilità su base processuale** (difetto di motivazione in punto di rilevanza), e tuttavia dalle sentenze medesime possono essere estratti, con relativa facilità, principi di diritto di capitale importanza nella nostra materia.

In primo luogo. Una intercettazione che nasce **casuale** non necessariamente conserva tale caratteristica per **tutta la sua durata**. Dal momento in cui si constata, o si dovrebbe constatare, che l'indagine in atto consente un controllo sulle conversazioni di un Parlamentare, è dovere dell'Autorità procedente interrompere l'intercettazione e munirsi, se del caso, di autorizzazione preventiva.

Nel caso giudicato a Roma il giudice rimettente aveva in sostanza limitato la propria necessaria valutazione circa il carattere effettivamente «casuale» del controllo discutendo delle circostanze che avevano portato ad avviare l'intercettazione di una determinata utenza, senza chiarire se già risultassero elementi per ipotizzare una sua riferibilità al parlamentare, e soprattutto senza darsi carico di verificare, di fronte ad un controllo poi proseguito nel tempo e con ripetute conversazioni del parlamentare in questione (poi addirittura iscritto nel registro degli indagati) se l'indagine fosse rimasta «casuale».

Il caso napoletano definito con la sentenza n. 114, già citata, presenta un profilo ovvio, e cioè che il giudice non può limitarsi a constatare l'**intestazione formale** di una utenza a persona priva di mandato parlamentare. Ma v'è anche una rilevante puntualizzazione quanto ad un principio già espresso dalla sentenza 320, e cioè che non può escludersi a priori il carattere causale di una intercettazione per il sol fatto che la stessa sia stata disposta in un procedimento che già veda **indagato il Parlamentare poi intercettato**. Il principio resta valido, ma la Corte afferma che è necessaria una particolare severità di controllo in chiave di contrasto a comportamenti elusivi degli inquirenti.

Anche per una ulteriore eccezione sollevata dall'Autorità giudiziaria napoletana – valutata successivamente a quelle in esame – la Corte ha preteso informazioni di dettaglio per verificare la effettiva «casualità» delle acquisizioni in danno del Parlamentare, elencando una serie di **fattori sintomatici** a tale proposito: la preesistente iscrizione del Parlamentare nel registro degli indagati, il grado di prossimità dell'intestatario formale dell'utenza, il numero e la frequenza delle comunicazioni coinvolgenti il Parlamentare, ecc. (**ordinanza n. 263 del 2010**).

Una decisione della Corte ha riguardato anche la materia – risultata per certi versi ancor più spinosa – dell'acquisizione e della utilizzazione dei **tabulati telefonici** riguardo a **Parlamentari** della Repubblica.

La **fattispecie concreta** ha avuto notevole risonanza, anche per l'importanza delle indagini sul cui sfondo si colloca. L'ipotesi d'accusa è che un sottosegretario alla Giustizia, membro del Senato, ebbe ad avvertire Tizio, tramite Caio, che l'Autorità giudiziaria di Milano stava effettuando intercettazioni telefoniche in suo danno. Dunque, ipotesi di favoreggiamento personale. Il sottosegretario avrebbe agito in concorso con Mevio. È stato proprio il «favoreggiato» a raccontare agli inquirenti di avere appreso delle indagini che lo riguardavano da Caio e da Mevio, i quali avevano specificato che fonte d'informazione sarebbe stata il sottosegretario. In effetti, nel periodo compatibile con gli avvenimenti *de quibus*, i tabulati di una utenza in uso a Mevio evidenziavano ripetuti contatti con il sottosegretario.

Ebbene, il Giudice per le indagini preliminari di Roma aveva chiesto al Senato l'autorizzazione ad utilizzare nei confronti del sottosegretario le risultanze del già acquisito tabulato di Mevio. Il pubblico ministero, dal canto proprio, aveva chiesto al Senato l'autorizzazione ad acquisire i tabulati direttamente concernenti le utenze in uso al sottosegretario.

Le due richieste sono state esaminate congiuntamente dal **Senato**, che, con deliberazione del 21 dicembre 2007, ha **negato entrambe le autorizzazioni**, in conformità alla proposta, adottata all'unanimità, dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari.

Gli uffici giudiziari hanno sollevato distinti conflitti di attribuzione, dichiarati dalla Corte ammissibili, ma poi nel merito respinti con la **sentenza n. 188 del 2010**.

