

Fonte: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.4, 1 DICEMBRE 2017, pag. 1281

Autori: Francesco Viganò

LEGALITÀ 'NAZIONALE' E LEGALITÀ 'EUROPEA' IN MATERIA PENALE: I DIFFICILI EQUILIBRISMI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NELLA SENTENZA M.A.S. ("TARICCO II")

Sommario: 1. Introduzione. — 2. Le tappe precedenti: la sentenza Taricco e l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale (cenni). — 3. L'opinione dell'Avvocato generale Bot sul rinvio pregiudiziale. — 4. La nuova sentenza della Corte di giustizia (M.A.S.). — 5. L'impatto della nuova sentenza sul diritto penale italiano. — 6. L'impatto della sentenza sul diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo alla politica penale dell'Unione. — 7. Riflessioni conclusive.

Abstract

In risposta al rinvio pregiudiziale disposto dalla Corte costituzionale a valle della sentenza Taricco, la Corte di giustizia evita lo scontro, e riconosce alle autorità giudiziarie italiane la possibilità di sottrarsi all'adempimento degli obblighi di disapplicazione delle norme in materia di prescrizione del reato sanciti in quella sentenza, in nome della tutela del principio di legalità dei reati e delle pene nella sua dimensione 'italiana'. Vari interrogativi restano però aperti, sia sul piano dell'impatto di questa nuova sentenza sul diritto penale italiano, sia — soprattutto — rispetto al suo significato per il diritto dell'Unione europea, e rispetto alle prospettive di un diritto penale europeo in particolare. Un interrogativo fra tutti: potrà davvero ciascuno Stato, in futuro, attenersi sempre ai propri standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, ove più elevati di quelli stabiliti a livello europeo, allorché implementi obblighi di fonte UE in materia penale?

The Clash between 'National' and 'European' Dimensions of the Nullum Crimen in the ECJ Judgment in the M.A.S. ("Taricco II") Case

Abstract

In its preliminary ruling on the questions raised by the Italian Constitutional Court in the wake of the Taricco judgment, the Court of Justice chooses to avoid any conflict with the Italian counterpart, and allows the Italian criminal courts to not comply with the obligations laid down in its previous judgment, insofar as these obligations are inconsistent with the principle of legality in criminal matters in its domestic constitutional dimension. However, several questions remain unanswered, with regard to the impact of the new judgment on the Italian criminal law as well as its broader significance for the EU law — the most awkward question being, of course, whether or not each Member State will be actually allowed, as the Italian Constitutional Court has been in this case, to be bound by its own national standards of protection of fundamental rights while implementing EU obligations in criminal matters, even when such national standards are higher than those set at a European level.

1. Introduzione. — La sentenza con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea, lo scorso 5 dicembre 2017 (1), ha risposto al rinvio pregiudiziale sottopostole dalla Corte costituzionale italiana (2) a valle della precedente sentenza Taricco(3) è stata sinora accolta dai commentatori — italiani e stranieri — con un generale senso di sollievo (4): i giudici di Lussemburgo hanno inteso, in effetti, disinnescare ogni potenziale conflitto, riconoscendo la facoltà per i giudici italiani di sottrarsi all'adempimento degli obblighi di parziale disapplicazione delle disposizioni in materia di prescrizione sanciti in Taricco, in nome dell'esigenza di rispetto del principio di legalità dei reati e delle pene, nella sua dimensione attribuitagli dall'ordinamento giuridico nazionale. In tal modo, la Corte di giustizia ha voluto evitare che la nostra Corte costituzionale — prima fra le corti supreme di un paese fondatore dell'Unione — compisse il passo preannunciato di azionare i 'controlimiti' al diritto dell'Unione, a tutela dell'identità costituzionale (nazionale) dello Stato italiano, identità della quale il principio di legalità dei reati e delle pene — esteso sino a comprendere la materia della prescrizione del reato — formerebbe, secondo la Consulta, parte integrante.

Il senso di sollievo è, ad avviso di chi scrive, del tutto giustificato. Come ho già avuto modo di sottolineare in precedenti interventi a margine del caso Taricco(5), l'opposizione dei controlimiti in questa fase storica da parte della nostra Corte costituzionale — per di più rispetto a una questione di assai debole richiamo ideale, come la difesa di una indifendibile disciplina della prescrizione, censurata su ogni fronte in sede internazionale ed europea — sarebbe stata intesa come un'aperta sfida al principio del primato del diritto UE, su cui si regge la costruzione giuridica europea; una sfida destinata verosimilmente ad essere presto seguita da altre giurisdizioni e governi di Stati membri, sempre più insofferenti ai vincoli derivanti dal diritto

europeo, anche in campi di azione (uno per tutte, le politiche in tema di asilo (6)) in cui le esigenze dei diritti fondamentali delle persone coinvolte sono assai più drammatiche di quelle ora in discussione.

Il merito va — è per me doveroso riconoscerlo, a questo punto — alla decisione della nostra Corte costituzionale di resistere alle insistenti pressioni di chi nel nostro paese, sul fronte del diritto penale così come su quello del diritto penale, pretendeva indignato che fossero immediatamente azionati i controlimiti (7), e che la legge esecutiva dei trattati fosse tout court dichiarata incostituzionale, in nome della tutela dei diritti individuali contro le politiche liberticide dell'Unione. La scelta — certamente sofferta — della Consulta è stata invece quella di ricercare un dialogo con i giudici europei, sia pure attraverso un'ordinanza dai toni che mi sono parsi inutilmente perentori — più adatti a un ultimatum che a una proposta di soluzione amichevole (8) —, ma che in fin dei conti hanno funzionato, inducendo i giudici di Lussemburgo a evitare lo scontro, e a riconoscere — più che la bontà intrinseca delle ragioni della Corte costituzionale — un'eccezione agli obblighi di rispetto del diritto UE così come declinati nella sentenza precedente, nella sostanza qui integralmente riaffermati.

Come ogni soluzione di compromesso, dettata da contingenti esigenze politiche, la sentenza della Corte di giustizia lascia però aperti vari problemi, che converrà in queste sede affrontare distinguendo, in particolare, tra le implicazioni della sentenza medesima sul piano del diritto penale nazionale, e il suo significato per il diritto dell'Unione europea, e delle politiche penali dell'Unione in particolare. Non senza, peraltro, fornire un preliminare riassunto della sentenza e delle tappe essenziali che l'hanno preceduta, a beneficio almeno del lettore che non si sia fatto cogliere dalla “taricco-mania” che sembra avere attraversato negli ultimi due anni la dottrina italiana, sottoscritto compreso.

2. Le tappe precedenti: la sentenza Taricco e l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale (cenni). — a) Nel settembre 2015 la Corte di giustizia, rispondendo a un rinvio pregiudiziale proveniente dal Tribunale di Cuneo, statuisce con la sentenza Taricco(9) l'obbligo per il giudice penale italiano di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p., nella parte in cui stabilisce termini massimi della prescrizione in presenza di atti interruttivi, nei procedimenti aventi ad oggetto frodi gravi — segnatamente in materia di IVA — che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, laddove tali disposizioni i) “impediscono di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”, ovvero ii) “prevedano, per i casi di frodi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”.

La Corte di giustizia giunge a tale risultato valorizzando, in particolare, il disposto dell'art. 325(1) e (2) TFUE, dal quale discende l'obbligo a carico dello Stato membro di combattere contro le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione con misure efficaci e dissuasive, e in ogni caso con le stesse misure che gli Stati adottano per combattere la frode che lede i loro interessi finanziari; obbligo il cui adempimento, secondo la prospettazione del giudice del rinvio, sarebbe indebitamente ostacolato dal peculiare meccanismo normativo di cui agli artt. 160 e 161 c.p., che da un lato riconoscono efficacia interruttiva ad una serie di atti processuali, ma al contempo fissano un termine prescrizione massimo (decorrente dalla commissione del fatto alla sentenza definitiva) pari al termine prescrizione base aumentato, nei casi ordinari, di un solo quarto: aumento che secondo il giudice del rinvio sarebbe insufficiente a garantire che la maggioranza dei processi, pure iniziati tempestivamente, si concluda con una sentenza definitiva prima della maturazione della prescrizione. Secondo la Corte di giustizia, a una tale situazione ben potrebbe, ed anzi dovrebbe, porre rimedio direttamente il giudice penale, attraverso — in sostanza — la diretta applicazione dell'art. 325(1) e (2) TFUE, dalla quale discenderebbe l'inapplicabilità delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione, incompatibili con il diritto dell'Unione.

b) Investita di altrettante questioni di legittimità costituzionale provenienti dalla Corte d'appello di Milano (10) e dalla terza sezione penale della Corte di cassazione (11) — entrambe sollecitanti la Corte costituzionale a dichiarare illegittima la legge di esecuzione dei trattati istitutivi dell'Unione europea nella parte in cui rende esecutivo l'art. 325(1) e (2) TFUE come interpretato dalla sentenza Taricco —, la Consulta decide di sospendere il giudizio e formulare, con la propria ordinanza 24/2017, un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendole in sostanza di chiarire la portata degli obblighi statuiti nella propria sentenza precedente, alla luce degli argomenti svolti nell'ordinanza di rimessione.

Evidenzia la Corte costituzionale nella propria ordinanza come l'obbligo statuito a carico del giudice penale italiano nella sentenza Taricco appaia intollerabilmente impreciso nei suoi presupposti, e conduca all'applicazione retroattiva di una disciplina prescrizione più severa di quella in vigore al momento della commissione del fatto, in violazione del principio di legalità dei reati e delle pene sancito dall'art. 25 co. 2 Cost.; principio che, nell'ordinamento italiano, è sempre stato interpretato dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale come inglobante anche la materia della prescrizione. I giudici della Consulta chiedono dunque alla Corte di giustizia di chiarire se l'obbligo da essi statuito debba essere tenuto fermo nonostante la sua contrarietà al principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost., sotto il duplice profilo

ora evidenziato: principio che la Consulta stessa qualifica come “principio supremo dell'ordine costituzionale italiano” e come “diritto inalienabile della persona riconosciuto dalla Costituzione” nazionale, e formante così parte della stessa “identità nazionale” insita nelle strutture fondamentali, politiche e costituzionali, dello Stato membro. Identità nazionale che l'Unione — rammenta la Corte costituzionale — è tenuta a rispettare, in forza dell'art. 4(2) TUE, e il cui contenuto spetterebbe alle autorità nazionali, e in particolare alla stessa Corte costituzionale, determinare (12).

A scanso di equivoci, la Corte costituzionale preannuncia che, nell'ipotesi di una risposta affermativa ai quesiti formulati, la conseguenza sarebbe proprio quella prospettata dai giudici a quibus: e cioè la dichiarazione di illegittimità, in parte qua, della legge di esecuzione dei trattati (13). In altre parole, la conseguenza sarebbe quella della dichiarazione dei ‘controlimiti’ ai limiti alla sovranità nazionale che la Repubblica italiana ha volontariamente accettato, giusta il disposto dell'art. 11 Cost., nel momento in cui ha aderito alle Comunità e poi all'Unione: una conseguenza tante volte prospettata come arma di ultima istanza dalla nostra Corte, ma sinora mai concretamente azionata.

3. L'opinione dell'Avvocato generale Bot sul rinvio pregiudiziale. — Il 18 luglio 2017 l'Avvocato generale Bot deposita la propria opinione sul rinvio pregiudiziale (14) (rubricato ora “Procedimenti penali contro M.A.S. e M.B.”, o più semplicemente M.A.S.), concludendo a favore di una netta riaffermazione degli obblighi sanciti dalla Corte di giustizia in Taricco, nonostante le obiezioni sollevate dalla nostra Corte costituzionale: obiezioni ritenute del tutto inaccoglibili dal punto di vista del diritto UE.

L'Avvocato generale evidenzia immediatamente che, dal punto di vista dell'ordinamento eurounitario, la posta in gioco è molto più alta rispetto alla disciplina italiana della prescrizione e alla sua asserita disfunzionalità rispetto ad una lotta effettiva contro le frodi contro il bilancio UE; ed è più alta persino della definizione dei contorni del principio di legalità in materia penale, sulla quale si era soffermata la Consulta. La vera posta in gioco è qui il principio del primato del diritto UE, e dei suoi eventuali limiti in relazione alle istanze di tutela dei diritti fondamentali nella loro dimensione nazionale.

L'Avvocato generale, in effetti, riassume sin da subito la questione sottoposta alla Corte di giustizia nelle sue specifiche coordinate di diritto primario dell'Unione: possono l'art. 53 della Carta, da un lato, e l'art. 4(2) TUE, dall'altro, autorizzare il giudice di uno Stato membro a disattendere un obbligo di diritto UE così come interpretato e precisato dalla Corte di giustizia — e dunque un obbligo normalmente

dotato di primato rispetto al diritto nazionale —, in nome della necessità di garantire il più elevato livello di tutela di un diritto fondamentale garantito dall'ordinamento nazionale, livello di tutela che si assume coesistente alla stessa “identità nazionale”, insita nella “struttura fondamentale, politica e costituzionale” dello Stato in questione? (15) L'Avvocato generale è, d'altra parte, ben consapevole che una risposta negativa della Corte di giustizia a tale quesito potrebbe condurre la Corte costituzionale italiana ad azionare, per la prima volta nella sua storia, i controlimiti, attraverso la drastica soluzione della dichiarazione di illegittimità costituzionale in parte qua della legge di esecuzione dei trattati: situazione, questa, che riproduce quella in cui la Corte si era già trovata, come esattamente rilevato dall'Avvocato generale, nell'arcinoto caso Gauweiler sulle politiche ‘salvaeuro’ della Banca Centrale Europea (16), in cui pure il Bundesverfassungsgericht aveva minacciato senza mezzi termini un simile traumatico epilogo (17).

Cionondimeno, l'Avvocato generale suggerisce ai giudici europei di resistere fermamente alle pressioni della Corte italiana.

Anzitutto, e a mo' di considerazione di contesto, l'Avvocato generale rammenta che la disciplina italiana della prescrizione, già da tempo in discussione a livello nazionale (18), è da tempo sotto attacco da parte non solo delle istituzioni eurolitarie — in relazione ai suoi effetti negativi rispetto alla lotta contro frodi e corruzione di pubblici funzionari (19) —, ma anche di una pluralità di istituzioni internazionali: a partire dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, rispetto al risultato da essa prodotto di impunità di gravi violazioni dei diritti umani (20), sino a giungere al GRECO (21) e all'OCSE (22) in relazione agli ostacoli da essa frapposti rispetto alle esigenze di un'efficace repressione della corruzione e del riciclaggio.

A parere dell'Avvocato generale, non solo tali analisi sono corrette, ma ha altresì ragione la Corte di giustizia nel ritenere che la disciplina italiana della prescrizione — e segnatamente quella parte di tale disciplina che fissa una durata massima della prescrizione anche in caso di eventi interruttivi, nella misura di un solo quarto aggiuntivo rispetto al termine ordinario di cui all'art. 157 c.p. — determini una violazione dell'obbligo di combattere in modo efficace contro le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, favorendo una sistematica impunità delle frodi medesime, le quali spesso richiedono lunghe e complesse indagini su scala addirittura transnazionale (23). L'Avvocato generale si spinge addirittura ad affermare che — quanto meno nel contesto della protezione degli interessi finanziari dell'Unione — il concetto di interruzione della prescrizione dovrebbe considerarsi come un “concetto

autonomo di diritto dell'Unione”, comportante in ogni caso l'inizio di un nuovo termine prescrizione, di durata identica a quello iniziale, senza alcun termine massimo come quello fissato dagli artt. 160 e 161 c.p.(24): solo una simile nozione potrebbe infatti assicurare un'efficace repressione degli illeciti in questione, anche da parte della futura Procura europea — la cui attività sarebbe a rischio di essere sistematicamente frustrata, o alternativamente esposta a rischi di indesiderabili manovre di forum shopping, in assenza di una razionale armonizzazione delle discipline nazionali in materia di interruzione della prescrizione (25).

Dall'incompatibilità della disciplina italiana dell'(interruzione della) prescrizione con gli obblighi di tutela del bilancio UE, sanciti dall'art. 325 TUE, discende allora del tutto correttamente — secondo l'Avvocato generale — l'obbligo in linea di principio per i giudici italiani, già sancito dalla Corte di giustizia in Taricco, di disapplicare quella disciplina (26).

L'Avvocato generale passa quindi ad esaminare più precisamente le condizioni alle quali tale obbligo di disapplicazione dovrebbe operare, alla luce delle obiezioni sollevate dalla Corte costituzionale.

La prima di tali obiezioni concerneva, come si rammenterà, il difetto di determinatezza/precisione dell'obbligo sancito dalla Corte di giustizia, in relazione tanto al carattere di “gravità” delle frodi, quanto alla necessità di verifica dell'effetto di impunità della vigente disciplina codicistica “in un numero considerevole di casi”. Rispetto a quest'ultima difficoltà — probabilmente la più spinosa dal punto di vista del giudice italiano — l'Avvocato generale in verità nulla dice, evidentemente dando per dimostrato un tale effetto di sistematica impunità, sulla base anche dei reports europei e internazionali in precedenza menzionati. Rispetto invece alla determinazione della soglia di gravità delle frodi, un ormai preciso riferimento normativo potrebbe essere fornito dall'art. 2(2) della nuova direttiva 2017/1371/UE sulla protezione degli interessi finanziari dell'UE (c.d. direttiva PIF), a tenore del quale debbono considerarsi gravi i reati in materia di IVA che determinano un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di euro (27).

L'attenzione dell'Avvocato generale si concentra però sulla seconda grande obiezione sollevata dalla Corte costituzionale, relativa alla violazione del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, che la tradizione costituzionale italiana estende anche alle norme in materia di prescrizione.

Sul punto, l'Avvocato generale ribadisce anzitutto la compatibilità di un'applicazione retroattiva di una disciplina più sfavorevole in materia di prescrizione — come quella che risulterebbe dalla disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. — con il principio di legalità dei reati e delle pene nella sua dimensione europea, sulla base in particolare dell'art. 49 CDFUE nonché — in forza del richiamo generale contenuto nell'art. 52(3) CDFUE alle disposizioni della CEDU contemplanti garanzie analoghe a quelle riconosciute dalla Carta — dell'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza pertinente della Corte di Strasburgo. La conclusione si fonda non soltanto sulla sentenza *Coëme c. Belgio*(28), già citata in *Taricco*, ma anche su più recenti prese di posizione della Corte EDU, tra le quali la decisione *Previti c. Italia*(29), resa proprio nei confronti del nostro paese, in cui i giudici di Strasburgo ritennero manifestamente infondata la doglianza del ricorrente relativa alla mancata applicazione retroattiva del più favorevole regime prescizionale introdotto dalla legge ex Cirielli a un giudizio già pendente in grado di cassazione, proprio sulla base dell'estraneità della disciplina della prescrizione — considerata inerente alla materia processuale anziché al diritto penale sostanziale — alle garanzie inerenti al *nullum crimen*, tra le quali si colloca lo stesso principio di necessaria retroattività ai processi in corso delle disposizioni penali più favorevoli introdotte successivamente alla commissione del fatto. Né l'imputato di una frode al bilancio UE potrebbe dolersi al metro dell'art. 49 CDFUE, osserva l'Avvocato generale, della mancata prevedibilità, al momento della commissione del fatto, della disciplina della prescrizione a lui applicata al momento del processo: e ciò proprio in ragione della estraneità di tale disciplina al raggio di garanzia dell'art. 49, che garantisce al consociato il diritto a conoscere che il fatto potrà comportare una propria responsabilità penale nonché il diritto di sapere a quale pena potrà essere assoggettato, ma non — invece — il diritto a sapere in quanto tempo e a quali condizioni il reato si prescriverà (30).

Naturalmente, il cuore delle obiezioni sollevate dalla Corte costituzionale sta altrove — e l'Avvocato generale ne è ben consapevole. Qualunque sia il contenuto da assegnare all'art. 49 CDFUE e allo stesso art. 7 CEDU, il problema è — dal punto di vista della Consulta — che il diritto costituzionale italiano, così come costantemente interpretato, è inequivoco nel comprendere invece nel raggio di garanzia assicurato dall'art. 25 co. 2 Cost. anche la disciplina della prescrizione; di talché una eventuale applicazione retroattiva di modifiche sfavorevoli in materia — come quella che dovrebbe discendere dall'applicazione della sentenza *Taricco* — si risolverebbe in una violazione di quella disposizione costituzionale. Potrà ammettersi in tal caso un rifiuto da parte dei giudici italiani di conformarsi agli obblighi sanciti in *Taricco*, in nome del rispetto dell'art. 25 co. 2 Cost.?

L'Avvocato generale esamina, come anticipato, questa cruciale questione sotto il duplice punto di vista a) dell'art. 53 CDFUE, e b) dell'art. 4(2) TUE.

a) Quanto all'art. 53 CDFUE — che come è noto sancisce una 'clausola di non regressione', a tenore della quale “[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla [CEDU], e dalle costituzioni degli Stati membri” (corsivo aggiunto) —, l'Avvocato generale ritiene che debba essere riaffermato senza riserve il principio enucleato dalla Corte di giustizia in Melloni, e al quale — del resto — lo stesso Avvocato generale Bot aveva non poco contribuito con le proprie conclusioni: nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, l'art. 53 CDFUE consente allo Stato membro di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a condizione però che ciò non comprometta né — come è ovvio — il livello di tutela degli stessi diritti stabilito dalla Carta, né — come era assai meno ovvio prima di Melloni — “il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione” (31). Nel caso di specie, il rispetto dell'art. 25 co. 2 Cost. da parte dei giudici italiani ostacolerebbe indebitamente, secondo l'Avvocato generale, l'esecuzione degli obblighi derivanti dall'art. 325 TUE così come declinati dalla Corte di giustizia, in sé conformi ai diritti fondamentali nella loro dimensione europea, compromettendo così il primato e l'effettività del diritto UE in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Ergo, l'Italia non potrebbe invocare l'art. 53 CDFUE per sottrarsi all'esecuzione degli obblighi sanciti in Taricco.

b) La questione più delicata sottoposta ora alla Corte di giustizia concerneva però l'art. 4(2) TUE, che assicura il rispetto da parte dell'Unione della “identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale”. Chiara sotto questo profilo la prospettazione della Consulta, articolata nella sostanza nei passaggi seguenti: i) il principio di legalità in materia penale costituisce un elemento essenziale della struttura costituzionale italiana, e dunque della stessa identità nazionale italiana ai sensi dell'art. 4(2) TUE; ii) tale principio abbraccia, nel contesto di quella stessa struttura costituzionale, anche la disciplina della prescrizione; iii) l'applicazione retroattiva di una nuova e meno favorevole disciplina della prescrizione, non prevista dalla legge e non conoscibile dall'imputato al momento del fatto, sarebbe pertanto incompatibile con l'identità nazionale italiana; iv) lo stesso diritto dell'Unione non potrebbe imporre ai giudici italiani una soluzione contraria all'identità costituzionale italiana, in forza dello sbarramento opposto dallo stesso art. 4(2) TUE. Prima ancora che sui 'controlimiti' di natura costituzionale alla

vincolatività del diritto UE, il discorso della Consulta si muove dunque, qui, sul piano dello stesso diritto UE, e dei limiti che tale diritto si sarebbe autoimposto — per volontà unanime degli Stati contraenti — in nome del rispetto delle identità nazionali degli Stati membri.

Come parimenti anticipato, l'Avvocato generale respinge però rotondamente l'argomentazione della Corte italiana. Anzitutto, viene invocato il principio enucleato dalla Corte di giustizia già in *Internationale Handelsgesellschaft*, nel 1970 (32): il primato del diritto UE non consente che lo Stato membro possa sottrarsi agli obblighi discendenti dal diritto UE assumendo la loro contrarietà ai diritti fondamentali e ai principi costituzionali riconosciuti dall'ordinamento nazionale, dal momento che la validità (e la conseguente vincolatività) delle norme di diritto UE è unicamente condizionata alla loro compatibilità con i diritti fondamentali e i principi generali riconosciuti dallo stesso diritto UE (33). Ma l'Avvocato generale si rende conto che un simile argomento *ex auctoritate* non potrebbe di per sé reggere a fronte del *novum* rappresentato da una norma dei trattati, come l'art. 4(2) UE, che non esisteva all'epoca di *Internationale Handelsgesellschaft*; e per questo si sposta immediatamente sul diverso terreno della contestazione nel merito che l'applicazione retroattiva di una disciplina della prescrizione deteriore per l'imputato possa realmente pregiudicare l'identità nazionale della Repubblica italiana. Se è pacifico — anche dal punto di vista della stessa dottrina dei 'controlimiti' elaborata dalla giurisprudenza costituzionale italiana — che solo un "nucleo centrale" di diritti e principi riconosciuti dalla Costituzione italiana possono essere considerati così cruciali da giustificare il venir meno del generale dovere di osservanza agli obblighi derivanti dal diritto UE, la Corte costituzionale non avrebbe affatto dimostrato nella propria ordinanza, a parere dell'Avvocato generale, che il principio di legalità in materia penale — in tutta la sua estensione, comprensiva anche della disciplina della prescrizione — sia davvero coesistente a tale identità (34). Da ciò deriverebbe la non operatività nella materia all'esame del limite sancito dall'art. 4(2) TUE e, conseguentemente, la piena vincolatività degli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione, così come autoritativamente determinati dalla Corte di giustizia in *Taricco*(35).

4. La nuova sentenza della Corte di giustizia (M.A.S.). — La risposta suggerita dall'Avvocato generale — al di là della problematicità della pretesa di considerare la disciplina dell'interruzione del termine prescrizione nei reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione come un concetto autonomo di diritto UE, subito rilevata dai commentatori (36) — lasciava aperto, evidentemente, un problema

cruciale: quello di chi sia il giudice ultimo del contenuto di quella “identità nazionale” che l'Unione è tenuta a rispettare, ai sensi dell'art. 4(2) TUE. Negando che la materia del contendere — la pertinenza o meno della disciplina della prescrizione al raggio di tutela del principio di legalità in materia penale — ponesse in causa l'identità nazionale della Repubblica italiana, l'Avvocato generale muoveva evidentemente dal presupposto — pur non esplicitato nella trama della sua argomentazione — secondo cui spetterebbe agli stessi organi dell'Unione, e in particolare alla Corte di giustizia, avere l'ultima parola su che cosa debba intendersi di volta in volta per “identità nazionale”; e ciò in perfetta coerenza con un'idea di “primato” del diritto UE che non tollera, in effetti, alcun limite che non sia auto-imposto. Altrettanto evidentemente, però, una tale pretesa avrebbe suscitato una reazione di rigetto da parte della Corte costituzionale italiana, e probabilmente di molte altre corti costituzionali o supreme nello spazio giuridico dell'Unione, le quali sono invece ferme nell'attribuirsi l'ultima parola sui limiti invalicabili da parte del diritto UE nei rispettivi ordinamenti, a cominciare da quello rappresentato dal rispetto dell'identità nazionale, oggi espressamente riconosciuto dai trattati. Il messaggio della Consulta era stato del resto chiarissimo, come già ricordato: una risposta affermativa, in particolare, al terzo quesito sottoposto ai giudici di Lussemburgo — quello con cui si chiedeva loro di precisare se la sentenza Taricco dovesse essere interpretata nel senso di imporre ai giudici italiani l'obbligo di disapplicare le disposizioni in materia di interruzione della prescrizione anche laddove tale disapplicazione contrastasse con “i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro” — avrebbe senz'altro scatenato la preannunciata reazione della dichiarazione di illegittimità in parte qua dei trattati istitutivi dell'Unione, da parte di una Corte che si sarebbe certamente proclamata come il giudice ultimo di tali “principi supremi” e “diritti inviolabili”. Con buona pace del principio del primato del diritto dell'Unione.

A fronte di tale prospettiva, ben si comprende come la strategia della Corte di giustizia sia stata tutt'affatto diversa da quella suggerita dall'Avvocato generale, e abbia mirato — come si è felicemente scritto — a disinnescare la bomba (37), evitando accuratamente di menzionare non solo l'art. 4(2) TUE e la nozione di “identità nazionale”, ma anche lo stesso art. 53 CDFUE, pure espressamente evocato dalla Corte costituzionale.

Già le premesse del ragionamento della Corte di giustizia rivelano il suo approccio conciliativo: se l'Avvocato generale aveva preso le mosse dall'inadeguatezza della disciplina italiana della prescrizione rispetto alle esigenze di effettività della tutela penale di una pluralità di interessi, la Corte muove invece da una sottolineatura della funzione del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE come strumento di dialogo tra i giudizi nazionali e la Corte medesima, con l'obiettivo ultimo di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto UE, nonché la sua coerenza, effettività e autonomia (38). Nel caso di specie, sottolinea la sentenza, la Corte costituzionale ha sottoposto all'attenzione dei giudici di Lussemburgo un profilo non illuminato dall'ordinanza di rimessione nel caso Taricco (ed evidentemente non rimarcato, all'epoca, dal governo italiano nelle proprie osservazioni) relativo, in particolare, alla pertinenza nell'ordinamento giuridico nazionale della disciplina della prescrizione al diritto penale sostanziale, e conseguentemente alla sua attrazione alla sfera di garanzie offerte dal principio di legalità dei reati e delle pene (39). Essenzialmente su tale profilo deve concentrarsi, dunque, l'attenzione della Corte di giustizia.

Prima di affrontare tale nodo problematico, la sentenza ribadisce però, punto per punto, l'argomentazione e le conclusioni di Taricco, sottolineando in particolare:

— che dall'art. 325(1) e (2) TFUE discende l'obbligo, a carico dello Stato membro, di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure effettive e dissuasive, nonché di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che già adotta per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari nazionali;

— che in base all'ormai consolidata giurisprudenza della Corte le frodi contro la riscossione dell'IVA sono lesive degli interessi finanziari dell'Unione;

— che l'adozione di sanzioni penali a tutela degli interessi finanziari dell'Unione, pur se non espressamente prescritta dall'art. 325 TFUE, può nel caso concreto ritenersi indispensabile per assicurare una tutela effettiva contro le frodi, ed è in ogni caso imposta allorché lo Stato già preveda sanzioni penali contro le frodi che ledono i propri interessi finanziari;

- che l'art. 325 TFUE impone obblighi di risultato precisi e incondizionati;
- che pertanto non solo il legislatore nazionale è tenuto all'adempimento di tali obblighi, ma i giudici degli Stati membri debbono altresì assicurare piena efficacia a tali obblighi e conseguentemente “disapplicare disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione, che nell'ambito di un procedimento relativo a reati gravi in materia di IVA, ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione”;
- che tale disapplicazione effettivamente si impone, così come affermato dalla sentenza Taricco, allorché le pertinenti disposizioni di diritto nazionale conducano all'impunità in un numero considerevole di frodi gravi in materia di IVA, ovvero risultino più severe nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto ai casi di frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (40).

Ciò premesso, la Corte sottolinea — in via ancora preliminare — come il compito di assicurare il rispetto degli obblighi sanciti dall'art. 325 TFUE spetti, primariamente, al legislatore, il quale ben potrebbe — dal punto di vista del principio di legalità dei reati e delle pene — anche allungare i termini di prescrizione esistenti con effetto anche sui processi in corso, purché relativi a fatti non ancora prescritti (41). Giunge solo a questo punto il passaggio cruciale, su cui l'intera sentenza si fonda: al tempo della sentenza Taricco, la materia della prescrizione relativa ai reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione, rientranti come tali nella competenza concorrente tra Unione e Stati membri, non era stata ancora oggetto di misure di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione; misure di armonizzazione che solo in epoca successiva — e in maniera comunque parziale — sono intervenute con la direttiva 2017/1371 (c.d. direttiva PIF), che all'art. 12 detta (per la prima volta) talune norme minime in materia di prescrizione dei reati da essa disciplinati. Si deve pertanto ritenere che la Repubblica italiana fosse “libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, [il regime della prescrizione] ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene” (42).

La Corte riprende, quindi, l'affermazione già compiuta in Taricco relativa alla necessità che gli stessi giudici italiani rispettino i diritti fondamentali degli imputati, allorché decidano se disapplicare le disposizioni in materia di prescrizione (43), aggiungendo che i giudici nazionali restano liberi — secondo il noto principio affermato in Åkenberg Fransson(44) (nonché, e soprattutto, nella coeva Melloni(45), non citata però dalla Corte) — di “applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto

che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione” (46).

Se, dunque, lo Stato italiano poteva — almeno all'epoca di Taricco — considerarsi libero di considerare la disciplina della prescrizione come parte del diritto penale sostanziale, e coperta come tale dall'insieme delle garanzie del principio di legalità in materia penale, senz'altro plausibili appaiono alla Corte di giustizia le obiezioni della Consulta rispetto al dovere, per il giudice penale, di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. in materia di frodi IVA. Il principio in questione, riconosciuto anche a livello eurounitario dall'art. 49 CDFUE — norma quest'ultima da interpretarsi, giusta il disposto dell'art. 52(3) CDFUE, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 7 CEDU — e da intendersi quale parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, si declina effettivamente attorno ai corollari, puntualmente identificati dall'ordinanza di rimessione della nostra Corte costituzionale, della prevedibilità dell'applicazione della legge penale al momento della commissione del fatto, della sufficiente precisione della legge medesima, nonché del divieto della sua applicazione retroattiva; corollari, tutti, che legittimamente possono essere riferiti, nell'ordinamento giuridico italiano, anche alla disciplina della prescrizione dei reati in materia di frodi IVA (47).

Laddove, dunque, i giudici italiani ritengano che l'applicazione della sentenza Taricco — lasciando almeno parzialmente indeterminati i presupposti della disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. — “conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile”, essi non sarebbero tenuti a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione (48).

Parimenti, essi (non solo non sarebbero tenuti ma) non potrebbero procedere alla disapplicazione “in procedimenti relativi a persone accusate di avere commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza Taricco”, dal momento che ciò comporterebbe l'applicazione a tali imputati di un regime più severo di quello vigente al momento del fatto, e pertanto da essi non prevedibile (49).

Il giudice italiano, in definitiva, non sarà tenuto a disapplicare le norme in questione, ogniqualvolta ritenga che tale disapplicazione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene: e ciò neppure — sottolinea la Corte — qualora l'obbligo di disapplicazione sancito in Taricco “consentisse di rimediare a una situazione nazionale

incompatibile con il diritto dell'Unione”, spettando in tale ipotesi al solo legislatore intervenire per porre rimedio a tale situazione (50).

Di qui la conclusione: l'art. 325(1) e (2) TFUE deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale la disapplicazione delle norme in materia di interruzione della prescrizione nel senso già precisato in Taricco, “a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato” (51).

Conclusione che rende, all'evidenza, superflua una risposta della Corte al terzo, delicatissimo, quesito posto dalla Corte costituzionale italiana, relativo in ultima analisi al significato del limite alla vincolatività del diritto dell'Unione imposto dal rispetto della “identità nazionale” di cui all'art. 4(2) TUE: clausola, vale la pena di insistere sul punto, mai menzionata nella sentenza ora all'esame.

5. L'impatto della nuova sentenza sul diritto penale italiano. — La sentenza della Corte pone delicati problemi di interpretazione sia sul piano del suo significato per il diritto penale italiano (nonché del suo impatto sulla questione di legittimità costituzionale ancora pendente avanti alla Consulta), sia — e a parere di chi scrive ancor più — su quello del diritto dell'Unione europea in materia penale.

Cominciamo allora dal primo profilo, che più direttamente interessa i lettori di questa rivista.

a) Un primo dubbio concerne l'eventuale delimitazione nel tempo dei principi ora enunciati dai giudici di Lussemburgo.

Chiave di volta della sentenza è, infatti, l'affermazione contenuta ai paragrafi 44-45, secondo cui “alla data dei fatti di cui al procedimento principale” il regime della prescrizione per i reati in materia di IVA non era ancora stato fatto oggetto di misure di armonizzazione a livello UE, con la conseguenza che “a tale data” la Repubblica italiana era “libera di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse [...] nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto [...] al principio di legalità dei reati e delle pene”: principio che, come la sentenza di seguito illustra, effettivamente osterebbe alla disapplicazione degli artt. 160-161 c.p. prescritta in Taricco.

Nello stesso paragrafo 44, tuttavia, la sentenza rammenta che, oggi, la disciplina della prescrizione in materia di frodi contro il bilancio dell'Unione (e dunque anche in materia di frodi IVA) è stata fatta oggetto di un'armonizzazione, sia pure “in modo solo parziale”, ad opera della direttiva PIF, entrata in vigore nell'agosto 2017, e destinata ad essere trasposta dagli Stati membri entro il 6 luglio 2019. Di qui, immediata, la domanda se l'ordinamento italiano possa ancor oggi — dopo l'entrata in vigore della direttiva — o possa comunque domani — dopo la scadenza del termine per la sua trasposizione — continuare a considerare la disciplina della prescrizione in materia di frodi IVA come afferente al diritto penale sostanziale, con tutte le relative conseguenze sul piano delle garanzie.

La risposta più plausibile parrebbe quella affermativa. L'art. 12 della direttiva PIF fissa in effetti alcune norme minime in materia di prescrizione dei reati disciplinati nella direttiva medesima: enunciando, al paragrafo 1, il principio generale secondo cui i termini di prescrizione debbono essere tali da consentire un efficace contrasto a tali reati, e specificando ai successivi paragrafi 2 e 3 che i termini non possono essere, quanto meno per i reati più gravi, inferiori a cinque anni, ovvero inferiori a tre anni purché il termine possa essere interrotto o sospeso. Nulla in tale disposizioni stabilisce alcunché in ordine alla natura, sostanziale o processuale, della prescrizione: di talché non si vede come, sulla base della nuova direttiva, lo Stato italiano possa ritenersi privato della libertà di considerare la relativa disciplina come parte del diritto penale sostanziale, e come coperta dalle relative garanzie.

A tale argomento potrebbe, invero, opporsi il principio enunciato dalla stessa Corte di giustizia in Melloni e Åkenberg Fransson, e ribadito dall'odierna pronuncia, secondo cui “quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”. Poiché gli obblighi sanciti dall'art. 325 TFUE richiedono necessariamente misure nazionali di attuazione — si potrebbe argomentare —, la facoltà dello Stato membro di attenersi — nel contrasto alle frodi contro gli interessi finanziari dell'Unione — agli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali dovrebbe trovare un limite, oltre che nel rispetto degli standard di tutela fissati dalla Carta, anche nell'esigenza di non compromettere il primato, l'unità e — per quel che in questo caso rileva — l'effettività del diritto dell'Unione, in ipotesi compromessa dagli ostacoli alla disapplicazione della disciplina in materia di interruzione della prescrizione rappresentati dall'applicazione a tale materia delle

garanzie caratteristiche del diritto penale sostanziale (prevedibilità, sufficiente precisione, divieto di applicazione retroattiva). Tuttavia, un simile argomento avrebbe ben potuto essere speso dalla Corte anche rispetto alla situazione normativa precedente all'entrata in vigore della direttiva PIF; né si vede come l'intervento di quest'ultima direttiva sia suscettibile di modificare la situazione preesistente dal punto di vista della "regola Melloni". Prima e dopo la direttiva PIF, la lotta contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione era oggetto di obblighi derivanti dal diritto UE (quelli discendenti dall'art. 325 TFUE in primis, così come precisati dalla Convenzione PIF prima, e ora dalla corrispondente direttiva), rispetto ai quali le norme italiane esistenti in materia di delitti costituiscono, dal punto di vista del diritto UE, "misure nazionali di attuazione"; e dunque, se la Corte non ha ritenuto — con riferimento alla situazione coperta dalla Convenzione PIF — che il rispetto degli standard nazionali di garanzia della legalità penale sia tale da compromettere l'effettività del diritto dell'Unione (sub specie di contrasto effettivo alle frodi contro il bilancio UE), la stessa conclusione dovrà verosimilmente valere anche con riferimento alla situazione successiva all'entrata in vigore, e alla stessa scadenza del termine di trasposizione, della direttiva PIF.

b) Ciò posto, converrà esaminare un po' più di vicino i meccanismi di interazione, dal punto di vista del giudice penale italiano, tra l'obbligo di disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., sancito in linea di principio da Taricco e ribadito in questa nuova pronuncia, e l'obbligo di rispetto del principio di legalità in materia penale nella sua dimensione 'italiana', che la Corte riconosce ora vincolare il giudice italiano anche con riferimento alla disciplina della prescrizione.

Un primo punto fermo è posto dalla stessa Corte di Lussemburgo, al punto 60 della sentenza: il giudice italiano non potrà disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. nei confronti di tutti gli imputati che abbiano commesso il fatto prima del deposito della sentenza Taricco, e dunque entro l'8 settembre 2015. Non solo, dunque, non potranno essere condannati gli imputati per i quali il termine di prescrizione era già scaduto prima dell'8 settembre 2015, come già risultava evidente da una attenta lettura della sentenza Taricco; ma nemmeno potranno esserlo — sulla base di quanto ora affermato dalla Corte — coloro che abbiano commesso il fatto prima di quella data, e per i quali il termine di prescrizione, calcolato anche sulla base degli artt. 160 e 161 c.p., sia maturato successivamente alla data medesima (52). E ciò in diretta applicazione del principio di diritto italiano secondo cui la disciplina penale applicabile — comprensiva della prescrizione — deve essere prevedibile al momento della commissione del fatto, nonché del connesso divieto di applicazione retroattiva di una disciplina entrata in vigore successivamente al fatto (e come tale non conoscibile in

quel momento). Ciò getta immediatamente un'ombra di illegittimità, sia detto per inciso, su tutte le sentenze definitive di condanna già pronunciate in applicazione dei principi espressi in Taricco, riferite per l'appunto a fatti commessi prima dell'8 settembre 2015 (53): sentenze rispetto alle quali sarà agevole ipotizzare, oggi, altrettante istanze di revoca in sede esecutiva, alle quali non sarà facile dare una risposta negativa (trattandosi di sentenze che la stessa Corte di giustizia riconosce, oggi, essere state pronunciate in violazione del principio di legalità in materia penale).