La Corte ha rilevato come la legge n. 140 del 2003 prescriva che tanto il compimento – nei confronti diretti del parlamentare – dell'atto da autorizzare preventivamente (artt. 4 e 5), quanto l'autorizzazione all'utilizzazione nei confronti del parlamentare stesso di un atto già compiuto nei confronti di altro soggetto (art. 6), debbano essere assistiti da un criterio di **«necessità»** (in tale senso dovendosi intendere anche l'espressione «quando occorre», recata dal comma 1 dell'art. 4).

Va detto che la delibera del Senato è pressoché interamente centrata su di un **sindacato di merito** della necessità dell'utilizzazione e dell'acquisizione. La Corte ha ammesso che, invece, la relativa valutazione spetta all'Autorità giudiziaria. Quest'ultima, tuttavia, deve effettuare un bilanciamento tra l'esigenza investigativa e la direttiva costituzionale di protezione delle comunicazioni dei parlamentari, documentando, attraverso adeguata motivazione, di avere effettuato quel bilanciamento e di averlo effettuato in modo corretto. Ciò considerando anche la specifica ed elevata capacità intrusiva dei tabulati, che segnalano non solo i contatti, ma anche gli spostamenti dell'interessato.

Ecco il passaggio forse più chiaro: «*la Camera deve poter rilevare, dall'esame della richiesta (e degli eventuali allegati), che sussistono sia il requisito, per così dire, "negativo" dell'assenza di ogni intento persecutorio o strumentale della richiesta, sia quello, per così dire, "positivo" della affermata "necessità" dell'atto, motivata in termini di non implausibilità*».

Ebbene, la richiesta del **Gip di Roma** sarebbe stata giustamente respinta dal Senato, perché tutta motivata in termini di «pertinenza» dell'elemento di prova, e non, come sarebbe stato necessario, in chiave di necessità della sua utilizzazione.

Vero che il Senato avrebbe "ecceduto" (ma la Corte è ancora più cauta) aggiungendo una propria valutazione di necessità della prova nell'economia del giudizio. Bisogna anche ammettere che il giudice ricorrente, con la propria richiesta, si era impegnato in una riflessione sul carattere «aprioristico» di ogni valutazione di pertinenza della prova, forse preoccupato di non esprimere pregiudizi, ma certo non si trattava di una prospettiva particolarmente utile in un contesto ove il significato cognitivo della acquisizione era già del tutto conosciuto, e si discuteva in meri termini di utilizzabilità.

La Corte, come si accennava, ha respinto anche il ricorso della **Procura di Roma**. La delibera senatoriale impugnata rilevava come «la necessità di acquisire i predetti tabulati venga enunciata senza dar conto adeguatamente delle ragioni della stessa, limitandosi ad affermare l'utilità al fine di individuare non meglio specificati elementi di riscontro e, in particolare, al fine di identificare l'eventuale fonte originaria della notizia». E si aggiungeva che: «*negli atti trasmessi non vi è nulla che consenta di comprendere sulla base di quali elementi il Pubblico ministero abbia formulato la supposizione che il senatore XY sia stato informato telefonicamente dell'esistenza di un'attività di intercettazione a carico del Tizio o abbia informato telefonicamente il Mevio*».

La Corte, dal canto proprio, osserva che «*la richiesta della Procura aveva formulato l'assunto in termini, appunto, di "necessità assoluta" con riguardo ad una estensione assai ampia degli atti da compiere, limitati sì, ma solo con riguardo al periodo "interessato", mentre erano diretti genericamente e onnicomprensivamente "ai tabulati delle comunicazioni telefoniche intercorse su tutte le utenze fisse e mobili in uso al senatore XY*», «*senza alcuna previa indicazione specificativa – ad esempio – tra quelle private e quelle professionali o di appartenenza istituzionale, tra quelle in uso esclusivo o in uso promiscuo; il tutto, con una evidente idoneità intrusiva e senza alcuna particolare spiegazione*».

Insomma, l'Autorità giudiziaria non avrebbe offerto una motivazione dimostrativa del bilanciamento che pure è ad essa riservato. Ciò anche considerando l'assenza di indicazioni sulla rinuncia a **forme alternative di investigazione**.

A proposito del **processo penale avanti al giudice di pace**, vanno segnalati alcuni provvedimenti che, da punti di vista diversi, pongono in evidenza una comune avversione per la scelta legislativa di **tendenziale irrilevanza della connessione** a fini di determinazione della competenza.