Quid iuris, però, per i fatti commessi a partire dal 9 settembre 2015 in poi? L'interrogativo non è, ovviamente, ancora attuale; ma resta, nondimeno, stimolante dal punto di vista teorico, nonché — conviene anticiparlo — di non immediata soluzione, almeno a parere di chi scrive. Anzitutto, fissando come spartiacque temporale la data del deposito della sentenza Taricco, i giudici di Lussemburgo confermano che, in linea di principio, la disciplina italiana dell'interruzione della prescrizione in materia di frodi IVA deve intendersi, oggi, modificata per effetto della stessa sentenza Taricco, che sancisce l'incompatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con gli obblighi, dotati di primazia, discendenti dall'art. 325(1) e (2) TFUE. Se e in che misura una simile affermazione sia accettabile da parte dell'ordinamento italiano, è diversa questione, sulla quale ci soffermeremo tra qualche istante; ma non v'è dubbio, almeno a mio parere, che proprio questo abbia inteso dire la Corte. Dopo tutto, un problema di prevedibilità della disciplina applicabile, e di una sua possibile applicazione retroattiva in malam partem, non sussiste per tutti coloro che abbiano commesso il fatto dopo la sentenza, e che sono stati pertanto sufficientemente informati — se non altro — della possibilità di una disapplicazione del termine massimo sancito dagli artt. 160 e 161 c.p., in esecuzione degli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione.

L'unico profilo di frizione rispetto al principio di legalità — o meglio, ai tre corollari di tale principio, di cui la Corte di giustizia discute — parrebbe essere rappresentato dal possibile difetto di precisione della “regola Taricco”, su cui la Corte costituzionale aveva insistito nella propria ordinanza di remissione e cui la stessa Corte di giustizia si riferisce al paragrafo 59 della sentenza. I giudici di Lussemburgo, in verità, non fanno alcuno sforzo per precisare l'obbligo di disapplicazione sancito in Taricco, rinunciando anche — come l'Avvocato generale aveva invece suggerito — a identificare la soglia di “gravità” della frode nella somma di 10 milioni di euro, indicata dall'art. 2(2) della direttiva PIF come criterio di identificazione, appunto, dei reati “gravi” in materia di IVA. Conseguentemente, resteranno con ogni verosimiglianza attuali i dubbi relativi alla compatibilità con il principio di legalità, sub specie di sufficiente precisione della legge penale, dell'obbligo per il giudice italiano di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p.

nella misura in cui dalla loro applicazione deriverebbe l'impossibilità di sanzionare “un numero considerevoli di frode gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea” (54): sicché l'eventuale disfunzionalità di quelle disposizioni rispetto all'obiettivo di una lotta effettiva contro tali frodi — disfunzionalità che dovrebbe peraltro essere nuovamente verificata, tra qualche anno, alla luce delle modifiche nel frattempo introdotte in materia di prescrizione dei delitti tributari dalla legge n. 148/2011 nonché, più in generale, alla luce degli effetti della recente legge n. 103/2017 (c.d. riforma Orlando) — potrà, anche in futuro, essere corretta soltanto da un intervento del legislatore.

Un discorso diverso potrebbe invece svolgersi per quanto riguarda il secondo obbligo enunciato in Taricco, relativo alla disapplicazione degli stessi artt. 160 e 161 c.p. nella parte in cui da essi derivi un trattamento più favorevole per gli autori di frodi IVA (che ledono anche il bilancio europeo) rispetto agli autori di reati che ledono soltanto gli interessi finanziari dello Stato italiano, come il contrabbando di tabacchi. Come è stato da subito rilevato con riferimento alla sentenza Taricco(55), e come è stato ribadito anche con riferimento alla nuova pronuncia della Corte (56), questa seconda parte della “regola Taricco” è, per il giudice italiano, assolutamente precisa: posto infatti che il diritto italiano già prevede l'inapplicabilità del termine massimo di prescrizione sancito dagli artt. 160 e 161 c.p. per il delitto di associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati, dovere del giudice penale sarà — puramente e semplicemente — quello di applicare la medesima disciplina prescrizionale (caratterizzata dall'azzeramento della prescrizione già trascorsa ad ogni atto interruttivo, senza alcun limite massimo) all'ipotesi di associazione finalizzata all'evasione dell'IVA. Naturalmente — conviene ribadirlo — limitatamente ai soli fatti commessi a partire dal 9 settembre 2015, onde evitare la violazione degli altri corollari del principio di legalità poc'anzi esaminati.

c) Quale, a questo punto, la sorte della questione di legittimità costituzionale ancora pendente avanti alla Corte costituzionale?

La risposta fornita dalla Corte di giustizia al quesito pregiudiziale ha certamente disinnescato, per ora, il conflitto: le questioni poste dalla Corte d'appello di Milano e dalla Cassazione sono divenute inammissibili per difetto di rilevanza, posto che entrambe sono relative a casi di specie in cui i fatti addebitati agli imputati sono stati commessi ben prima dell'8 settembre 2015, e in cui dunque — in forza delle precisazioni ora provenute dalla Corte di giustizia — il diritto dell'Unione, impugnato dai giudici a quibus, non dovrà trovare applicazione. Gli imputati in quei procedimenti

potranno tutti essere assolti in pace, con la benedizione della stessa Corte di giustizia; senza che, per giungere a tanto, sia in alcun modo necessario attivare i controlimiti, e dichiarare addirittura illegittima la legge di esecuzione dei trattati. Come dicevo, una serie di nodi restano sullo sfondo, e potranno emergere in futuro (peraltro, in un futuro ancora piuttosto lontano, in quanto concernente solo i fatti commessi a partire dal 9 settembre 2015): primo fra tutti, dal punto di vista del diritto penale (e del diritto costituzionale) italiano, il nodo rappresentato... dal grande assente nella discussione innescata dal rinvio pregiudiziale della Consulta: e cioè dal corollario della riserva di legge in materia penale, secondo il quale le scelte relative alla disciplina dei reati e delle pene (ivi compresa la materia della prescrizione!) sono unicamente riservate, nel nostro ordinamento, alla legge⁽⁵⁷⁾. Oggi come ieri, continua infatti a non essere chiarito se e in che misura il diritto dell'Unione possa legittimamente, dal punto di vista del diritto costituzionale italiano, determinare direttamente — in assenza della mediazione della legge nazionale — la responsabilità penale di un individuo, anche soltanto in conseguenza della disapplicazione di una disposizione nazionale di favore (come quella, appunto, che stabilisca un termine massimo di prescrizione in caso di eventi interruttivi); nonché se una sentenza della Corte di giustizia, nella sua funzione di interprete autentico del diritto UE, possa in effetti modificare il diritto penale nazionale, sia pure con effetti soltanto pro futuro, come è accaduto con la sentenza Taricco, secondo la stessa interpretazione fornita ora dalla Corte di giustizia ⁽⁵⁸⁾.

Su questi aspetti, del resto, la Corte costituzionale prudentemente non si era pronunciata nella propria ordinanza di rimessione, limitandosi a dichiarare — come il lettore attento rammenterà — di non voler contestare la lettura dell'art. 325 TFUE come norma dotata di effetti diretti (anche in malam partem!) fornita allora dalla Corte di giustizia ⁽⁵⁹⁾, e oggi ribadita nella sentenza M.A.B. Vedremo, in futuro, se e in quali termini la questione si ripresenterà all'attenzione della nostra giurisprudenza penale e costituzionale, in relazione alle future evoluzioni del diritto dell'Unione in materia penale.

6. L'impatto della sentenza sul diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo alla politica penale dell'Unione. — Assai più immediate sono, mi pare, le implicazioni della sentenza in esame sul futuro del diritto penale dell'Unione, e in generale sul piano della tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico eurounitario. Nel (comprensibile) intento di evitare lo scontro con la Corte costituzionale italiana, i giudici di Lussemburgo hanno infatti accuratamente evitato di prendere posizione sui nodi più problematici portati alla luce in questa intricata vicenda: con il risultato di lasciare l'interprete con molti dubbi, e pochissime certezze.

a) Resta anzitutto non chiarito perché mai la sentenza Taricco abbia ritenuto di attribuire effetto diretto a una disposizione come l'art. 325 TFUE(60): una sorta di peccato originale, a sommosso avviso di chi scrive, mai rilevato dai giudici nelle tappe successive di questa intricata vicenda, ed anzi ora espressamente ratificato da questa seconda pronuncia della Corte di giustizia. Eppure, se può apparire plausibile attribuire un tale effetto al secondo paragrafo dell'art. 325 — nella misura in cui esso si presta ad essere letto come un divieto incondizionato, a carico dello Stato, di apprestare un trattamento sanzionatorio più favorevole alle frodi che offendono gli interessi dell'Unione rispetto a quelle che offendono solo gli interessi erariali nazionali —, non è affatto chiaro come possa essere considerata idonea a produrre effetti diretti una norma che, come il primo paragrafo dell'art. 325, è ben lungi dall'essere precisa e incondizionata, sancendo esclusivamente (nonostante le dichiarazioni in senso contrario contenute nel paragrafo 38 della sentenza M.A.S.) un generico obbligo di risultato che presuppone necessariamente ulteriori misure di attuazione da parte dello Stato membro, il cui contenuto è largamente affidato alle valutazioni discrezionali del legislatore nazionale — al punto che la Corte stessa afferma non potersi derivare da tale norma neppure un generico obbligo di prevedere sanzioni penali a carico del trasgressore. Siamo dunque agli antipodi della tipica situazione in cui il diritto UE attribuisce effetto diretto a norme di diritto primario o derivato: di talché la sentenza Taricco sembra sotto questo specifico profilo inaugurare, probabilmente senza neppure essersene avveduta e comunque senza averne in alcun modo esplicitato le ragioni, una giurisprudenza assai più estensiva in materia di effetto diretto delle norme dei trattati rispetto a quella sinora adottata.

b) Resta parimenti non affrontata — questa volta, certamente, per scelta consapevole della Corte di giustizia — la questione dell'interpretazione del concetto cruciale di identità nazionale di cui all'art. 4(2) TUE, e di chi sia giudice ultimo competente a determinarne il contenuto in caso di conflitto tra le valutazioni in proposito rispettivamente dell'Unione e dello Stato membro (61). Come già sottolineato, la Corte costituzionale aveva cercato con il proprio terzo quesito di 'stanare' la Corte di giustizia su questo terreno, provocandola a prendere posizione in un senso o nell'altro: ad affermare, cioè, la propria esclusiva competenza nella determinazione del limite in parola (anche a costo di provocare l'opposizione dei 'controlimiti' costituzionali al diritto UE da parte della Corte nazionale), ovvero a riconoscere che la relativa competenza non può che appartenere allo Stato membro (62) (con conseguente accettazione di ciò che la Corte di giustizia nella sua sessantennale giurisprudenza non ha mai riconosciuto, e cioè la relativizzazione del principio del primato del diritto UE (63)).

La Corte di giustizia, come si è visto, non è caduta nel tranello, e ha evitato accuratamente di fornire una risposta al quesito, semplicemente escludendo qualsiasi profilo di contrasto tra il diritto UE e il rispetto del principio di legalità nella sua dimensione nazionale nella specifica materia in discussione, attraverso l'affermazione di una facoltà (paragrafo 59) — o forse addirittura di un dovere (paragrafo 60) — in capo ai giudici italiani di non ottemperare agli obblighi statuiti dalla Corte nella sentenza Taricco in nome della tutela dei diritti fondamentali dell'imputato.

c) La questione di fondo del rapporto tra la dimensione europea e quella nazionale dei diritti fondamentali, nelle materie a competenza ripartita tra Unione e Stati membri — in altre parole, nelle materie in cui il perseguimento degli obiettivi fissati dall'Unione richiede necessariamente misure di attuazione da parte degli Stati membri, come nel caso del contrasto alle frodi contro gli interessi finanziari dell'Unione —, non tarderà d'altra parte a ripresentarsi in futuro.

La Corte di giustizia ha evitato, anche qui, di confrontarsi *funditus* con il problema, attraverso l'escamotage di negare che la materia della prescrizione dei reati contro gli interessi finanziari dell'Unione fosse oggetto, all'epoca di Taricco, di misure di armonizzazione a livello dell'Unione. Ma di mero escamotage si tratta, dal momento che la materia della lotta alle frodi contro il bilancio UE era certamente una materia regolata dal diritto UE, dall'art. 325 TFUE in giù; onde il punto problematico era di stabilire se, nell'ambito di quella materia, lo Stato membro fosse autorizzato a mantenere in vigore, e ad applicare concretamente, una regolamentazione (quella relativa alla prescrizione) che a parere della stessa Corte di giustizia frustra l'obiettivo di una lotta effettiva contro le frodi medesime (64); e ciò in nome dell'esigenza di assicurare uno standard di tutela puramente nazionale del principio di legalità dei reati e delle pene, superiore a quello comune fissato dalla Carta.

La laconicità, e voluta ambiguità, dei passaggi decisivi della sentenza non deve in effetti trarre in inganno il lettore: la sottolineatura da parte della Corte del carattere anche 'europeo' del principio di legalità dei reati e delle pene, nonché della sua appartenenza alle "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati membri (65), non significa affatto che la Corte abbia inteso così arricchire — in una sorta di processo di irenica osmosi — la nozione 'europea' di tale principio di tutti i suoi corollari riconosciuti dalla specifica tradizione costituzionale italiana, tra cui la sua estensione alla materia della prescrizione (66). Il livello di tutela del principio di legalità cui tutti gli Stati membri e l'Unione stessa sono vincolati continua ad essere, anche dopo questa sentenza, quello stabilito dall'art. 49 CDFUE, il cui contenuto è identico a quello dell'art. 7 CEDU così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo; un contenuto, vale la pena di ribadirlo, che pacificamente già comprende i corollari della

prevedibilità, sufficiente precisione e non retroattività enfatizzati dalla nostra Corte costituzionale e ripresi fedelmente dalla Corte di giustizia, ma che altrettanto pacificamente non si estende alla materia della prescrizione (67): tant'è che la Corte di giustizia medesima ribadisce, anche in quest'ultima sentenza (paragrafo 42) che nulla osterebbe, dal punto di vista del *nullum crimen* europeo, ad un allungamento retroattivo dei termini di prescrizione da parte del legislatore.

La Corte di giustizia è dunque ben consapevole che, oggi come ieri, i due concetti di legalità penale — europeo e italiano — non coincidono, e che il secondo è più ampio del primo, quanto meno nella specifica materia della prescrizione (68). L'operazione compiuta dalla Corte in questa sentenza è, soltanto, quella di autorizzare le autorità giudiziali italiane ad attenersi allo standard di tutela nazionale nell'esecuzione di obblighi di fonte europea (relativi alla lotta contro le frodi al bilancio UE), anche a costo di frustrare in tal modo, almeno in parte, l'effettività degli obblighi medesimi.

Se così è, non può non porsi a questo punto la questione del rapporto tra questa sentenza e la “regola Melloni”, richiamata obliquamente dalla Corte attraverso la citazione di Åkenberg Fransson(69). Siamo qui in presenza di un *overruling* mascherato, o quanto meno di un deciso ridimensionamento di quel principio (70), che — conviene rammentarlo ancora una volta — postula che ogniqualevolta lo Stato membro sia chiamato ad attuare obblighi di fonti UE, esso possa attenersi ai propri più elevati standard di tutela dei diritti fondamentali soltanto nella misura in cui da tale tutela non derivi un pregiudizio al primato, all'unità e — per che qui più rileva — all'effettività del diritto dell'Unione? Ovvero le due sentenze sono in qualche modo riconciliabili? (71).

Il caso Melloni aveva posto, in effetti, una questione sotto molti profili analoga a quella ora in discussione. L'autorità giudiziaria italiana aveva richiesto all'autorità giudiziaria spagnola l'esecuzione di un mandato d'arresto finalizzato all'esecuzione di una sentenza definitiva di condanna per il delitto di bancarotta, emessa in esito a un procedimento svoltosi in contumacia, ma del quale l'imputato era stato debitamente informato e nel quale si era difeso attraverso propri legali di fiducia. La Corte costituzionale spagnola, investita del ricorso del condannato contro il provvedimento di esecuzione del mandato di arresto, aveva tuttavia rilevato che il diritto costituzionale spagnolo vieta in termini generali i processi in *absentia*, e che la costante giurisprudenza nazionale aveva sempre rifiutato l'extradizione di persone condannate in contumacia, ritenendo che tale *modus procedendi* violi necessariamente il loro diritto al processo equo. Dal momento, però, che né la

decisione quadro UE sul mandato d'arresto, né la legge nazionale d'esecuzione consentivano che la consegna fosse rifiutata per questo motivo, la Corte costituzionale iberica aveva formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendole non solo di stabilire se fosse compatibile con gli artt. 47 e 48(2) CDFUE la consegna di una persona condannata in esito a un processo in absentia, ma anche — in caso di risposta affermativa a tale quesito — di chiarire se l'art. 53 CDFUE consentisse all'ordinamento spagnolo di applicare, in un procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo, il più elevato livello di tutela del diritto al processo equo garantito dalla Costituzione nazionale rispetto al livello di tutela assicurato dalla Carta. Quesito, quest'ultimo, al quale la Corte di giustizia — allora diligentemente allineatasi all'opinione espressa dall'Avvocato generale Bot — aveva, come sappiamo, risposto negativamente: il rifiuto della consegna pregiudicherebbe l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione; nel momento in cui attuano il diritto dell'Unione, i giudici spagnoli dovranno attenersi ai soli livelli di tutela uniformi sanciti dalla Carta, e tradottisi nei (soli) motivi di rifiuto della consegna già previsti dalla decisione quadro.

Nel proprio rinvio pregiudiziale, la Corte costituzionale italiana aveva cercato di distinguere la questione ora all'esame da quella esaminata dalla Corte di giustizia in Melloni, rilevando che in quel caso il riconoscimento di un motivo di rifiuto basato sul rispetto di un diritto fondamentale riconosciuto dal solo ordinamento nazionale “avrebbe comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme”, mentre nel caso ora all'esame non sarebbe stato in discussione il primato del diritto dell'Unione, non essendo in questione la regola enunciata dalla sentenza Taricco, “ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice”; impedimento che, aveva osservato la nostra Corte, “non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale” (72).

La Corte di giustizia, come già osservato, non si confronta con Melloni, e non chiarisce pertanto le ragioni per le quali il nuovo caso di specie sia distinto rispetto al precedente. Le ragioni addotte dalla nostra Corte costituzionale appaiono, però, già prima facie assai poco persuasive (73): dopo tutto, anche nel caso spagnolo era in discussione “l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale” alla “applicazione diretta da parte del giudice” di una regola europea — quella, per l'appunto, che imponeva la consegna della persona richiesta —; impedimento

consistente, esattamente come nel caso che ora ci occupa, di una maggiore estensione a livello interno del medesimo diritto fondamentale (là il diritto al processo equo, qui il principio di legalità dei delitti e delle pene). E la mancata osservanza dell'obbligo europeo rischiava di determinare, ora come allora, un pregiudizio quanto meno all'effettività del diritto europeo, nonché mediamente al suo stesso primato. Maggiormente persuasivo potrebbe risultare, forse, un distinguishing fondato sul maggiore grado di armonizzazione determinato dalla presenza di una decisione quadro estremamente dettagliata come quella sul mandato di arresto europeo (74), rispetto ad una situazione come quella della lotta alle frodi al bilancio UE, in cui l'armonizzazione tra gli Stati membri era — specie prima della direttiva PIF — assai imperfetta, sì da rendere implausibile la prospettazione di un pregiudizio ad una (ancora inesistente) unità del diritto UE.

Ma anche se così fosse, il problema sarebbe destinato a riproporsi in futuro, sotto nuove vesti. Pensiamo a settori normativi, sempre nell'ambito del diritto penale, oggetto di puntuale armonizzazione da parte di decisioni quadro e direttive che descrivono con precisione gli obblighi di criminalizzazione che gli Stati sono tenuti a trasporre nei rispettivi ordinamenti; obblighi di criminalizzazione che, in ipotesi, rispettano integralmente i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta. Quid iuris, però, se uno Stato membro — che pure abbia votato a favore, in Consiglio, dell'atto UE in questione, o che comunque non abbia azionato a tempo debito il 'freno d'emergenza' previsto dall'art. 83 TFUE — dovesse poi scoprire di non potere trasporre un obbligo di criminalizzazione previsto dall'atto medesimo, o di non poterlo comunque applicare in concreto, in ragione di un ostacolo costituzionale di ordine interno, derivante dalla logica di tutela di un diritto fondamentale tutelato in misura più ampia nell'ordinamento interno rispetto a quanto accada in sede europea? Potrebbe in tale ipotesi lo Stato sottrarsi all'esecuzione degli obblighi sanciti dal diritto dell'Unione, invocando l'art. 53 CDFUE (e/o la clausola dell'identità nazionale di cui all'art. 4(2) TUE)?

L'esempio è tutt'altro che scolastico. Prendiamo la decisione quadro 2008/913/GAI in materia di razzismo e xenofobia, il cui art. 1(1)(c) e (d) impone agli Stati membri di criminalizzare, tra l'altro, la "apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'unumanità e dei crimini di guerra" e in particolare della Shoà contro il popolo ebraico (75); ed immaginiamo che l'ordinamento di uno Stato membro ritenga, alternativamente, a) di non potere trasporre tale obbligo nell'ordinamento interno in relazione all'ostacolo rappresentato dal diritto costituzionale alla libertà di espressione che, così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale nazionale, osterebbe a una simile

criminalizzazione, ovvero b) di non poter condannare nel caso concreto un imputato accusato del delitto previsto dalla legge nazionale che abbia fedelmente trasposto la decisione quadro, per l'esistenza del medesimo ostacolo di carattere costituzionale. Nel primo caso, le obiezioni dello Stato potrebbero essere portate all'attenzione della Corte di giustizia in via, per così dire, di eccezione nella eventuale procedura di infrazione avviata dalla Commissione per mancata trasposizione della decisione quadro; mentre, nel secondo caso, la questione ben potrebbe essere sollevata nel quadro di un rinvio pregiudiziale, in cui l'autorità nazionale procedente — lo stesso giudice penale, o se del caso la stessa corte costituzionale nazionale — potrebbe per l'appunto chiedere alla Corte di giustizia se l'art. 53 CDFUE autorizzi lo Stato a non punire una condotta che dovrebbe e potrebbe legittimamente essere punita dal punto di vista del diritto UE, ma che costituisce al tempo stesso oggetto di un diritto costituzionale all'interno dello Stato membro.

Scenari siffatti potrebbero essere facilmente ipotizzati anche in molti altri contesti: e basti pensare ai penetranti obblighi di incriminazione stabiliti dalla nuova direttiva antiterrorismo, caratterizzati da un'esasperata anticipazione (e soggettivizzazione) della tutela penale, che potrebbe sollevare in molti Stati membri legittimi dubbi sulla loro compatibilità con i diritti fondamentali garantiti dalle rispettive tradizioni nazionali.

Quale la possibile reazione della Corte a fronte di simili pretese da parte degli Stati membri?

Difficile, naturalmente, formulare previsioni: *habent sua sidera lites*, recita la vecchia saggezza del popolo dei giuristi; e proprio la vicenda Taricco mostra, una volta di più, quanto le corti sappiano accortamente evitare di confrontarsi con le questioni di principio quando la posta in gioco è molto alta sul piano politico. Strategie 'compromissorie', del resto, non mancherebbero neppure nei casi qui ipotizzati, ove la Corte di giustizia potrebbe — ancora una volta senza sconfessare frontalmente Melloni — arricchire di volta in volta il contenuto del diritto fondamentale a livello 'europeo' e annullare parzialmente, pertanto, la stessa decisione quadro o direttiva pertinente; ovvero inventarsi nuove vie per concedere allo Stato una sorta di licenza speciale a violare gli obblighi europei, avallando magari la curiosa costruzione — come si è argutamente osservato proprio a proposito di quest'ultima sentenza (76) — di obblighi europei la cui osservanza... non è però obbligatoria per gli Stati membri.

Le vie del Signore sono, dopo tutto, infinite.

7. Riflessioni conclusive. — Senso di sollievo, dunque, per una sentenza che ha saggiamente evitato un pernicioso scontro tra le massime giurisdizioni italiane ed europee; ma, al tempo stesso, molti interrogativi che restano aperti, sul piano del diritto europeo forse più che del diritto penale interno, e che verosimilmente non tarderanno a ripresentarsi all'attenzione della Corte di giustizia. Sullo sfondo, mi pare resti la grande tensione tra europeismo e sovranismo(77), che ha sempre caratterizzato il percorso politico, istituzionale e culturale dell'Unione europea, ma che oggi appare particolarmente acuta, anche a causa del successo dei movimenti populistici in molti paesi europei. Una tensione che, qui, assume le vesti di una difesa — si direbbe a oltranza — delle tradizioni costituzionali nazionali a fronte dell'invadenza del diritto europeo, percepito come un corpus normativo estraneo contro il quale conviene senz'altro difendersi; e ciò anche quando le tradizioni costituzionali nazionali si fondino su postulati quanto meno discutibili, come la ripulsa generalizzata dei processi in absentia — anche quando l'imputato, debitamente informato del processo, abbia volontariamente rinunciato a comparire in giudizio —, ovvero l'idea, che continuo a ritenere stravagante, per cui il consociato avrebbe un diritto costituzionalmente tutelato di sapere in quanto tempo si prescriverà il reato che sta per commettere, per poter così scommettere con migliore cognizione di causa sulla propria impunità.

La questione di fondo — dallo specifico angolo visuale del diritto penale — è però la seguente: davvero è pensabile una politica criminale europea, fondata su regole comuni o comunque ampiamente armonizzate, se l'efficacia di queste regole potrà poi legittimamente essere compromessa dagli ostacoli posti da ciascuna delle ventisette differenti tradizioni costituzionali nazionali degli Stati membri — magari sotto la nobile parola d'ordine, così appealing dal punto di vista linguistico, dell'“unità nella diversità”, ora invocata dalla nostra Corte costituzionale? (78).

A me pare che, per quanto sgradevole possa suonare alla sensibilità dei molti soloni nazionali, la risposta fornita da Melloni a tale interrogativo sia a conti fatti l'unica in grado di garantire una qualche effettività alla politica criminale europea, presente e futura. Una risposta che altro non è se non il coerente sviluppo delle due idee fondamentali espresse dalla Corte di giustizia fin dal 1970, in *Internationale Handelsgesellschaft*: i) lo Stato membro non può sottrarsi all'osservanza degli obblighi derivanti dal diritto UE assumendo la loro contrarietà con norme del proprio ordinamento nazionale, ancorché esse abbiano rango costituzionale; tuttavia, ii) è compito dell'Unione assicurare la tutela dei diritti fondamentali a livello, appunto, europeo, attraverso la valorizzazione — allora — delle tradizioni costituzionali comuni, e — oggi — della stessa Carta dei diritti fondamentali, da leggersi anche

attraverso il filtro rappresentato dalla Convenzione europea e della sua interpretazione ad opera della Corte di Strasburgo.

L'obiettivo non potrà che essere, allora, quello di impegnarsi — anziché nella difesa agguerrita della diversità nazionale, destinata a tradursi in altrettanti limiti nazionali alla vincolatività del diritto dell'Unione europea — nella costruzione e nel consolidamento di un quadro comune, e unitario, di garanzie dei diritti fondamentali a livello europeo: facendosi carico dei difficili bilanciamenti che tale processo comporta, anche in relazione alle confliggenti esigenze di tutela di interessi collettivi di grande importanza come, nel caso della tutela del bilancio dell'Unione, i quattrini di tutti noi contribuenti, e le molte politiche comuni che con tali quattrini vengono finanziate. Magari senza dimenticare che dall'Europa sono giunte negli ultimi anni spinte importanti, ed assai efficaci, ad innalzare il livello di tutela dei diritti fondamentali rispetto a quanto già non accadesse in base alla nostra tradizione costituzionale nazionale: tradizione storicamente poco attenta — anche per la mancanza nel nostro ordinamento di un rimedio giurisdizionale a disposizione dell'individuo contro le lesioni dei diritti fondamentali — alla difesa di tali diritti, troppo spesso riguardati dalla Consulta sotto le vesti di “principi ordinamentali” a valenza oggettiva anziché di veri e propri diritti soggettivi, come accade invece nel contesto europeo. La strada così prefigurata mi pare senza alternative credibili: a meno di voler condannare all'ineffettività, o a rinunciare a priori, a una politica criminale europea, in un mondo in cui — per effetto anche della rivoluzione informatica, che ha abbattuto ogni frontiera nazionale in maniera cento volte più radicale di quanto non lo abbia fatto Schengen — il crimine, dal terrorismo alla corruzione o agli abusi sessuali su minori, si dipana su scala sempre più transnazionale, e reclama pertanto risposte unitarie e coerenti, quanto meno nello spazio giuridico europeo. Che è peraltro — anche questo sarebbe bene non dimenticarlo — uno spazio giuridico in cui tali risposte debbono oggi armonizzarsi con un nucleo assai vasto di diritti fondamentali, fatti propri dal diritto dell'Unione e tutelati all'interno di questo stesso spazio giuridico in maniera assai più intensa ed effettiva di quanto non accada in qualsiasi altra regione del mondo.

Fonte: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.3, 2015, pag. 1177

Autori: Roberto E. Kostoris

PROCESSO PENALE, DIRITTO EUROPEO E NUOVI PARADIGMI DEL PLURALISMO GIURIDICO POSTMODERNO

Documenti correlati

Sommario: 1. Un mondo in divenire. — 2. L'integrazione europea nello Spazio di Libertà sicurezza e giustizia. — 3. Il sistema reticolare delle fonti. — 4. Processo penale ed eclissi della sovranità nazionale. — 5. Il ruolo del giudice nelle dinamiche applicative del diritto europeo: disapplicazione e interpretazione conforme. — 6. Crisi del principio di legalità e nuovi modelli di legalità europea. — 7. Un'ibridazione 'orizzontale': regole processuali interne e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. — 8. Prospettive di istituzione di una Procura europea e regole processuali nazionali. — 9. Considerazioni conclusive.

Abstract

Il lavoro si propone di evidenziare i mutamenti di paradigma e di approccio metodologico che l'incontro/scontro del diritto interno con il diritto europeo dopo Lisbona è suscettibile di determinare sul piano del processo penale. Al riguardo viene considerato il nuovo sistema reticolare delle fonti, che determina un'eclissi della sovranità nazionale, una "relativizzazione" del diritto processuale penale interno, una crescita di poteri del giudice e una nuova concezione della legalità di tipo sostanziale-teleologico. Vengono, inoltre, esaminate le ibridazioni che il diritto nazionale può subire per effetto del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e, in una prospettiva de iure condendo, per effetto dell'istituzione di una Procura europea.

1. Un mondo in divenire. — Il Trattato di Lisbona e la caduta dell'Europa a Pilastri rappresentano una tappa centrale nel percorso di integrazione europea sul piano della giustizia penale. Tappa che trova il suo completamento con la conclusione il 1^o dicembre 2014 del regime transitorio quinquennale previsto dal protocollo 36 del Trattato. Da quel momento tutti i meccanismi comunitari diventano pienamente operativi nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. È dunque un'occasione propizia per fermarsi a riflettere sulle prospettive che questo snodo epocale apre per il nostro processo penale.

Lo faremo con particolare riferimento al diritto dell'Unione, ma amplieremo lo sguardo anche al diritto CEDU, cercando di cogliere i variegati tratti che caratterizzano questo delicato momento di transizione. Il diritto europeo è figlio di una società liquida e pluralista; presenta caratteristiche morfologiche particolari; impone, ormai anche nel campo della giustizia penale, cambi di paradigma radicali e profondi, che coinvolgono non solo un settore circoscritto come quello della cooperazione giudiziaria, che, a prima vista, parrebbe essere il suo campo applicativo naturale, ma

il nostro stesso diritto processuale penale interno nel suo complesso. Ed è un coinvolgimento destinato ad incidere sempre più nel profondo, sui nostri schemi mentali, sulla nostra stessa cultura.

L'incontro (o lo scontro) del diritto europeo con il nostro diritto, o meglio, l'ibridazione di quest'ultimo con il primo, rappresenta una manifestazione di quella generale crisi della postmodernità giuridica che abbraccia ogni settore giuridico e che si identifica nella crisi della "legge", quale ideale regolativo astratto, dotato di coerenza e sistematicità, quale fonte monopolistica del diritto e quale peculiare espressione della sovranità statale, che aveva caratterizzato le legislazioni dell'Ottocento e della prima metà del Novecento. E che si risolve a sua volta, nella crisi del positivismo giuridico (1). La giustizia penale non ne rimane indenne. L'erompere massiccio dell'Europa anche in questo settore costringe ad abbandonare consolidate certezze, peraltro troppo mitizzate, e a ragionare di nuovi modelli. E — come avvertiva Spinoza — di fronte al nuovo non serve disperarsi o rallegrarsi, ma occorre anzitutto cercare di capire.

2. L'integrazione europea nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. — Per lumeggiare queste prospettive di cambiamento metodologico suscitate dal diritto europeo, mi soffermerò, in particolare, su tre aspetti in cui esso si riverbera in vario modo, essendo tutti espressione del processo di integrazione europea sul versante della giustizia penale: il nuovo sistema multilivello delle fonti, il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e l'armonizzazione dei sistemi statuali, e la possibile creazione di un ufficio di accusa europea. Queste problematiche si ambientano in uno scenario comune, rappresentato dallo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", che, a partire dal Trattato di Amsterdam (1997), è inteso come "Spazio" giudiziario europeo, che non si sostituisce a quello dei territori nazionali, ma che vi si aggiunge, un po' come la cittadinanza europea si aggiunge a quella nazionale, per sottolineare l'appartenenza a un'entità politica comune (2): un contesto nel quale si determina una prima incrinatura nel principio di stretta territorialità, e, quindi, nel dominio riservato della sovranità interna in materia penale, dato che nell'ambito dello "Spazio" l'Unione si impegna a tutelare la sicurezza dei cittadini e a lottare contro la criminalità (3). Nel Trattato di Lisbona lo "Spazio" assurge addirittura ad obiettivo centrale dell'Unione (4) e alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale vengono applicati tutti i meccanismi del diritto comunitario, che precedentemente erano riservati solo alle materie di Primo Pilastro, archiviando definitivamente le logiche del metodo intergovernativo (5). Si aprono così nuovi scenari. Si ripropongono infatti anche in questo ambito — e certamente con caratteristiche ancor più pervasive, date le peculiarità che presenta la materia che stiamo trattando — tutti i

profili che hanno caratterizzato il percorso di integrazione europea (6): i rapporti tra Unione e Stati membri, con le rispettive ripartizioni di competenza; le procedure di formazione degli atti normativi dell'Unione in materia penale (in quella ordinaria il Parlamento europeo diventa colegislatore assieme al Consiglio e non è più richiesto il penalizzante requisito dell'unanimità); il primato del diritto dell'Unione rispetto a quello degli ordinamenti interni; il ruolo della Corte di giustizia e i suoi rapporti con i giudici nazionali (Corti costituzionali comprese); i rapporti tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, entrambe chiamate, sia pure a fini, in modi e in forme diversi, alla tutela dei diritti fondamentali. Tutela che rappresenta uno dei cardini del diritto dell'Unione, il quale riconosce (art. 6 TUE) come principi generali del diritto UE i diritti tutelati dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e consacra come testo primario che ha “lo stesso valore giuridico dei trattati” la Carta dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza), la cui applicabilità (7) si estende a tutto il diritto dell'Unione, ora anche in materia di giustizia penale.

Infine, il Trattato di Lisbona attribuisce per la prima volta esplicitamente all'Unione il potere di legiferare in materia penale sostanziale e processuale (rispettivamente artt. 83 e 82 TFUE) attraverso direttive di armonizzazione: si tratta di un potere dichiaratamente finalizzato a creare maggior fiducia reciproca tra gli ordinamenti nazionali, per agevolare la cooperazione giudiziaria e favorire, in particolare, il mutuo riconoscimento, ma che, nondimeno, implica la fissazione di “regole minime” comuni alle quali le legislazioni interne sono chiamate a conformarsi. Non si tratta di una logica di tipo “federale”, dato che non si presuppone una separazione di piani e di sfere d'azione tra livelli sottoordinati nazionali e sovraordinato europeo. È invece quest'ultimo ad incidere tout court sui primi. Ne viene — e il rilievo è per noi della massima importanza — che, in questo modo, l'Unione è legittimata a compiere scelte di politica criminale destinate a riverberarsi direttamente — tramite le normative nazionali di recepimento — sulle nostre regole di procedura penale interne, potendone mutare così la fisionomia.

3. Il sistema reticolare delle fonti. — Queste considerazioni ci introducono al primo e certamente al più importante dei tre temi cui facevamo riferimento in esordio: quello del sistema multilivello delle fonti. A tale proposito, lo sguardo deve ricomprendere la produzione di entrambe le Europe: quella dell'Unione, con il diritto primario contenuto nei Trattati e nella Carta di Nizza e il diritto derivato, costituito da direttive, regolamenti, decisioni e vecchie decisioni quadro di Terzo Pilastro, ormai parificate alle direttive dopo il 1° dicembre 2014, e quella del Consiglio d'Europa, il cui prodotto giuridico maggiormente significativo è rappresentato dalla CEDU, che sta

assumendo un rilievo sempre più centrale per il nostro processo penale. A tale produzione di marca spiccatamente europea si aggiunge poi quella di matrice internazionale di specifica incidenza in materia di giustizia penale per molti Paesi europei, compresa l'Italia. Si pensi alla Convenzione di Palermo sul crimine organizzato internazionale del 2000, alla Convenzione di Budapest sui crimini informatici del 2001, o alla Convenzione di assistenza giudiziaria penale internazionale del 1959, per citare solo alcune delle più note.

A queste fonti normative si affiancano poi quelle giurisprudenziali delle due Corti di vertice europee: la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Corti che operano in ambiti, con funzioni, regole e procedure assai diverse. Basti pensare che la Corte di giustizia è una Corte di integrazione europea e svolge un controllo di tipo interno rispetto all'ordinamento dell'Unione del quale fa parte, mentre la Corte europea è una Corte dei diritti umani e le spetta un controllo esterno sul rispetto di quei diritti da parte dei vari ordinamenti nazionali (8). Nondimeno, queste Corti sono accomunate dal fatto che le loro decisioni si presentano esse stesse come fonti di produzione del diritto europeo. Si è parlato in proposito di "giurisprudenza fonte" (9), perché questi organi non solo interpretano il diritto europeo, ma lo statuiscono, perché ne costruiscono autonomamente il contenuto precettivo mentre lo applicano. Nonostante nessuna norma attribuisca, in realtà, loro formalmente un ruolo esorbitante da quello di una mera nomofilachia (cfr., rispettivamente, gli artt. 19 TUE e 32 CEDU), di fatto queste Corti si comportano come giudici legislatori. Alla Corte europea una simile funzione viene implicitamente riconosciuta quando si fa riferimento — ormai anche da parte degli stessi atti dell'Unione — alla CEDU "così come interpretata" dai giudici di Strasburgo. Mentre, dal canto suo, la nostra Corte costituzionale nelle celebri sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 ha attribuito a quelle interpretazioni addirittura il valore di parametri interposti di costituzionalità (10).

La Corte di giustizia, poi, quel ruolo paralegislativo se l'è attribuito da sé con la sua storia, avendo creato dal nulla, in assenza di basi legali, i fondamenti stessi del diritto comunitario, che solo in tempi successivi avrebbero trovato sedimento in testi normativi (11). Tutto questo ci dà l'immagine di un diritto plurale. Di un diritto che anche in campo penale non si restringe più alle sole norme legislative. E, soprattutto, di un sistema complesso e articolato di fonti, che non si struttura secondo il modello gerarchico a noi familiare di matrice Kelseniana della piramide, con il quale un ordinamento chiuso definisce le proprie fonti di produzione giuridica, ponendo al suo vertice la legge di origine parlamentare e affidando alla giurisprudenza un ruolo

sostanzialmente (anche se non passivamente) applicativo della stessa (12). Il pluralismo giuridico europeo ci presenta invece un trama reticolare delle fonti, nell'ambito della quale ordinamenti diversi — quelli nazionali e quello europeo — anziché atteggiarsi a monadi autonome, autosufficienti ed esclusive, impermeabili ed indifferenti l'una all'altra, si pongono in comunicazione, in dialogo reciproco (13). Ciò determina che norme e istituzioni che appartengono a ordinamenti diversi coesistono, si intrecciano e interagiscono dinamicamente su uno stesso oggetto. Si tratta di un fenomeno che si presenta come una tipica manifestazione a livello regionale di globalizzazione giuridica, espressione della complessità della società pluralistica postmoderna. In questo contesto, l'Unione integra una “comunità di diritto”, dotata di un “ordinamento autonomo e autosufficiente” (14), in continua espansione, che si impone imperativamente sugli ordinamenti degli Stati membri. Quest'insieme di elementi produce una serie di importanti conseguenze tra loro strettamente correlate: una progressiva crisi della sovranità statale e una conseguente “relativizzazione” del diritto interno e del concetto tradizionale di legalità; il venir meno della coerenza normativa e l'inevitabile prodursi, in un contesto intrecciato di fonti, di antinomie e contrasti; il progressivo affermarsi di una razionalità “materiale” sulla razionalità “formale” di matrice codicistica; l'enfatizzarsi sotto vari profili del ruolo del giudice e, più in generale, dell'interprete.