Per rimanere ai provvedimenti più recenti, possono ricordarsi ad esempio questioni mirate a trasferire alla cognizione del giudice professionale reati legati ad altri, di competenza appunto del tribunale o della corte di assise, dal **vincolo della continuazione**. La Corte, con la **sentenza n. 64 del 2009**, aveva risposto in termini di infondatezza, pur non mancando di avanzare critiche in punto di opportunità della scelta legislativa (scelta che però sarebbe sindacabile della Corte, come è stato affermato in numerosissimi casi proprio discutendo di regole di competenza, solo in caso di manifesta irrazionalità, essendo la materia rimessa ad una «ampia» discrezionalità del legislatore). La Corte si era resa conto, in particolare, che la disciplina provoca in certi casi assurde **duplicazioni di procedimenti**. Nella specie la scelta legislativa era stata giustificata in quanto finalizzata a «*valorizzare le peculiarità della giurisdizione penale del giudice di pace, la quale si connota - oltre che per la presenza di un autonomo apparato sanzionatorio - anche e soprattutto per le accentuate particolarità del rito, che, nei loro tratti di semplificazione e snellezza, esaltano la funzione conciliativa del giudice onorario*». Il legislatore ha ritenuto che l'interesse al *simultaneus processus* dovesse prevalere solo nel caso di **concorso formale di reati**, perché si fonda addirittura sull'unità naturalistica della condotta. Proprio per tale ultima ragione si era considerata infondata la comparazione, istituita dai rimettenti, tra il trattamento del concorso formale e quello di altre forme di connessione.

Neppure si era accettata la censura fondata sul rilievo che, a differenza di quanto attiene avanti al giudice professionale, diviene difficile ottenere il riconoscimento della continuazione, posto che lo stesso può comunque intervenire in fase esecutiva. Gli stessi argomenti, su questione sostanzialmente identica, erano stati ribaditi dalla Corte con la più recente **ordinanza n. 56 del 2010**.

La scelta legislativa è stata attaccata anche con riguardo alla irrilevanza della connessione fondata sull'essere i **reati commessi dagli agenti gli uni in danno degli altri**. Anche qui la Corte, con la **ordinanza n. 68 del 2009**, aveva dichiarato la questione manifestamente infondata. In sostanza, il rimettente aveva confuso un caso concernente la riunione di procedimenti con le fattispecie cd. di **connessione eterogenea**, cioè utile a determinare spostamenti di competenza, ed ha costruito la sua eccezione sulla pretesa disparità di trattamento tra i reati rimessi alla cognizione del giudice di pace e quelli assegnati alla competenza del giudice ordinario.

In realtà, come tutti sanno (o dovrebbero sapere), «*né davanti al giudice di pace, né davanti ai giudici superiori è prevista la possibilità di procedere alla riunione di processi relativi a reati commessi da più persone in danno reciproco, in deroga alle ordinarie regole sulla competenza per materia o per territorio*».

Un provvedimento più recente, e cioè la **ordinanza n. 252 del 2010**, sembra postulare che la competenza esclusiva del giudice di pace giunga finanche a limitare i **poteri di cognizione del fatto dequalificato** in capo al giudice di competenza superiore, secondo un principio che oltretutto,

come subito vedremo, incide perfino sulla *perpetuatio iurisdictionis* nei casi di concorso formale tra reato di competenza del giudice di pace e reato munito di *vis actractiva* presso il giudice «superiore».

Nella specie il rimettente aveva ragionato come segue: si contesta all'imputato, per un fatto successivo all'8 agosto 2009, il delitto di cui all'art. 14, comma 5-*ter* del T.u. in materia di immigrazione; in realtà il delitto non sussiste, perché nella specie l'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore era dovuta ad un «giustificato motivo»; residua però una responsabilità ex art 10-*bis* dello stesso T.u., data l'illegittimità del soggiorno e l'irrilevanza del giustificato motivo nell'economia della nuova fattispecie contravvenzionale; eccepisco, tuttavia, circa l'illegittimità dell'omessa previsione della causa di non punibilità (*supra*).