4. Processo penale ed eclissi della sovranità nazionale. — Le varie forme in cui si esprime la prevalenza del diritto europeo portano un duro colpo al mito della sovranità e al monopolio statale nella produzione giuridica. Nel sistema pluralistico lo Stato non è più l'unico dispensatore di diritto, nemmeno all'interno di quel “recinto sacro” rappresentato dalla giustizia penale in cui la sovranità trovava la sua massima espressione, come era avvenuto nel corso degli ultimi due secoli, nell'era delle codificazioni. Il diritto processuale penale non è infatti costituito più solo da quello contenuto nel codice ed inoltre quel medesimo diritto codicistico è destinato a non apparire più lo stesso nell'impatto con il diritto europeo.

Indubbiamente, sia nel Trattato di Lisbona, sia nella Carta di Nizza si insiste di continuo sui confini che delimitano il diritto dell'Unione, sul fatto che, in forza del principio di attribuzione, l'Unione può agire esclusivamente con poteri di natura derivata, cioè negli stretti limiti delle competenze demandate dagli Stati membri, attraverso volontarie cessioni di sovranità. E in ossequio al principio di sussidiarietà, il quale impone che ogni suo intervento sia subordinato alla condizione di dimostrarsi più efficace di quello statale nella realizzazione degli obiettivi prescelti. Ed è anche vero che è lo stesso diritto dell'Unione a valorizzare per primo i più importanti principi

giuridici nazionali. Sia facendoli propri, come nel caso dei diritti che discendono dalle “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri, ai quali, in connessione con quelli garantiti dalla CEDU, riconosce il ruolo di suoi principi fondamentali (art. 6 TUE); sia prescrivendo addirittura che prevalgano su di esso, quando si tratti di garanzie costituzionali interne che assicurino un livello di tutela più elevato di quelle omologhe europee (art. 53 Carta di Nizza e art. 53 CEDU). Non senza ricordare che una incondizionata prevalenza del diritto dell'Unione su quelli nazionali trova comunque un argine nella teoria dei c.d. “contro limiti”, che predica la incomprimibilità dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri (15). Ma è altrettanto vero che poi, nell'impatto applicativo, questi confini vengono spesso travalicati. Attraverso l'escamotage del c.d. “effetto utile” delle direttive la Corte di giustizia ha, ad esempio, imposto agli Stati membri un vincolo anche quando legiferino in una materia di loro competenza esclusiva: quello di non arrecare comunque pregiudizio al conseguimento degli obiettivi in vista dei quali una direttiva è stata emanata. Una regola da tempo presente nel diritto comunitario per le materie del vecchio Primo Pilastro, ma che di recente la Corte di giustizia ha esteso anche all'ambito della giustizia penale (16). In un'altra celebre recente decisione la Corte di giustizia (17) ha poi clamorosamente smentito il principio della prevalenza della maggior tutela, sostenendo che una sua piena osservanza si porrebbe in contrasto con il principio generale della prevalenza del diritto dell'Unione, in quanto impedirebbe di assicurare a quest'ultimo una omogenea applicazione. Assunto davvero singolare e contraddittorio a fronte dell'inequivoca volontà del legislatore europeo di considerare l'esigenza di garantire la tutela più intensa di un diritto fondamentale un valore preminente rispetto a quello dell'omogeneità e dell'imperatività del diritto dell'Unione (18)! Nonostante le promesse, insomma, il diritto dell'Unione mostra un'inarrestabile tendenza pervasiva.

5. Il ruolo del giudice nelle dinamiche applicative del diritto europeo: disapplicazione e interpretazione conforme. — A parte ciò, è la stessa dinamica applicativa di quel diritto a implicare profondi mutamenti del diritto nazionale. Conviene soffermare adeguatamente l'attenzione su questo aspetto, ricordando come il sistema di giustiziabilità del diritto dell'Unione si articola su due livelli: uno interno agli Stati membri e uno esterno. Al primo appartengono i giudici nazionali, i quali sono considerati anche i primi giudici dell'Unione (oltre ad essere pure i primi giudici della CEDU). Ad essi spetta un controllo diffuso del diritto comunitario, anche in materia penale. Al secondo livello si colloca invece la Corte di giustizia, con la quale i giudici nazionali possono instaurare un contatto diretto attraverso il particolare

strumento del rinvio pregiudiziale, tramite il quale essi le richiedono di interpretare la norma UE e di verificare se questa “non osti” a una determinata interpretazione delle norme interne rilevanti per decidere il caso (19). Un simile assetto, per un verso, bypassa il tradizionale controllo accentrato nazionale da parte della Corte costituzionale, che rischia, infatti, di restare emarginata dal raccordo diretto che si può instaurare tra giudici interni e Corte di giustizia. Il controllo di conformità europea può finire, dunque, per sostituire o comunque per relegare in un ambito subalterno e residuale il controllo di costituzionalità interna (20). E ciò di per sé rappresenta un fattore di “destatualizzazione” di fatto del diritto nazionale.

Per altro verso, quell'assetto trasforma — all'evidenza — il ruolo del giudice nazionale, al quale, in quanto primo applicatore e controllore del diritto dell'Unione, vengono attribuiti due strumenti strategici che lo pongono in una posizione di chiara superiorità rispetto alla legge nazionale: quello della disapplicazione della norma interna contrastante con la norma dell'Unione, quando quest'ultima sia immediatamente applicativa (21), e quello dell'interpretazione conforme, quando invece la norma UE non presenti una simile caratteristica. Entrambe questi strumenti rendono operativo, l'uno in maniera diretta, l'altro in maniera indiretta, il principio cardine della primazia del diritto dell'Unione su quelli nazionali (22), e servono per fronteggiare una naturale conseguenza di quel “diritto plurale” a cui facevamo precedentemente cenno: le incoerenze e i contrasti che possono prodursi tra ordinamenti diversi chiamati a interagire. Nell'ambito di un sistema reticolare di fonti non esiste, infatti, un centro ordinatore e gerarchizzato, tipico di un sistema monistico come quello statale che possa risolvere quei contrasti con gli strumenti ordinari (principio cronologico, principio di specialità, principio di superiorità), riaffermando così una *reductio ad unum*.(23) Occorre, invece, trovare soluzioni inclusive, che consentano di far coesistere il molteplice, ordinandolo senza annullarlo e valorizzando il pluralismo senza precipitare nel relativismo (24), al fine di realizzare quello che è stato efficacemente definito come un “pluralismo ordinato” (25).

In quest'ottica, la disapplicazione rappresenta un escamotage che, pur non risolvendo il contrasto, lo aggira: essa consente, infatti, di sancire la prevalenza della norma dell'Unione senza la necessità di caducare quella interna che si trovi in conflitto con essa. Le due norme continuano dunque a coesistere, ma una non viene applicata. Una soluzione ben diversa da quella che a livello interno si verrebbe a prospettare nell'ipotesi di un contrasto tra una norma ordinaria e una norma costituzionale (26). E vale la pena di sottolineare come, mentre in quest'ultimo caso il contrasto verrebbe rimesso ad un organo di vertice come la Corte costituzionale, nel caso della

disapplicazione esso viene “gestito” direttamente — salvo un eventuale rinvio pregiudiziale — dal giudice ordinario, a cui spetta dunque un controllo diffuso di compatibilità comunitaria delle norme nazionali. Ancor più significativo per il discorso che stiamo facendo, dato che rappresenta il luogo in cui la complessità delle fonti riverbera più visibilmente i propri effetti, è l'altro strumento di cui dispone il giudice ordinario: l'obbligo di interpretazione conforme della norma interna alla norma sovranazionale non dotata di immediata efficacia applicativa. Per un verso, si può dire che tale obbligo assume un'importante funzione “promozionale”, presentandosi come veicolo di “omogeneizzazione culturale”, in quanto, nel sollecitare i giudici nazionali a rileggere il diritto interno alla luce delle indicazioni e degli obiettivi europei, potrà favorire un'applicazione in senso sempre più comunitariamente (ma anche convenzionalmente) orientato delle procedure penali nazionali, creando così le basi per una maggior omogeneità culturale negli operatori, di un sempre più diffuso “sentire” comune, che potrà, a sua volta, favorire una tendenza all'armonizzazione per via ermeneutica dei sistemi interni, e, conseguentemente, potrà contribuire a creare anche quella maggior fiducia reciproca, essenziale nella prospettiva della cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento.

Per altro verso, però, non sfugge che l'interpretazione conforme si presenta come uno strumento estremamente delicato, che rende lo stesso giudice ordinario “creatore di norme”. Occorre chiarire bene il profilo, perché rappresenta uno snodo cruciale nei rapporti tra diritto interno e diritto europeo. Posto che l'interpretazione conforme mira a coordinare la disciplina interna con quella sovranazionale, sul presupposto che quest'ultima è per noi vincolante ex art 117. 1 Cost., se ne deve concludere che — salvo il caso in cui la “conformità” della norma interna a quella sovranazionale si possa conseguire già alla stregua di un'opzione interpretativa basata sulle sole risorse interne — l'interpretazione conforme produrrà un effetto “integrativo”, perché porterà ad un esito ermeneutico che sarà il risultato della combinazione tra la norma interna e quella sovranazionale (27); porterà, cioè, alla creazione di una norma “nuova” da parte del giudice. Ora, una simile operazione può risultare estremamente delicata, perché tale sorta di “creazione per fusione” è suscettibile di mettere in forte tensione legalità interna e legalità europea. Essa presuppone, infatti, di far interagire materiali giuridici tra loro strutturalmente disomogenei: da un lato, le dettagliate previsioni codicistiche nazionali, costruite secondo lo schema a noi familiare della fattispecie, che descrivono regole tra loro coordinate secondo la logica organica di un sistema (il codice); dall'altro, le previsioni europee, di tenore spesso generale e generico, formulate in termini di principi(28), a loro volta arricchite e modulate dalla giurisprudenza creativa delle due Corti europee, che rappresentano il parametro al quale le prime si devono conformare. Ed è facile che in questa interazione creativa di

matrice giudiziale le regole (l'essere) possano finire per risultare soccombenti rispetto ai principi (il dover essere), con un non trascurabile effetto di decodificazione applicativa (29) Si badi: l'interpretazione conforme non è in sé una tecnica nuova per noi, poiché l'applichiamo da tempo in rapporto ai principi costituzionali (30); da tempo dunque siamo abituati a far interagire regole e principi ed è proprio con l'avvento della Costituzione che palpabilmente la legge non è più dotata di una forza monopolistica e incontrastata, ma deve sottomettersi a quei principi e ai valori che essi rappresentano, ibridandosi dunque a contatto con essi attraverso l'interpretazione conforme (31). Ed, in effetti, il primo allargamento multilivello dei sistemi giuridici è stato quello determinato dal paradigma costituzionale, quale complesso di limiti e vincoli imposti alla legislazione per la tutela dei diritti fondamentali (32). È in quel momento che è venuta a cadere la sovranità interna del legislatore nazionale (33). Ma ciò è avvenuto nell'ambito di uno stesso ordinamento e, dunque, nel quadro di un contesto abbastanza omogeneo. Il novum dell'interpretazione conforme al diritto UE è rappresentato dal fatto che ad interagire sono ordinamenti plurimi ed esterni, a cui appartengono norme di diritto primario e di diritto secondario e a cui si aggiungono le norme giurisprudenziali coniate dalle Corti di vertice. È dunque la complessità e la poliedricità del quadro ad accrescere esponenzialmente la problematicità dello strumento. È con la soggezione al e l'ibridazione con il diritto europeo che si intacca il baluardo più forte, quello della sovranità esterna degli ordinamenti nazionali.

Si dice che l'obbligo di interpretazione conforme alle norme europee trova un limite naturale nel divieto di interpretazione *contra legem*, che si realizzerebbe quando si profilasse un'antinomia incompontibile tra la norma interna e la norma sovranazionale. Ma si tratta di un limite che viene sistematicamente travalicato, con la benedizione della Corte di giustizia (34). E anche questa patologia così frequente trasforma, a ben vedere, il giudice interno in creatore di norme, dato che un'interpretazione conforme vietata si traduce di fatto nell'attribuzione di un effetto diretto a una norma europea che ne è priva e in una conseguente disapplicazione mascherata della norma interna con essa contrastante.

6. Crisi del principio di legalità e nuovi modelli di legalità europea. — Questi rilievi portano ad una generale riflessione sulla crisi che ne può derivare della concezione tradizionale di legalità e di certezza del diritto. A parte le diversa fisionomia che la legalità europea presenta già con riferimento allo stesso momento genetico dei prodotti normativi (35), è soprattutto l'elaborazione e l'applicazione giurisprudenziale di questi ultimi a determinare profonde differenze rispetto ai nostri canoni tradizionali di legalità interna. La centrale posizione occupata dal giudice, che cambia

l'organizzazione dei poteri (36) e in cui potremmo vedere il riflesso di paradigmi culturali di common law, peraltro sviluppatasi a contatto con esperienze più antiche di matrice continentale (37), determina profondi mutamenti sul principio di legalità. E ciò non solo perché ragionare per principi anziché per regole amplia vistosamente i suoi spazi di intervento, ma anche perché il diritto europeo gli impone di impiegare come principi parametri di giudizio fondati su canoni di razionalità pratica, anziché di razionalità astratta. Non c'è da sorprendersene: la logica formale funziona per deduzione da premesse certe; ma queste sono fatalmente destinate ad eclissarsi in un contesto dominato dalla pluralità, dall'eterogeneità e dalla degerarchizzazione delle fonti; un contesto nel quale, come si diceva, manca quella capacità ordinante che è propria di un ordinamento monistico. Le cifre peculiari del pluralismo giuridico diventano allora soprattutto il bilanciamento, la graduazione, la ragionevolezza. Ed è la via che porta a riservare particolare attenzione alla concretezza delle situazioni, alle modulazioni di intervento, di cui è centrale espressione il principio di proporzionalità (38), vera chiave di volta del diritto europeo, ma alle quali si ricollegano anche i principi di adeguatezza ed effettività. Si pensi, inoltre, all'esigenza che vengano rispettate le garanzie del “giusto processo”, prima fra tutte quella dell’“equità” parametrata alla luce di una considerazione complessiva della vicenda giudiziaria (39); e ancora, all'esigenza che vi sia un pregiudizio effettivo quale condizione per diagnosticare la violazione di garanzie fondamentali (40). Sono tutte prospettive in larga parte estranee alla concezione formale classica della legalità, dove ogni comando giuridico è espressione della legge nazionale, è centrato sulla nozione di fattispecie, come modello astratto da cui derivano determinati effetti giuridici, e obbedisce senza residui alla logica binaria di inclusione/esclusione (41). Una concezione a cui molti restano legati, soprattutto nel settore penale sostanziale e processuale.

Il diritto europeo porta a una profonda erosione di quel modello, sia perché le “leggi” che vengono in gioco, anche in materia di giustizia penale, sono, come si diceva, molteplici e di varia provenienza, e il codice è solo una di queste, sia perché i nuovi assetti segnano una transizione sempre più marcata da una legalità di tipo “statico”, prevalentemente “normativa” a una legalità “europea” di tipo “dinamico”, prevalentemente “giurisprudenziale” (42). Anche nel processo penale si viene così a sovrapporre e a sostituire alla logica binaria una logica graduata, che fa leva sul concetto di “appartenenza parziale”. Dunque una logica indeterminata, fuzzy, o flou, per riprendere una fortunata espressione di Mireille Delmas Marty (43). Per fotografare la peculiare fisionomia della ‘nuova’ legalità europea — che però ha un

sapore antico, perché appare espressione di un pluralismo giuridico che per non pochi aspetti ricorda quello dell'Europa medievale — non si può più fare ricorso alla metafora dell'orologio, che evoca l'immagine della perfezione dei congegni normativi, ma a quella più duttile della bilancia (44). L'obiettivo è, cioè, un esito che, non insensibile alle circostanze del caso, e, quindi, parametrato su presupposti di idoneità, adeguatezza, proporzionalità, necessità per il raggiungimento di un determinato scopo produca in concreto una decisione “giusta” più che garantire un'astratta corrispondenza a modelli normativi (45).

In questa prospettiva, in un sistema pluralistico, strutturato secondo moduli non più rigidamente gerarchici, neppure sotto il profilo del controllo giudiziale, ma caratterizzato dalla coesistenza di organi giudiziari appartenenti ad ordinamenti diversi chiamati a interagire su un'identica questione, varie ‘ragioni’ si trovano ad essere messe a confronto (46). Ciò implica che non si possa più ragionare tanto in termini di ‘autorità’ di una decisione, che in un sistema monistico viene garantita da un mero rispetto delle forme, quanto in termini di una sua persuasività, condivisibilità, in una parola, ‘autorevolezza’ (47). Avendo ben chiaro, peraltro, che tale autorevolezza — a differenza dell'autorità che si fonda su un'investitura formale stabile e non discutibile, ma che prescinde dai contenuti di sostanza — si legittima proprio in ragione di quei contenuti e, per questo, si presenta anche come un parametro mobile, incerto, contingente (48). Indubbiamente, ragionare di una simile ‘legalità teleologica’ può scuotere certezze antiche e generare timori, soprattutto in un campo come quello del processo penale, dove il contrasto tra autorità e libertà assume il suo carattere più acuto e quindi più avvertita è l'esigenza di limitare la libertà del giudice. Ma, anzitutto, non va dimenticato che si tratta di certezze che sono state spesso mitizzate. Pensiamo al fatto che generalità e astrattezza dei comandi normativi non assicurano minimamente la ‘bontà’ delle scelte del legislatore (49); che la certezza e l'uguaglianza di trattamento che dovrebbero ad esse accompagnarsi sono talvolta tradite; che la rigidità delle previsioni le rende talora incapaci di adattarsi ai fatti della vita; che la stessa garanzia di democraticità della legge vive da tempo la crisi dei meccanismi rappresentativi ed è comunque spesso aggirata da procedure che bypassano le assemblee parlamentari (50) Per non parlare dei guasti che derivano dalla fattura di pessima qualità (tecnica e linguistica) dei prodotti normativi recenti. Occorre, insomma, ricordarsi che la legalità moderna presenta anche i suoi lati oscuri (51). In secondo luogo, è comunque irrealistico pensare che quello della giustizia penale possa rimanere un territorio del tutto impermeabile rispetto ai profondi rivolgimenti che sta subendo il quadro giuridico complessivo in questa fase della postmodernità (52): il movimento messo in atto dal diritto europeo è troppo pervasivo e capillare per essere arrestato; dunque il problema non sembra

essere quello di poter 'scegliere' tra vecchio e nuovo, ma, semmai, quello di riuscire a governare al meglio il nuovo o comunque di non restarne travolti. Ciò esalta anche la funzione della stessa dottrina, chiamata a fornire adeguate chiavi interpretative per 'gestire' questo momento di passaggio. Essa può dunque assumere un nuovo ruolo di guida in un contesto non dominato più in modo esclusivo dalla monopolistica presenza del codice (53). Infine, e proprio in questa prospettiva, occorre cercare piuttosto di valorizzare gli aspetti positivi che questo movimento di trasformazione può portare. La nuova legalità di cui stiamo parlando può rappresentare infatti una sfida per il giurista contemporaneo: senza abbandonare gli orizzonti della regola normativa, ma senza rimanere prigioniero dei miti che vi erano legati può, infatti, spingerlo a vedere oltre, per modularla in ragione delle esigenze sostanziali e della tutela dei diritti fondamentali. Proprio il rispetto di questi ultimi deve costituire, infatti, il parametro di riferimento, o meglio, il collante attorno al quale e in funzione del quale modellare dinamicamente la nuova legalità. In questa prospettiva, la partita potrebbe complessivamente non risultare in perdita (54), assicurando una maggiore garanzia complessiva di rispetto e attuazione dei canoni fondamentali.

Certo, una simile forma di legalità implica almeno due condizioni per non trasformarsi in puro arbitrio. Da un lato, deve garantire un obiettivo di fondo comune anche alla concezione formale della legalità, rappresentato dalla chiarezza delle regole e dunque dalla prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Nella concezione formale la prevedibilità era vista come una conseguenza dell'ossequio alla legge da parte del giudice; nella concezione sostanziale la prevedibilità non potrebbe che identificarsi con la conoscibilità degli orientamenti giurisprudenziali, richiedendo, quindi, una loro acquisita stabilità, come, del resto, predica da tempo la Corte europea dei diritti dell'uomo (55), ma anche una loro vincolatività secondo la logica del 'precedente'. E, poiché si parla di 'legalità teleologica', ciò non potrebbe disgiungersi da una chiarezza sugli obiettivi finali e sui principi direttivi assunti dall'ordinamento (56), che il giudice deve osservare.

La seconda condizione della legalità teleologica riguarda, invece, il ruolo del giudice. Il nostro impianto costituzionale pone il giudice, per un verso, in una posizione di autonomia e di indipendenza da ogni altro potere, e, per altro verso, in una posizione subordinata alla legge (art. 101 Cost.) (57). I due profili si bilanciano (almeno in astratto): l'indipendenza funzionale dal potere politico ha il suo contrappeso nel dovere di sottostare al prodotto del potere legislativo. Se però quest'ultima condizione viene superata — un giudice che ha il potere di disapplicare la legge di origine parlamentare non può più dirsi sottoposto ad essa, né lo è un giudice creatore

di norme — anche la prima condizione richiede di essere ricalibrata. Non si tratta naturalmente di rendere il giudice dipendente, ma piuttosto di ridefinire la sua collocazione all'interno dell'ordinamento, individuando nuove fonti per la sua legittimazione e forme opportune di controllo e di responsabilità per il suo operato.

7. Un'ibridazione 'orizzontale': regole processuali interne e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. — Un altro terreno in cui si coglie con evidenza l'ibridazione che il nostro diritto processuale penale è destinato a subire per effetto del diritto europeo è quello del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie (58).

Qui l'ibridazione avviene a seguito di un doppio meccanismo: il primo definisce l'oggetto (ambiti e regole) dello strumento e si compone della norma europea (ex decisione quadro o direttiva) e della relativa norma di recepimento nazionale. Il secondo meccanismo — che a noi più interessa — consiste, invece, nella traduzione degli astratti comandi normativi in atti concreti di mutuo riconoscimento tra autorità giudiziarie di Stati diversi: esso opera dunque non più in senso verticale (Unione-Stati membri), ma in senso orizzontale (Stato membro-Stato membro). Inoltre, qui in gioco non è più un intreccio tra fonti normative (europee e nazionali), ma uno scambio di prodotti giudiziari confezionati secondo regole nazionali diverse. Ed è su questo piano che, come diremo, sono possibili fenomeni di contaminazione. L'idea posta a fondamento del mutuo riconoscimento è quella di creare, parallelamente (e sull'esempio) della libera circolazione delle merci, una libera circolazione dei prodotti giudiziari all'interno del territorio dell'Unione, cioè dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (59). Originariamente viene concepita in alternativa ad un'armonizzazione normativa: si temeva che quest'ultima avrebbe eccessivamente compresso la sovranità statale dato che avrebbe richiesto ad ogni Stato membro di adeguarsi a scelte calate dall'alto, a livello dell'Unione. Il mutuo riconoscimento si presentava, invece, come uno strumento 'alla pari', perché implicava di non mutare le regole interne, ma solo di recepire — sotto richiesta specifica — singoli prodotti giudiziari confezionati altrove, sul presupposto di una 'fiducia reciproca' tra gli Stati membri. Ma tale fiducia veniva presupposta come un dato acquisito in partenza anziché rappresentare il risultato di un'effettiva consonanza, realizzabile solo attraverso un percorso di avvicinamento delle legislazioni nazionali. Mutuo riconoscimento versus armonizzazione era il motto con cui era stato sdoganato lo strumento. Si può fare a meno dell'armonizzazione se c'è il mutuo riconoscimento: un sucedaneo della prima molto più agile e meno impegnativo (60). I nodi non tardarono però a venire al pettine. Un mutuo riconoscimento senza previa armonizzazione rappresenta un attentato alle regole giuridiche interne — e, quindi, in definitiva, alla sovranità statale — certo diverso, perché non generalizzato e, in questo senso, meno 'invasivo'

di quello temuto dall'armonizzazione, ma comunque di portata non trascurabile. Lo Stato che deve recepire o eseguire la decisione giudiziaria (e di dovere si tratta, perché — salvo ipotesi circoscritte di rifiuto — è proprio su questa caratteristica che si fonda concettualmente tale strumento di cooperazione giudiziaria (61)) recepisce o esegue un prodotto giudiziario proveniente da un altro ordinamento confezionato secondo le regole di quest'ultimo (*lex loci*, che possono risultare anche sensibilmente diverse dalle sue. Ecco il punto: il giudice nazionale dovrà servirsi di un doppio strumentario: dovrà applicare le regole interne per gli atti che deve compiere lui stesso nell'ambito del procedimento pendente presso di lui, e contemporaneamente dovrà recepire o eseguire atti esterni compiuti secondo regole diverse quando ne sia richiesto dal giudice di un altro Stato membro. Ciò che potrebbe essere vietato a livello interno dovrà essere ammesso e considerato valido se proviene dall'esterno.

Si tenta di difendersi in parte contraddicendo la filosofia che dovrebbe ispirare lo strumento del mutuo riconoscimento, cioè inserendo negli atti europei di mutuo riconoscimento e in quelli nazionali di recepimento motivi sempre più fitti di rifiuto. Alla libera circolazione dei prodotti giudiziari si sostituisce una circolazione limitata e condizionata; si mescolano addirittura regole proprie del mutuo riconoscimento con regole di cooperazione giudiziaria penale di vecchia matrice intergovernativa (la direttiva sul mandato di ricerca delle prove (MER) e quella recentissima sull'ordine di investigazione europeo (OIE) ne sono un tipico esempio (62), come lo sono pure la direttive in materia di confisca del 2005 e del 2014).

La realtà è che la similitudine con la libera circolazione delle merci non regge quando si passa alla circolazione dei prodotti giudiziari. Questi ultimi obbediscono infatti alle logiche interne dei loro ordinamenti di provenienza; logiche fatte di pesi e di contrappesi, che rispondono a 'visioni' complessive e integrate di un sistema; trasferirli in contesti diversi, dominati da logiche diverse può creare impatti ad alto rischio, innesti forzosi (63), se a monte manca un'omogeneizzazione delle legislazioni nazionali almeno su alcuni aspetti di fondo (64), che consentano di evitare troppo forti frizioni. Ed è una realtà che non può essere camuffata, come sembra fare ancora di recente la Corte di giustizia, sostenendo che è già la mera appartenenza degli Stati membri all'Unione a imporre la presunzione del rispetto da parte loro dei diritti fondamentali e la fiducia reciproca che ne dovrebbe derivare (65). Un argomento non molto dissimile da quello avanzato a suo tempo per frenare sull'armonizzazione, quando si negava la necessità di provvedervi trattandosi di un obiettivo che doveva considerarsi già acquisito per effetto dell'adesione da parte di quei Paesi alla CEDU, come se le plurime condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo non stessero in realtà a dimostrare proprio il contrario. È chiaro, dunque, che può creare

una reazione di forte disorientamento nel cittadino prima ancora che nel giudice l'applicazione di regole disuguali per situazioni uguali. Si può facilmente prevedere allora, da questo punto di vista, una risposta di tipo immunitario, sotto forma di quello che potremmo definire come un fenomeno di delegificazione 'per trascinamento'. Il giudice potrebbe cioè essere portato a dare minore importanza al rispetto delle regole interne, essendo consapevole di non poterle comunque osservare con riguardo ai materiali che provengono dall'esterno.

Il passo avanti compiuto con il Trattato di Lisbona è stato di non opporre più, ma, anzi, di far convergere le istanze di mutuo riconoscimento con quelle di armonizzazione (66): l'art. 82 TFUE rappresenta la base legale per un'opera di armonizzazione che, peraltro, si preannuncia lenta e difficile. Le prime direttive sui diritti di imputati e indagati — rimaste a lungo inattuata nella veste di decisioni quadro nel vecchio contesto della cooperazione giudiziaria intergovernativa — per fortuna sono state varate e la cosa è importantissima già di per sé, come segnale che la via dell'armonizzazione si è aperta. I contenuti sono però ancora modesti (67) e la soglia delle garanzie accenna anzi ad abbassarsi attraverso mille soluzioni di compromesso non appena vengono affrontate le questioni più delicate: istruttiva al riguardo la direttiva sul diritto al difensore, che lascia trasparire visioni assai diverse sul ruolo della difesa tecnica da parte dei vari Stati membri.

8. Prospettive di istituzione di una Procura europea e regole processuali nazionali. — Infine, un'ultima prospettiva di ibridazione sembra più lontana e futuribile. Alludo all'impatto che sulle regole nazionali potrebbe avere la creazione di una Procura europea.

Non ci attardiamo in questa sede sul problema, comunque 'pregiudiziale' rispetto a qualunque discorso che riguardi una tale figura, relativo alle ragioni che possono giustificare l'istituzione nel contesto di un'Unione non dotata ancora di un'autonoma sovranità e, conseguentemente, anche priva di un proprio autonomo sistema giudiziario-punitivo. Basti ricordare che quelle ragioni mancano per chi faccia leva sull'irrisolutezza delle scelte comunitarie: l'Unione non è sinora riuscita a darsi un modello federale che giustifichi propri poteri repressivi (68), mentre potrebbero sussistere per chi si sposti dal piano dell'ingegneria costituzionale a quello delle scelte 'pragmatiche': gli Stati membri hanno dimostrato di non saper perseguire adeguatamente i reati euro finanziari; una struttura sovranazionale potrebbe forse riuscirvi meglio; e, del resto, la storia dell'integrazione europea e della costruzione dell'edificio comunitario insegnano che non di rado i passi in avanti sono stati realizzati avendo di mira obiettivi concreti, senza timore di evadere da schemi

collaudati. Anche se poi le difficoltà registrate di costruire l'ufficio di accusa europea sembrano dare ragione alle critiche di sistema a cui si è fatto cenno.

Concentrandoci però più direttamente sugli aspetti che qui interessano, dobbiamo precisare che parliamo di semplici congetture legate a un terreno estremamente fluido, in continua trasformazione, dove al momento nulla, se non le scarse indicazioni ricavabili dall'art. 86 TFUE, può considerarsi definito e stabile. Si potrebbe dunque anche prescindere, se non emergessero comunque delle linee di tendenza che meritano di essere evidenziate. Esse riguardano in particolare il cruciale terreno degli atti investigativi e delle prove raccolte nel corso delle indagini europee.

Due sembrano al momento i modelli a confronto. Quello che risale alla Proposta di regolamento della Commissione del 17 luglio 2013 (69), di cui il Parere del Consiglio del 28 aprile 2015 sembra ribadire la bontà e quello che emerge dalla riscrittura di quella Proposta sotto la Presidenza greca il 14 maggio 2014 e dai successivi ritocchi di quel testo durante le presidenze italiana e lituana tra la fine del 2014 e i primi mesi del 2015 (70). Nel primo modello le investigazioni dei Procuratori europei delegati — bracci operativi dell'organo dislocati presso gli Stati membri — seguono la legge del Paese in cui il singolo atto viene compiuto. Nel secondo modello seguono la legge dello Stato da cui proviene il Procuratore delegato europeo al quale è affidato il caso. In quest'ultimo modello è ipotizzabile che verranno seguite le regole dello stesso ordinamento nel quale il prodotto di quelle investigazioni è destinato a riversarsi, mentre nel primo le norme varieranno a seconda dello Stato in cui l'atto viene compiuto.

È interessante notare che nella versione più recente prende un netto sopravvento l'istanza di sovranità nazionale, mentre, al contrario, nella Proposta del 2013 l'istanza di sovranità nazionale è recessiva rispetto all'osservanza della *lex loci*, che salvaguarda quell'istanza solo per quanto riguarda il compimento dell'atto, non anche la sua utilizzazione. Rispetto a quest'ultima viene ripreso un meccanismo analogo a quello del mutuo riconoscimento, con la sola differenza che l'atto 'promana' da una istituzione europea centralizzata, anziché da una singola autorità giudiziaria nazionale.

9. Considerazioni conclusive. — Volendo trarre le fila di queste riflessioni sparse emerge che nell'impatto con il diritto europeo vengono sostanzialmente seguite due linee di tendenza. La prospettiva più evidente è quella della ibridazione, della deformabilità, della tendenziale cedevolezza delle regole di procedura penale interne a contatto con quelle di matrice europea. L'assetto pluralistico delle fonti e il primato del diritto dell'Unione segnano l'eclissi del primato della legge nazionale, della

sovranità statale e, in definitiva, della stessa logica sottesa alla tradizionale tripartizione dei poteri; promuovono la prevalenza dei principi sulle regole, del ragionamento teleologico su quello formalistico-astratto, della logica graduata su quella binaria; rendono infine sempre più evanescente nell'intreccio tra ordinamenti la distinzione tra 'interno' ed 'esterno'. Ad esiti solo in parte simili conduce il sistema della circolazione dei prodotti giudiziari attraverso gli strumenti di mutuo riconoscimento: chi è chiamato a recepire o a eseguire un prodotto formato all'estero deve adattarsi a trattare materiale di fattura anche molto diversa rispetto a quello che avrebbe confezionato in casa, in nome di un (male inteso) senso di 'fiducia', e con un livello di armonizzazione per il momento ancora troppo debole. Anche questo è un vulnus al sistema normativo nazionale, soprattutto perché è suscettibile di propiziare quella deregulation per trascinamento a cui abbiamo fatto cenno: se devo chiudere gli occhi sul rispetto delle regole interne quando viene in gioco un prodotto straniero, sarò propenso a non essere troppo rigoroso anche quando maneggerò un prodotto domestico (71). Con quali possibili conseguenze sul piano di un'attenuazione delle garanzie è facile immaginare.

La sovranità statale sembra invece volersi prendere una (piccola) rivincita su due fronti.

Il primo è quello dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, dove, non appena vengono in gioco i temi più caldi si assiste ad un gioco al ribasso nelle trattative sui nuovi strumenti normativi europei, che nascono così depotenziati e quindi meno temuti.

Il secondo è quello investigativo/repressivo.

Ciò avviene sotto un duplice profilo. Perché, come si diceva, è la *lex loci* a governare la formazione del materiale investigativo-probatorio nel sistema del mutuo riconoscimento. E perché le prospettive di istituire una Procura europea scontano comunque due dati di fondo: che i dibattimenti 'europei' si dovranno comunque svolgere presso i giudici nazionali, applicando le regole nazionali (e questo lo prevede già l'art. 86 TFUE); ed, inoltre, che le indagini 'europee' saranno comunque gestite concretamente da organi investigativi nazionali, seguendo la legge nazionale (a seconda delle due opzioni che abbiamo ricordato, quella dello Stato in cui l'atto è compiuto o quella dello Stato di provenienza del Procuratore delegato che segue il caso, che verosimilmente coinciderà con quella dello Stato in cui poi si svolgerà il dibattimento). Dunque, proprio là dove ci si sarebbe potuto aspettare un più forte impatto del diritto europeo su quello nazionale; là dove il diritto europeo si dovrebbe personificare addirittura in un organo (*rectius*: in una struttura) dotata per la prima

volta di autonomi poteri repressivi; là dove dovrebbe agire non attraverso atti giuridici, ma attraverso uomini in carne ed ossa, proprio là — e, naturalmente, proprio per queste ragioni — quell'impatto si attenua fino quasi a svanire, lasciando trionfare i diritti — e gli attori — nazionali.

Riassumendo in una battuta, si potrebbe dire che gli Stati sono disposti ad accettare — magari non del tutto lietamente — ibridazioni anche forti del loro diritto interno per effetto di quello europeo. Sono un po' meno propensi ad accettare regole processuali comuni che vadano ad incidere sui gangli più delicati (ed è assai significativo, da questo punto di vista, che finora non sia stata neppure presa in considerazione l'idea di procedere ad un'armonizzazione in materia probatoria (72), essendosi ripiegato con l'Ordine investigativo europeo sulla ben diversa opzione di creare un nuovo strumento di mutuo riconoscimento).

Infine, che gli Stati temono molto di perdere le leve della repressione penale all'interno del loro territorio nazionale, anche se esso rappresenta ormai una porzione di un ben più vasto e globale 'Territorio europeo' e anche se la repressione riguarda solo uno specifico settore criminoso, come quello dei reati euro finanziari, di competenza, appunto, della Procura europea. E soprattutto non sono disposti ad accettare che un tale organo possa usare regole — e nemmeno risorse umane — europee nella sua attività. Se questa è la prospettiva che traspare dalle vicissitudini a cui è andata incontro la Proposta della Commissione del 2013, si comprendono bene certe scelte di rimodellare la struttura di quest'organo in modo assai poco funzionale ad una pronta e incisiva azione repressiva (73). Meglio una figura poco più che simbolica a cui prestare formale omaggio, ma dalla quale non temere significativi esautoramenti in casa propria.

Fonte: Cassazione Penale, fasc.7, 1 AGOSTO 2018, pag. 2284

Autori: Massimo Donini

SEPTIES IN IDEM. DALLA «MATERIA PENALE» ALLA PROPORZIONE DELLE PENE MULTIPLE NEI MODELLI ITALIANO ED EUROPEO For the Seventh Time: From the “Criminal Matter” to the Proportion of Multiple Sanctions in the Italian and European Models

Documenti correlati

Sommario 1. L'irrelevanza della mala in se/mala quia prohibita distinction rispetto alla moltiplicazione delle sanzioni. — 2. Sanzioni “sostanzialmente” penali oltre l'argumentum libertatis. — 3. Se non è penale si può fare. La spinta incoercibile alla penalizzazione. — 4. Le preoccupazioni per un bis in idem valutato in sede giurisdizionale ora sulla sola identità dei “fatti materiali”, ora su parametri più allargati di valutazione. — 5. L'aumento delle sanzioni incontrollate come fattore di inflazione criminalizzante. — 6. Eccesso del livello sanzionatorio astratto e meccanismi incoercibili di occultamento, incertezza e degradazione della pena concreta. — 7. Il (primo) modello nazionale di depenalizzazione di fatto e la non punibilità. — 8. Nuovi trends. Il «delitto non paga» e i nuovi istituti della confisca per equivalente e delle prestazioni riparativo-risarcitorie “indotte”. — 9. Septies in idem. La patologia dispiegata della moltiplicazione delle pene. — 10. La disapplicazione, paradossale ma ragionevole, del secondo “modello”. — 11. L'afflittività, o invece la punizione riprovante con minaccia di esclusione identitaria quale essenza del penale? Dal Cur Deus homo alle Corti europee, alle contraddittorie aperture “qualificatrici” della Corte costituzionale. — 12. La logica proporzionalistica del ne bis in idem sostanziale e i meccanismi anche processuali di assorbimento-compensazione. — 13. (Segue) Il ne bis in idem sostanziale europeo revisited: una visione interdisciplinare e “compensativa” del sistema sanzionatorio in generale.

Lo studio affronta il tema della materia penale unitamente a quello del ne bis in idem sostanziale, conducendo l'analisi sul sistema sanzionatorio italiano della moltiplicazione delle sanzioni in primo luogo penali, ma anche amministrative, per la medesima condotta di base, e confrontandolo con la giurisprudenza europea di Corte edu e CGUE. La fragilità scientifica del parametro del ne bis in idem applicato alla “matière pénale” si rafforza in prospettiva di esigenza di proporzione complessiva della risposta sanzionatoria. Il sistema italiano, che conosce sino ad almeno sette sanzioni afflittive (in parte punitive) per il medesimo fatto, accanto al modello della degradazione sanzionatoria (ridotta punibilità progressiva), necessita di uno sfoltoimento sanzionatorio di sistema (civile, penale e amministrativo insieme). Il significato di ciò che è o non è “penale” resta al centro dell'analisi compiuta.

The study deals with the subject of “criminal matter” together with that of the double jeopardy, analyzing the Italian sanctioning system of the multiplication of both criminal and administrative sanctions for the same basic conduct, and comparing it

with the European case-law of ECHR and CJEU. The scientific fragility of ne bis in idem applied to the “*matière pénale*” is strengthened in view of the need for an overall proportion of the sanctioning response. The Italian system, which knows up to at least seven afflictive (partly punitive) penalties for the same fact, alongside the model of the sanctioning degradation (progressive reduction of the punishment), requires a thinning of the sanctioning system (civil, criminal and administrative all together). The meaning of what is or is not “criminal” stays in the focus of the analysis carried out.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

1. L'IRRILEVANZA DELLA MALA IN SE/MALA QUIA PROHIBITA DISTINCTION RISPETTO ALLA MOLTIPLICAZIONE DELLE SANZIONI

Che cosa è materia sicuramente penale non potrebbe essere definito secondo la classica distinzione tra mala in se e mala quia prohibita (1). I reati artificiali, del resto, sono riconosciuti e non delegittimati da quella distinzione. Il danneggiamento doloso senza violenza o minaccia alle persone o di beni non pubblici, la nuova ingiuria, il falso materiale in scrittura privata, gli atti osceni dopo la riforma di cui ai d.lg. 15 gennaio 2016, n. 7 e n. 8, sono oggi depenalizzati. Ma non hanno con ciò acquistato una “struttura” extrapenale, né vengono avvertiti come artificiali.