Ebbene, la Corte ha risposto, dopo aver ricordato la il reato di cui all'art. 10-*bis* appartiene alla competenza del giudice onorario: «*ciò comporta l'operatività della disposizione di cui all'**art. 48 del d.lgs. n. 274 del 2000**, la quale – in deroga alla disciplina generale relativa alla cosiddetta incompetenza per eccesso (artt. 23, comma 2, e 521, comma 1, del codice di procedura penale) – stabilisce che, «in ogni stato e grado del processo, se il giudice ritiene che il reato appartiene alla competenza del giudice di pace, lo dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero […] pertanto, alla luce di tale disposizione, il rimettente non potrebbe comunque conoscere della fattispecie criminosa prevista dalla norma impugnata (e, in particolare, condannare per essa l'imputato), in quanto incompetente per materia*».

In altre parole, se il giudice professionale, in ragione di una **diversa qualificazione giuridica del fatto** contestato, si accorge che la competenza apparterrebbe al giudice di pace, non può conoscere egli stesso del reato, come solitamente avviene, ma **deve dichiararsi incompetente**, e trasmettere gli atti al pubblico ministero.

Non risulta che il principio fosse già stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità.

Il principio è stato invece ribadito, e in certo senso reso ancor più estremo, con la recente **ordinanza n. 318 del 2010**.

Come si ricorderà, il provvedimento rappresenta uno dei molti mediante i quali la Corte ha definito le questioni sollevate a proposito della nuova fattispecie di soggiorno irregolare (art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998).

Nella specie, e contrariamente alla norma, il rimettente era un Tribunale e non un giudice di pace, e ciò grazie ad un marchingegno piuttosto chiaramente finalizzato a sollevare la questione «di merito» sulla nuova incriminazione. Il Tribunale infatti procedeva per il delitto di cui all'art. 14, comma 5-*ter* (inosservanza dell'ordine di allontanamento), ma aveva ammesso la contestazione in udienza, a **titolo di concorso formale**, dell'ulteriore reato di cui all'art. 10-*bis*. Tutto a posto, si era detto: l'ipotesi del concorso formale, per quanto sia l'unica, legittima la **competenza**

superiore in merito alla fattispecie di ordinaria attribuzione al giudice di pace.

Poi il Tribunale aveva deciso che l'imputato si fosse reso inottemperante all'ordine di allontanamento in ragione di un **giustificato motivo**, ed aveva di conseguenza prosciolto l'imputato dal relativo delitto. Ed ecco la parte finale della «operazione»: residua una imputazione per il reato contravvenzionale, sulla quale non incide la clausola del giustificato motivo in quanto assente dalla relativa previsione incriminatrice; vi sarebbe assoluzione qualora la Consulta dichiarasse illegittima l'omessa previsione; dunque è rilevante, oltre che non manifestamente infondata, una questione di legittimità costituzionale.

La Corte non è stata al gioco: **a)** Non può essere attendibilmente prospettato un rapporto di concorrenza (formale) tra il delitto di cui all'art. 14-*ter* e la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, essendo le due fattispecie alternative, ed in particolare atteggiandosi la contravvenzione quale reato sussidiario; **b)** Quand'anche si attivasse una valida **competenza per attrazione** del reato attribuito al giudice onorario, lo scioglimento del vincolo con il reato munito di *vis actractiva* – contrariamente a quanto normalmente avviene dopo l'elevazione dell'accusa in base al principio della cd. *perpetuatio iurisdictionis* – comporterebbe l'obbligo per il giudice superiore di dichiarare la propria incompetenza e di trasmettere gli atti al pubblico ministero, secondo quanto disposto dal già citato art. 48 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Regola processuale importante e, salvo errore, non ancora enunciata.

Regola che, nel giudizio *a quo*, comportava la manifesta irrilevanza della questione sollevata dal Tribunale.

Il concetto è stato ribadito dalla Corte con la recente **ordinanza n. 144 del 2011**, che si segnala anche riguardo ad una sorta di «ripasso», nel senso della manifesta infondatezza o della manifesta inammissibilità, di molte delle questioni poste, negli ultimi due anni, a proposito dell'art. 10-*bis* del T.u. in materia di immigrazione.