Anche i crimini e i delitti vs. le contravvenzioni non offrono che ripartizioni dai confini mobili. Noi sappiamo che solo il nucleo della materia delittuosa (real crimes, delitti naturali) o il nucleo interno di vari delitti può essere visto come autenticamente penalistico, mentre varie contravvenzioni non dovrebbero, una volta abolita questa ‘categoria’, entrare nell’extrapenale, ma essere trasformate secondo strutture consone a un penale di cui già portano comunque i tratti.

In realtà, non è la struttura dell’illecito, ma la risposta sanzionatoria a creare i veri problemi di duplicazione o moltiplicazione delle sanzioni, penali in senso materiale. Gli illeciti a pena “multipla” possono essere strutturalmente non criminali, ma se la sanzione lo è, sorgono già i problemi di bis in idem sostanziale. Del resto, anche delitti incontestabili non devono implicare moltiplicazioni sanzionatorie capaci di aggredire la persona in modo sostanzialmente vessatorio escludente per sommatoria.

2. SANZIONI “SOSTANZIALMENTE” PENALI OLTRE L'ARGUMENTUM LIBERTATIS

La relativizzazione dei precetti e degli illeciti reca con sé l’addomesticabilità delle sanzioni. Una volta superata la “grande divisione” della pena detentiva o limitativa

della libertà, l'emancipazione del legislatore nella scelta sanzionatoria indistintamente "punitiva" e nelle sue qualificazioni si è rivelata davvero esplosiva. Solo il "rischio carcere" identifica il penale in modo sicuro, ma esso appare una realtà giustamente valutata come residuale (ultima ratio) nella politica sanzionatoria dei reati di medio-bassa gravità. Ciò che solleva una questione identitaria permanente rispetto ad altri illeciti.

L'*argumentum libertatis* (2), oggi recessivo nell'identificazione del penale in action (3), vale solo, ma vale ancora, per l'area formalmente penalistica. Le sanzioni penali nell'ordinamento italiano implicano sempre un rischio o una minaccia per la libertà, a differenza di tutte le altre sanzioni giuridiche, e di quanto accade in altri ordinamenti europei. Infatti, anche quando il diritto penale si limita ad applicare solo pene pecuniarie, queste ultime, se non vengono pagate per l'incapacità (anche se incolpevole) del condannato di adempiere, si convertono in pene limitative della libertà (4). Però il dato formale nulla dice sulla sofferenza effettiva. Per ciò che riguarda l'afflittività reale del penale concretamente non detentivo, si devono esplorare altri parametri identitari e soprattutto di contenimento delle potenzialità indefinite del concorso di pene, che non devono replicarsi ad libitum sotto nomi e con forme differenti, con il pretesto che non sarebbero detentive. Entriamo qui in un territorio poco esplorato.

3. SE NON È PENALE SI PUÒ FARE. LA SPINTA INCOERCIBILE ALLA PENALIZZAZIONE

Questo giudizio sintetico esprime un comune modo di sentire nel nostro Paese (ma verosimilmente anche fuori dai confini, anche se con diverse declinazioni possibili) che può riscontrarsi a ogni livello sociale e in ogni categoria: dai Parlamentari ai pubblici e privati amministratori, dai lavoratori agricoli a quelli dell'industria, dagli impiegati agli studenti, ai professionisti, dal clero ai pensionati, dai giornalisti ai docenti universitari, dai magistrati ai lavoratori autonomi, agli amici del bar, della domenica o della bocciofila.

Se non è penale si può fare. È questione di prezzo, di pricing (5). Viceversa, se entriamo "nel penale", anche solo l'etichettamento consiglia in genere di evitare questo rischio.

È dunque evidente, al di là di qualsiasi analisi scientifica sull'effettività delle leggi di depenalizzazione, perché il sistema delle sanzioni amministrative, nel suo complesso, come alternativa 'secca' al penale, presenti un deficit culturale di fondo, tale da pregiudicare ogni modello di depenalizzazione, per non parlare del diritto penale minimo. Una selezione penalistica sul piano dell'evento e dell'elemento soggettivo è la strada più percorsa dalla tradizione dottrinale e legislativa, a favore di una minore offensività e colpevolezza dell'illecito amministrativo. Puntare peraltro

sull'extrapenale in via esclusiva già ex ante – anziché semmai ex post facto – presenta frequenti incertezze di tenuta.

4. LE PREOCCUPAZIONI PER UN BIS IN IDEM VALUTATO IN SEDE GIURISDIZIONALE ORA SULLA SOLA IDENTITÀ DEI “FATTI MATERIALI”, ORA SU PARAMETRI PIÙ ALLARGATI DI VALUTAZIONE

Da quanto detto emerge perché è con estrema preoccupazione che a livello applicativo si è guardato alla giurisprudenza europea (Corte di giustizia prima, Corte edu poi (6) che per un certo tempo si è basata su una prevalenza di parametri di declinazione processuale del ne bis in idem, ancorati a criteri di mera identità della condotta oggettiva, o dei “fatti materiali”, per riscontrare una violazione dell'art. 50 della CDFUE e dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU(7), a prescindere da una valutazione complessiva del carico sanzionatorio (8).

L'idea era che solo intervenuto un giudicato (per es. amministrativo) non si potesse “computare” due illeciti e ritenere che il primo assorbisse integralmente il secondo. In caso di contestualità di procedimenti, invece, non c'erano preclusioni, anche se restava problematica la criteriologia per la composizione dei rischi di un bis in idem solo sostanziale, e non processuale. Inoltre si continuava a non capire perché fosse possibile applicare in fase esecutiva o con successiva verifica probatoria (cioè in un altro procedimento) una pena accessoria “dimenticata” nella sentenza di merito, o una confisca, o una misura di sicurezza, vertendo sulla stessa condotta e avendo sicuramente natura penale. Oppure perché sia legittimo l'istituto del concorso formale di reati, la cui soluzione implica un «“n” in idem» solo quantitativamente temperato.

Processo e diritto sostanziale ne uscivano confusi e confondenti, non essendo chiaro il perché vero del divieto di applicare una seconda sanzione, anche solo dopo un giudicato amministrativo (9). Per rendere seria l'opzione extrapenale esclusiva dobbiamo ricorrere a sanzioni amministrative davvero afflittive, che preoccupino per le conseguenze: la perdita di status o diritti, la sospensione e il ritiro della patente di guida, multe pesanti e immediatamente eseguibili, chiusura di esercizi commerciali, demolizione di costruzioni abusive, confische amministrative, bastano per un assorbimento? Sanzioni che non sembrano o non sono formalmente penali, ma possono affliggere certo più di pene sospese. La politicità della valutazione del peso sanzionatorio in chiave di esclusività o di complementarietà è ciò che lo ha sottratto per lungo tempo a una verifica giurisdizionale: salvo che in casi evidenti di truffa delle etichette dalle quali ha preso le mosse la giurisprudenza della Corte Edu.

Come ricorda anche di recente la CGUE, ricapitolando i c.d. criteri Engel (10) e Ötztürk (11), per la valutazione della natura penale di procedimenti e di sanzioni sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (12).

La giurisprudenza storica della Corte Edu sul tema della “matière pénale” (13), d'altro canto, evidenzia una soggettività, manipolabilità e imprevedibilità di decisioni (14), tali da mettere in discussione ogni ipotesi di concorso di sanzioni: pene accessorie, misure di sicurezza, confische, risarcimenti, pene amministrative etc.

Che cosa non è penale? Che cosa non è capace di “assorbire” totalmente le altre minacce sanzionatorie? A queste perplessità è seguito, come noto, l'allargarsi della verifica a molteplici parametri di “natura sostanziale” diversi dalla mera identità di fatti materiali, sino a valutare la proporzione e l'ammissibilità di un cumulo di sanzioni che tenga conto di “aspetti diversi” del medesimo comportamento (15): ciò che rende più ragionevole l'esito di un bilanciamento. L'assenza di affidabili parametri tecnici a fronte di sanzioni parimenti “afflittive” espone la problematica a manipolazioni ermeneutiche inevitabili (infra).

5. L'AUMENTO DELLE SANZIONI INCONTROLLATE COME FATTORE DI INFLAZIONE CRIMINALIZZANTE

A parte quindi il sistema delle misure di prevenzione, che contiene una sicura truffa delle etichette, perché è sostanzialmente penale in quanto sono misure di sicurezza (dopo il 2011), non pene come si dice, ma si radica sulla prevalenza della lotta e della difesa sociale nella sua assenza di garantismo sostanziale e processuale; a parte alcune forme di confisca, sicuramente assimilabili alla confisca penale e dunque sostanzialmente penali, oggi sempre più riconosciute come tali anche dalla giurisprudenza domestica; a parte alcune sanzioni amministrative nuove molto punitive “duplicanti” oppure uniche, ma particolarmente gravose in qualche settore (16), noi abbiamo – generalmente parlando – un problema opposto al bis in idem occulto: un problema di eccesso di penale formale, non di penale informale.

Il settore classico dei criteri Engel della Corte Edu riguardava illeciti formalmente non penali ma sostanzialmente tali in un significato comparativo rispetto ad altri specifici illeciti degli ordinamenti di riferimento. Il richiamo al ne bis in idem processuale celava spesso ragioni sostanziali inesprese. Ci occupiamo qui, invece, delle troppe sanzioni criminali non detentive o che accedono ovvero si aggiungono a quelle principali, e

solo in misura più circoscritta del problema delle sanzioni originariamente non criminali di particolare gravità.

Il problema è dunque il seguente: se una sanzione extrapenale aggiunta sopravvenuta a una sanzione penale per lo stesso fatto può sollevare un vizio di duplicazione indebita di risposta punitiva in termini di diritto sostanziale, e non meramente processuale, la moltiplicazione originaria di analoghe sanzioni, ma quasi tutte formalmente penali, non pone analoghi o perfino maggiori vizi di congruenza o di legittimità? E se invece non fosse così, se questi problemi si ritenessero insussistenti nel moltiplicare pene principali, accessorie, misure di sicurezza, etc. come gestire razionalmente tutta la teorica del ne bis in idem sostanziale? (17)

6. ECCESSO DEL LIVELLO SANZIONATORIO ASTRATTOE MECCANISMI INCOERCIBILI DI OCCULTAMENTO, INCERTEZZA E DEGRADAZIONE DELLA PENA CONCRETA

Tra i sistemi penali europei occidentali l'italiano è di quelli a maggior livello sanzionatorio in astratto: abbiamo le pene più elevate. Soprattutto i minimi edittali. I progetti legislativi e le riforme penali degli ultimi anni non smentiscono questo trend, e anzi lo accentuano. Il legislatore italiano punta tutto sui minimi alti. La magistratura, che si sente così deresponsabilizzata, non lo censura.

Ovviamente tale caratteristica di sistema rende obbligata una strategia di successiva degradazione sanzionatoria: ma anche l'occultamento della realtà sanzionatoria dietro il palcoscenico delle pene edittali. Il sistema sanzionatorio, infatti, è celato fuori dal codice penale. Chi legge il codice non capisce niente non solo della pena in action, ma neppure di quella in the books.

Un complesso di meccanismi (più che un "sistema"!!!) di questo genere – solo un sistema de lege ferenda si può (de)scrivere in Italia sul piano sanzionatorio – non può dunque che introdurre forme di depenalizzazione in concreto o di fatto, più che di diritto: meccanismi permanenti (sanatorie di regime) o temporanei (sanatorie periodiche, condoni, un tempo le amnistie) di degradazione, ma non di vera eliminazione del penale.

7. IL (PRIMO) MODELLO NAZIONALE DI DEPENALIZZAZIONE DI FATTO E LA NON PUNIBILITÀ

Il "modello nazionale" di depenalizzazione è stato, negli ultimi venti, trent'anni, la non punibilità, la degradazione sanzionatoria, cioè la trasformazione in itinere della pena minacciata in qualcosa di meno grave o diverso (18). Perché si è pensato che occorresse prima minacciare penalmente in ogni caso, la depenalizzazione "di diritto" certificata e stabile impediva questo meccanismo ed era tollerabile solo rispetto a

situazioni o effettivamente controllate da agenzie territorialmente affidabili, da verifiche giurisdizionali plausibili, oppure in casi più marginali, la cui violazione può essere monetizzata senza troppi sacrifici. Salvo alcune non sempre lodevoli eccezioni, soprattutto per le imprese e gli operatori economici, perché magari creano vere duplicazioni punitive di rilevante peso sanzionatorio.

La scansione tipica, in moltissimi casi di responsabilità penale è quindi la seguente: dalla pena alla non punibilità. Una pena più grave ed elevata inizialmente, sino a forme di degradazione, di riduzione, di estinzione, sia a livello di giudizio di merito (dal primo grado all'appello), sia in fase esecutiva (il sistema della liberazione anticipata e degli altri benefici possibili). Un percorso progressivo di decriminalizzazione o di decarcerizzazione condizionata. Per questo motivo ho proposto, da tempo, di inserire nei manuali di diritto penale riguardanti l'ordinamento italiano un capitolo dedicato alla «non punibilità», anziché un capitolo sulla punibilità, che non solo non è oggetto di prova processuale, ma è riempita di meccanismi degradatorio-estintivi.

Tradizionale e collaudato è il meccanismo del doppio imbuto. A) Selezione dell'autore dai fatti emersi. Dal numero maggiore dei reati sino alla selezione processuale dell'autore, e in seguito B) Percorso decrescente o eventualmente stabile della risposta contro o per il singolo autore. Una progressione discendente, a decrescere, che realizza a suo modo un orientamento di extrema ratio (19).

8. NUOVI TRENDS. IL «DELITTO NON PAGA» E I NUOVI ISTITUTI DELLA CONFISCA PER EQUIVALENTE E DELLE PRESTAZIONI RIPARATIVO-RISARCITORIE “INDOTTE”

Negli ultimi tempi si è peraltro accentuato un diverso trend verso nuove forme di (maggiore) efficienza sanzionatoria: è l'idea che il delitto non paga. Due istituti ne sono gli alfieri.

a) la confisca per equivalente e

b) l'idea della riparazione dell'offesa e del danno non come forma “spontanea” di restorative justice o di mediazione penale (aspetto bellissimo ma solo parziale al suo interno) (20), ma soprattutto di restaurazione risarcitorio-ripristinatoria, e quindi l'inclusione di ipotesi o di requisiti di riparazione/risarcimento dentro a diversi benefici che l'ordinamento “promuove”. Tra questi occorre ricordare: la messa alla prova (art. 168-bis c.p.), la nuova riparazione nei reati perseguibili a querela (art. 162-ter c.p.), l'esclusione della confisca per equivalente in alcuni casi di offesa-danno riparato, la riparazione obbligatoria per il patteggiamento per reati contro la PA (art.

444, comma 1-ter, c.p.p.), la bancarotta riparata, la collaborazione processuale “riparatoria” estesa a vari reati non più di sola criminalità organizzata, i condoni, le voluntary disclosures, le diverse sanatorie riparatorie, il danno ambientale riparato, il debito tributario estinto, le oblazioni speciali con neutralizzazione del pericolo e ripristino delle condizioni di sicurezza in materia di lavoro, ambientale, il risarcimento estintivo in alcuni reati societari, nell'art. 341-bis c.p., l'amplissimo modello riparatorio del d.lg. 231/2001 per gli enti. Il delitto riparato, in effetti, è categoria più complessa e di diversa matrice culturale rispetto alla ristorative justice, e si presta a introdurre a livello “di sistema” logiche completamente nuove di pena agita e non più subita (21).

9. SEPTIES IN IDEM. LA PATOLOGIA DISPIEGATA DELLA MOLTIPLICAZIONE DELLE PENE

Il fenomeno descritto è peraltro più grave e complesso nell'insieme e va in controtendenza rispetto al fenomeno della degradazione e della non punibilità. Infatti, il “sistema” non ha solo aggiunto pene non detentive, o sostitutive o alternative al carcere, ma ha anche moltiplicato le sanzioni in funzione non degradante la pena principale: 1) pene principali, 2) pene accessorie, 3) misure di sicurezza, 4) sanzioni amministrative e disciplinari, decadenze, sospensioni, incapacità, indegnità, etc. 5) risarcimenti civili anche punitivi, responsabilità contabile e 6) misure interdittive e cautelari, più 7) misure di prevenzione. Sono almeno sette binari paralleli o successivi riguardanti lo stesso fatto, tutti potenzialmente applicabili anche se non a tutti i reati. Chi è inserito in plurimi contesti socio-economici o pubblici e portatore di diversi status giuridici rischia un maggiore effetto moltiplicatore. Oppure chi è inserito in un circuito criminale di speciale valenza criminologica, e si porta dietro un etichettamento permanente. Un pubblico ufficiale, per es., per un peculato o per una corruzione, li può sperimentare tutti, e anche eccezionalmente uno in più. Comincia con la notifica di una sospensione interdittiva da ufficio e stipendio, che si consolida dopo la condanna di primo grado; prosegue con la sanzione disciplinare; seguono pena principale, pene accessorie, confisca per equivalente, risarcimento civilistico o contabile, riparazione pecuniaria coattiva ex art. 322-quater c.p., e poi confisca dei beni e misura di prevenzione.

Septies in idem. E forse otto con il costituzionalmente dubbio art. 322-quater (v. infra). Sono tutte sanzioni, sono tutte “afflittive” (v. infra), anche se non sono punitive allo stesso modo, ma riguardanti una medesima condotta illecita alla base.

Ciò pone con ogni evidenza un problema di diritti fondamentali.

Non tanto perché è una vera foresta di rovi: per fortuna abbiamo un sistema inefficiente, perché se non lo fosse, l'esito complessivo sarebbe di annientamento e

non certo di inclusione della persona, annientamento che invece avviene per la criminalità organizzata.

Quanto per il carico sanzionatorio.

Osserviamo l'idea punitiva classica che io contesto nel suo nucleo di duplicazione del male, ma che sostiene il meccanismo moltiplicatore. Quando colleghiamo sette sanzioni a una "identica materia" ("in idem") il riferimento è alla stessa condotta, quale denominatore comune, mentre cambiano evento o modalità significative di tale condotta, o l'aggiungersi di comportamenti o profili soggettivi o di pericolosità ulteriori, che presentano tuttavia un nucleo strutturale comune a distinte sanzioni punitive o cripto-punitive, parapenali.

Orbene, nei settori dove vari di questi binari coesistono, rimane evidentemente il bisogno di riaffermare, nonostante i sette possibili livelli già coesistenti nell'ordinamento, che il delitto non paga, perché la settuplicazione delle sanzioni è la cartina di tornasole che la degradazione sanzionatoria è debole, e spesso non riesce a sanzionare veramente neppure una volta, restituendoci l'immagine e la prassi di una macchina punitiva inflazionata, incerta ma anche malfunzionante. Ecco, allora, che si introduce nei delitti contro la PA non solo la confisca per equivalente accanto alla pena principale e a quelle accessorie (sono tre, col risarcimento quattro, con gli illeciti disciplinari cinque), ma anche una ulteriore confisca di somma corrispondente al maltolto che viene data alla Amministrazione di competenza a titolo di "riparazione pecuniaria" (art. 322-quater c.p.). È così che si può essere assolti dal delitto di associazione per delinquere o di tipo mafioso, ma anche da qualche reato proprio o economico e ora per reati di corruzione, ma subito dopo sottoposti a misura di prevenzione personale e reale. Ed accade così che solo in qualche caso sporadico sia espresso chiaramente il principio che la confisca per equivalente non si applica se c'è stata restituzione alla vittima del profitto confiscabile. Si punisce per il profitto ottenuto, ma non si soddisfa neppure la vittima. Ma non basta. All'opinione pubblica, in aggiunta, viene presentato un modello "teorico" ma anche un ulteriore meccanismo molto concreto e aggiuntivo, quello della pena massima minacciata, della punizione anticipata sulla stampa, delle misure cautelari come anticipazione di pena, della violazione del segreto istruttorio funzionale a tale meccanismo, della costruzione dell'etica pubblica attraverso il diritto penale, della penalizzazione dell'immoralità attraverso il processo e i mass-media. Sul piano sostanziale, in definitiva, l'intera macchina processuale penalistica è una sanzione ulteriore assai temuta, più di alcune pene formalmente vigenti. A questo sistema afflittivo informale, poi, si aggiungono le sanzioni formalmente giuridiche dei sette binari sopra descritti.