Trattiamo infine, con riguardo al processo penale innanzi al **giudice di pace,** un problema che rappresenta in verità una *vexata quaestio*, e cioè quello delle **contestazioni tardive**, per tali intendendosi le modifiche (o le addizioni) recate all'imputazione, sulla scorta di elementi dei quali il pubblico ministero già disponeva al momento di formulazione del capo di accusa. La tendenziale ammissibilità delle modifiche, anche dopo che sono maturate **soglie preclusive** per l'accesso a riti speciali o comunque per il compimento di scelte suscettibili di recare vantaggio all'accusato, pone problemi di effettività del diritto di difesa, il cui esercizio è naturalmente orientato dal tenore dell'accusa elevata.

Nel caso di specie il rimettente poneva il problema con riguardo alle **condotte riparatore** disciplinate dall'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000. Tali condotte, che possono condurre alla **estinzione del reato**, devono essere antecedenti all'udienza di comparizione, a meno di una dimostrata impossibilità di provvedere tempestivamente, nel qual caso il giudice sospende il giudizio ed assegna un termine per la bisogna.

Ora, il soggetto che abbia scelto di non riparare il danno in base ad una determinata imputazione, nel caso di **contestazione tardiva** può trovarsi a rispondere di un diverso reato, senza che per esso sia più possibile sperimentare il percorso di riparazione.

È chiara – al di là del tenore del provvedimento di rimessione – la eco della giurisprudenza costituzionale concernente gli artt. 516 e 517 c.p.p. In estrema sintesi, la Corte costituzionale ha dapprima stabilito che nel caso di contestazione tardiva l'imputato debba considerarsi in termini per la richiesta di patteggiamento, poi che lo stesso valesse per la domanda di oblazione e infine, recentemente, per la richiesta di giudizio abbreviato. Con la prima pronuncia, riguardante il patteggiamento, la Corte aveva previsto la possibilità di reiterare una domanda già presentata di patteggiamento, in caso di mutamento dell'imputazione, a prescindere dal carattere tardivo della nuova imputazione.

Ebbene, il giudice di pace rimettente avrebbe voluto una pronuncia analoga per il «**rito riparatorio**»: una dichiarazione di illegittimità, in riferimento agli art. 3, 24 e 111 Cost., del «combinato disposto» degli art. 516 c.p.p. e 35 d.lgs. n. 274 del 2000, «nella parte in cui non prevedono che, in caso di modifica del capo di imputazione nel corso del dibattimento, anche quando la nuova contestazione concerna un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato abbia tempestivamente e ritualmente proposto la definizione anticipata del procedimento in ordine alle originarie imputazioni, [egli] possa usufruire [del] vero e proprio rito alternativo» previsto dall'art. 35 d. lgs. n. 274 del 2000, dal momento che la previsione in parola «non [ne] consente l'ammissione … oltre l'udienza di comparizione».

La Corte costituzionale, con la **sentenza n. 206 del 2011**, ha dichiarato **inammissibile** la questione. Ciò essenzialmente in base all'argomento – che personalmente non ritengo indiscutibile – delle **differenze tra l'istituto della riparazione** e quei riti speciali evocati dal giudice *a quo* quali *tertia comparationis*, nella versione per essi scaturita dalle già ricordate decisioni manipolative della stessa Corte costituzionale. Vorrei ricordare che l'**oblazione**, la quale estingue il reato al pari della condotta riparatoria, non è a sua volta un rito speciale.

Inoltre, la Corte ha voluto osservare che «il perfezionamento delle condotte riparatorie non dipende normalmente dal contenuto dell'imputazione», e che può intervenire «anche prima dell'esercizio

dell'azione penale». Rilievo corretto, ma la Corte stessa ha poi rilevato che potrebbe esservi «dipendenza» fra la formulazione dell'imputazione e la condotta riparatoria, come avviene «nel caso in cui l'insufficiente determinazione del danno da risarcire sia stata determinata dalla descrizione del fatto contenuta nell'originaria imputazione, diversa da quella emergente in seguito alle nuove contestazioni». Aggiungerei che la valutazione comparativa tra **rischio di pena** e **costi della riparazione** viene ovviamente effettuata in base alla qualificazione del fatto espressa nell'imputazione, e può risultare fortemente squilibrata quando interviene un mutamento essenziale quanto ad uno dei termini della questione.

Ad ogni modo, come detto, e sebbene la Corte abbia voluto orientarsi per una valutazione **negativa sul piano dell'ammissibilità**, i rilievi spesi nella motivazione della sentenza esprimono con sufficiente chiarezza un giudizio di infondatezza della questione sollevata.

Roma – Torino, 8 novembre 2011

GUGLIELMO LEO