10. LA DISAPPLICAZIONE, PARADOSSALE MA RAGIONEVOLE, DEL SECONDO “MODELLO”

Se fosse rigorosa, questa plurima modellistica non sarebbe razionale. Tuttavia, non è rigorosa, è realizzata “all'italiana”. È la sua disapplicazione o applicazione intermittente che la rende paradossalmente più “ragionevole” e tollerata. La possibile e temuta estensione delle garanzie processuali e sostanziali ad altri rami del sistema – se li ritenessimo tutti penali in senso stretto – potrebbe infatti condurre a una sua paralisi processuale. La semplificazione e unificazione processuale appare allora uno degli obiettivi più rilevanti della materia del c.d. bis in idem, premessa delle stesse soluzioni sostanziali di “assorbimento” o cumulo giuridico delle sanzioni.

Infatti, se la distinzione penale/non penale non può essere risolta concettualmente con criteri univoci e generali sul piano sostanziale, ma solo per casi paradigmatici o eclatanti – è la tesi che il convegno modenese sul bis in idem dovrebbe dimostrare o falsificare – dovrà essere individuata discrezionalmente, vale a dire sul piano del trattamento sanzionatorio. Ciò può avvenire ad opera del legislatore o ad opera del giudice. Discrezionalità vs. tipicità. Onde evitare la dissoluzione della legalità nel case without law e la perdita di ogni sistematica, del penale come possibile sistema, nella casistica e nella prassi, occorrerà costruire una criteriologia che sostituisca l'attuale autoregolamentazione casuale nella foresta dei rovi.

11. L'AFFLITTIVITÀ, O INVECE LA PUNIZIONE RIPROVANTE CON MINACCIA DI ESCLUSIONE IDENTITARIA QUALE ESSENZA DEL PENALE? DAL CUR DEUS HOMO ALLE CORTI EUROPEE, ALLE CONTRADDITTORIE APERTURE “QUALIFICATRICI” DELLA CORTE COSTITUZIONALE

L'attuale assetto europeo della materia penale in relazione al ne bis in idem sostanziale può essere schematicamente riassunto come segue.

Non esiste un criterio scientifico illuminante e sicuro su ciò che è “matière pénale”, cioè su ciò che va considerato sostanzialmente penale, nonostante, e a prescindere da, una diversa qualificazione formale. L'abbiamo sempre saputo, ma qualcuno voleva autoconvincersi del contrario, confidando che decenni di sperimentazione casistica trovassero l'impossibile pietra filosofale. Abbandonato o relativizzato il parametro della qualificazione come criterio risolutivo, giuspositivistico e formale, e quello troppo restrittivo della perdita o del sacrificio della libertà, tutto è possibile. Anche il risarcimento danni, con obbligazione soggettivamente “inesigibile” e dunque capace di impegnare tutta la vita del debitore (art. 2740 c.c.), può essere qualificato come estremamente afflittivo e devastante (una sanzione lifelong!), del tutto a prescindere dal fatto che contenga formalmente un danno punitivo aggiunto. Sul piano

dell'afflittività esso supera di anni-luce la multa per la rissa semplice (art. 588, comma 1, c.p.), qualsiasi pena sospesa, o i punitive damages per il danneggiamento doloso semplice di beni non pubblici, non esposti alla pubblica fede, senza minacce o violenze alla persona etc. (art. 635 c.p. e d.lg. n. 7 del 2016).

Però non è una “pena”, perché mira solo al risarcimento, a differenza dei danni punitivi che vi aggiungono un quid pluris.

Certo possono esistere estremi intollerabili di violazione dei diritti fondamentali, là dove si spacci per “amministrativa” o “processuale” una perdita di diritti da tutti avvertita come uguale ad altre pene di un certo ordinamento. Questa truffa delle etichette, come ogni estremismo ammantato da ipocrisia giuridica, non richiede una trattazione scientifica, e anche la Costituzione nazionale deve sanzionarne l'artificiosa dissimulazione (22). Ma già la “gestione ermeneutica” di varie etichette ritenute fraudolente ha fatto vacillare le certezze intuizionistiche d'origine.

Si è compreso che non erano sempre in gioco veri e propri diritti fondamentali – c'è anche la retorica dei “diritti fondamentali” –, quanto piuttosto questioni di equità sanzionatoria, di proporzione. E tali questioni vengono a emergere proprio in caso di raddoppio o di moltiplicazione di più sanzioni a contenuto afflittivo-punitivo. Si passa così dalla «materia penale» al ne bis in idem: dalla riqualificazione ai limiti di una punizione aggiunta.

Il discorso coinvolge il concorso di sanzioni a parità di ‘fatti’, non solo le loro qualificazioni. Se non ti escludo dal consorzio sociale, potrò incidere su diversi diritti tra quelli che ti ho conservato: onore, lavoro, capacità giuridiche, patrimonio, rapporti familiari, libertà sessuale, contrattuale, diritti politici, di associazione, di circolazione, etc. Per ogni ambito può esserci una sanzione aggiunta o specifica o una indegnità, una incapacitazione.

Secondo la Corte Edu, la CGUE e i loro commentatori – che tra una nota a sentenza e l'altra non danno mostra di accorgersi che stanno discettando di qualcosa di formidabile come l'«essenza del diritto penale»! – la sanzione penale deve avere un contenuto “afflittivo”. Cioè: deve far male, risultare dolorosa come perdita di qualche diritto, oppure deve essere un “male aggiunto”, al di là del fatto che ci sia prevenzione, riparazione, neutralizzazione. Che cosa la qualifica dunque come pena, l'essere necessariamente duplicante un male e subìta? E la parte non subìta non sarà più pena? La riparazione dell'offesa e il risarcimento del danno volontari, e che implicino “giustamente” una significativa riduzione della risposta sanzionatoria “penale” in senso stretto, non sono dunque “pena” solo perché sono agiti e non parimenti afflittivi? Ma se riducono la pena ne sono parte costitutiva. È almeno dai

tempi del *Cur deus homo* di Anselmo d'Aosta che la pena retributiva ha senso in quanto il danno o l'offesa non siano riparabili (23). Se l'offesa si può riparare, la risposta cambia: ma la riparazione è allora “contenuta” nella pena retributivo-proporzionalistica, perché ne consuma una parte importante, quando c'è stata. Ecco che il nesso fra riparazione e pena è costitutivo della stessa proporzione.

Usciti dalla pena che limita almeno la libertà siamo dunque nelle sabbie mobili, perché l'afflittività e la proporzione conoscono ulteriori declinazioni comunque di rilevanza punitiva parapenale o anche semplicemente amministrativa.

Ma qui non è in gioco la violazione dell'irretroattività, per es., di una sanzione amministrativa “punitiva”, che oggi la Corte costituzionale pacificamente riconduce all'art. 25 cpv. Cost.(24) di fatto applicando un giudizio “sostanzialistico” sulla natura punitivo-afflittiva o meno della sanzione. È in gioco la legittimità di “contare due volte” parte di quei fatti per scopi punitivi distinti. Secondo la narrazione ricevuta, ripetiamo, la pena-punitiva supporrebbe sempre un «male aggiunto», un *quid pluris*: una sproporzione in eccesso rispetto a intimidazione, risarcimento e riparazione (25). L'impossibile proporzione di questa sproporzione è da sempre il banco di prova delle epistemologie penali (26). La novità del movimento che qui viene descritto è che la proporzione appare uno strumento di delimitazione, prima che di fondazione, del sistema sanzionatorio.

La nostra convinzione, da tempo, è che il penale non sia meramente o necessariamente duplicante il male – anzi dovrebbe fuggire i modelli di duplicazione del male per produrre un saldo socialmente positivo (27) – ma minacci una esclusione identitaria della persona dal contesto sociale mediante sanzioni afflittive riprovanti: vuoi per la segregazione e la perdita della libertà, vuoi per la privazione di diritti sociali o politici inclusivi e di onore pubblico. La sua minaccia è sempre di far vedere con biasimo al “reo” che sta pericolosamente o sicuramente uscendo dall'inclusione, perché questa sanzione afflittiva, subita o agita, non esclusivamente riparatoria, risarcitoria o ripristinatoria, lo tiene sospeso o etichettato con un rimprovero che mette in discussione la sua persona, “per” un fatto commesso, e non semplicemente “dopo” la sua commissione. La rimproverabilità dell'autore non si accerta nel processo, ma il rimprovero è nella genesi socio-penalistica della norma sostanziale.

Questa carta di identità va tuttavia completata col “secondo binario”: esistono sanzioni “penali”, le misure di sicurezza, che non hanno finalità punitiva, ma sono penali a tutti gli effetti, per l'inerenza intima alle ragioni preventive speciali (neutralizzazione, terapia) della privazione di diritti dipendenti da reati passati o futuri: le misure di prevenzione, per esempio, che ne condividono oggi le funzioni,

sono da considerarsi penali perché sostanzialmente misure di sicurezza dopo la riforma del codice antimafia del 2011 (28) Se non c'è sullo sfondo un rischio di perdita o di limitazione della libertà, è certo controvertibile, de lege lata, che si tratti di sanzione penale o assimilata (“para-penale” o “amministrativa-punitiva”) quando detta sanzione formalmente non si qualifica così, anziché di una sanzione puramente aggiunta ex post, di una incapacitazione, di una interdizione “accessoria” di natura amministrativa aventi scopi per es. “cautelativi”, come nel discusso caso dell'art. 8 del d.lg. n. 235 del 2012 della l. Severino sull'incandidabilità di condannati per alcuni delitti non colposi (29).

Solo se la sanzione è geneticamente connessa a un reato o alla pena per un reato, e ne costituisce un'appendice punitiva (“per” il reato e non “a seguito” di esso), con l'aggiunta del veicolo di un biasimo giuridico-sociale, l'attrazione nelle garanzie penalistiche (irretroattività etc.) diventa molto stringente: è “materia penale” a prescindere da una violazione del ne bis in idem, che potrebbe non esserci sul piano del peso sanzionatorio complessivo (30). La identità di materia penale non implica nessuna necessaria violazione del ne bis in idem sostanziale (le sanzioni sono per es. del tutto cumulabili): materia penale e bis in idem restano questioni distinte. Proprio la Corte costituzionale, come noto, invocando l'art. 25 cpv. Cost. quale espressione della riserva di legge, e non del divieto di retroattività, ha avuto modo di censurare le posizioni giurisprudenziali che vorrebbero applicare direttamente i “criteri Engel” a leggi amministrative italiane che estendono al passato nuove sanzioni amministrative “depenalizzate”, al fine di sottoporre queste ultime a un vaglio “casistico”, e come tale contrastante con il vincolo di legalità-tassatività-riserva di legge, sulla natura “sostanzialmente penale” delle sanzioni, e ciò (secondo l'organo remittente) per estendere a esse la parte garantistica dell'art. 25 cpv. sotto il profilo per es. dell'irretroattività (31).

Se l'ordinamento già qualifica come amministrativa la sanzione, la Corte “consente” di vagliare se è punitiva, oppure no. Se, viceversa, si tratta di censurare la stessa qualificazione (per es. il passaggio da penale ad amministrativo), i medesimi criteri non vengono applicati, rinviandoli magari oltralpe.

Una posizione contraddittoria, presente nella giurisprudenza della Consulta, che ammette e interdice nello stesso tempo l'importazione della stessa logica della “matière pénale”.

Il nostro excursus europeo e italiano finisce dunque qui: dopo i criteri Engel, e anni di sperimentazioni senza un esito concettuale convincente (32), le ultime pronunce ci

consegnano un relativismo insuperato, non solo nella declinazione della Corte di Lussemburgo, ma anche di Strasburgo e di Roma (33).

Il problema si è accentuato col passaggio dalla materia penale in funzione solo assorbente-escludente, alla natura punitiva o meno di certe sanzioni certamente amministrative, fino ai limiti di un possibile bis in idem processuale e sostanziale.

Dopo CGUE Bonda (34) e Fransson (35) – con l'intermezzo “processualservente” di C. Edu Zolotukhin (36) e Grande Stevens (37) – e dopo i ripensamenti di C. Edu di A. e B. c. Norvegia (38), l'ultimo parto trigemellare della Corte di Giustizia del 20 marzo 2018, Garlsson, Menci, e Di Puma e Zecca (39), esercita soprattutto una spinta verso un importante ravvicinamento sanzionatorio e culturale europeo, sul piano “sostanziale”, che sorregge questi plurimi indirizzi (40). Possono coesistere più sanzioni per fatti la cui identità è solo circoscritta alla condotta o ad alcuni aspetti di essa (41). L'apparente convinzione collettiva di sapere che ciò che affligge è penale non riesce ad appagare l'analisi scientifica, anche se può produrre risultati di contingente consenso politico.

12. LA LOGICA PROPORZIONALISTICA DEL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE E IMECCANISMI ANCHE PROCESSUALI DI ASSORBIMENTO-COMPENSAZIONE

Siamo dunque in presenza di una proporzione non fondante, ma limitatrice al fine di razionalizzare la moltiplicazione dei binari sanzionatori: dal bis in idem cumulativo quale tendenza permanente e dinamica del sistema punitivo verso una risposta “complessiva” meno ingiustamente afflittiva e perciò anche più accentrata in contesti processuali unificati. Non sanzioni penali puramente “sostitutive” o estintive tradizionali (la degradazione), accanto a sanzioni penali multiple applicate a intermittenza tutte insieme o in chiave progressiva: la foresta di rovi (il septies in idem). Piuttosto, si delinea il compito di un riordino assiologico legislativo previo del sistema o della macchina sanzionatoria. Sarà un lavoro lungo e difficile a voler partire davvero dalle fondamenta. Tuttavia, per le vie brevi, non è una semplice depenalizzazione che appare urgente: occorre sfolciare, un vero disboscamento punitivo. Perché il meccanismo delle sanzioni multiple cumulative sia reso coerente al sistema della depenalizzazione di fatto che già da tempo costituisce il modello italiano è necessario ridurre i sistemi sanzionatori multipli e concepirli da principio in parte come formalmente alternativi e fungibili. Occorre cioè introdurre meccanismi di assorbimento, compensazione e rivalutazione del carico sanzionatorio (42), che possono al meglio funzionare attraverso l'unificazione processuale dei momenti di accertamento, proprio in presenza di plurimi illeciti o sanzioni (43). Per es. come tra

pene e misure di sicurezza in altri sistemi vige il principio della vicarietà che non è implicito nel requisito della durata massima delle misure ora in fase di accoglimento anche nel nostro sistema (44), lo stesso può valere per le diverse confische, e in parte per il meccanismo del risarcimento-riparazione rispetto alla pena stessa: perché riparazione e risarcimento “sono pena”, pena agita, e non rappresentano «un'eventualità aggiunta». Ci sono interi settori dell'universo sanzionatorio extrapenale che devono poter esser considerati come “parte della risposta punitiva” del medesimo fatto, e dunque devono assorbire in tutto o in parte la pena criminale o essere ponderati «al suo interno» quando quest'ultima viene definitivamente commisurata o applicata. La loro caducazione ‘secca’ per bis in idem o speties in idem, se in qualche caso potrà risultare corretta, in altri casi appare invece disfunzionale al nostro sistema ed è la stessa giurisprudenza più recente della CGUE che ne prende atto (45).

La proposta di una concezione post-riparatoria della pena costituisce un passo importante verso questo obiettivo, ma non certo il solo. L'idea che prima viene la riparazione e solo dopo o in assenza di essa si comincia a discutere veramente della pena implica che la pena acquista una struttura epistemologica non retributiva (cioè: il “raddoppio del male”), ma post-riparatoria, connessa al fatto che la riparazione (offesa, categoria penale) e il risarcimento(danno, categoria civilistica) siano possibili, reali o mancanti. Quando sono impossibili o mancanti risarcimento e riparazione, la pena già ab origine non è più meramente retributiva (orientata a duplicare proporzionalmente il disvalore dell'illecito con sanzione corrispondente), perché continua ad essere costruita su scale sanzionatorie che contengono l'idea riparativa al loro interno, anche in itinere, in prospettiva, verso forme di pena agita e non subita. La riparazione infatti resta un modello di sanzione geneticamente capace di modificare il moltiplicatore penalistico, le scale sanzionatorie: la cornice e dunque la pena concreta non sono più incentrate sulla sola gravità del reato o sulla colpevolezza – vera ossessione del Novecento penalistico –, ma anche sul rapporto autore/vittima, anche sul postfatto, e dunque la stessa cornice edittale non è riempita solo di una sanzione per il fatto passato, perché il postfatto può inserire nella cornice un grado sanzionatorio potenzialmente dimezzante la pena stessa (46). La pena edittale contiene perciò un nucleo di razionalità più misurabile, composto dalla mancata riparazione e dal mancato risarcimento, che se invece ci sono sottraggono a quella misura astratta una quota importante. Chiaro che la teoria della commisurazione della pena dovrà essere ripensata partendo da queste basi che chiedono di sapere come misurare il quantum di pena che corrisponde alla mancata riparazione e al mancato risarcimento. L'eliminazione dei minimi edittali troppo alti della tradizione sanzionatoria italiana e una logica post-riparatoria possono rifondare una prassi

commisurativa oggi priva di una sua teoria riconosciuta. A tutto questo discorso occorre solo premettere un caveat. Non si pensi che la proporzione, che è vuota di contenuti ed ha preteso di fondare per secoli la pena retributiva come raddoppio del male, a cominciare dalla pena di morte – che “è” la storia del diritto penale – ed ora si può e vuole riconvertire in un parametro più “chiaro” (!) di delimitazione (“non sproporzione”) (47), anziché di duplicazione del dolore, sia un criterio scientifico solo perché costituzionalmente ancorato a livello nazionale e internazionale (48). Certo è più argomentabile di una ragionevolezza priva del tertium comparationis ancorata a certezze intuitive (49), ma in ogni caso resta anch'essa un parametro ad applicazione molto contingente e relativistica, la cui politicità è meno pronunciata di criteri di scopo là dove sia fondato su scale almeno anche quantitative (50).

13. (SEGUE) IL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE EUROPEO REVISITED: UNA VISIONE INTERDISCIPLINARE E “COMPENSATIVA” DEL SISTEMA SANZIONATORIO IN GENERALE

La politica giudiziaria europea del ne bis in idem per lungo tempo non ha avuto una base teorica trasparente, prevedibile ed egualitaria. Non è certo una giurisprudenza dei concetti e nessuno ha compreso se non in modo intuizionistico quando e perché una certa sanzione non penale e non detentiva costituisse veramente una indebita duplicazione penalistica. Però ha avuto il pregio di indicare un modello sanzionatorio antitetico a quello nazionale in un paio di punti. Non già perché esprima il divieto processuale di bis in idem a livello costituzionale, né già perché sostiene il ne bis in idem sostanziale vuoi in parallelo, vuoi quale premessa di quello processuale, ma perché ci costringe a vedere l'enormità potenziale e reale dei numerosi binari sanzionatori esistenti. Essa ci impone in primo luogo di ripensare civile, amministrativo e penale insieme.

Di qui l'idea di un convegno interdisciplinare sul tema. Non si può oggi pensare l'istanza punitiva senza mettere in dialogo costante – anche in sede commisurativa ed esecutiva – i tre rami principali dell'ordinamento, oltre a quelli processuali. In questo modo, però, il penale viene almeno in parte “sdoganato” e si consolida il movimento che lo porta a non essere più il luogo del totalmente altro, dei libri terribili, dell'anormalità patologica, della malattia: un ramo col quale gli altri neanche entrano in dialogo. Solo una parte di esso rimane coinvolta nella dimensione escludente della devianza irriducibile: una parte sempre più suscettibile, in prospettiva, di nuove inclusioni o di mere neutralizzazioni. La parte restante, che fuoriesce dalla neutralizzazione/segregazione, e che proprio per questo è soggetta a molteplici sanzioni differenziate per status, diritti e competenze, è vastissima, la più vasta, e non è più occupata dalla retribuzione ‘pura’ come essenza presunta dell'idea punitiva, né

da duplicazioni afflittive pensate come giuste perché senza scopo. Mira a includere potenziali esclusi. Inclusione o neutralizzazione in casi estremi sono le sue dimensioni finali, laiche e molto umane. Una pena complessa e itinerante, ma non incerta nell'an.

La moltiplicazione delle sanzioni peraltro può produrre nuove esclusioni, e non solo sproporzioni in eccesso, perché il rischio esclusione è essenziale alla pena, alla punizione "penale". Si collega a questo una seconda direttrice di origine europea: la sollecitazione verso meccanismi "compensativi" tra le diverse sanzioni secondo la logica della proporzione (51).

Occorre pensare non solo a "depenalizzazioni" di diritto e di fatto a diverse velocità, differenziate per sottosistemi, ma anche a percorsi di assorbimento-compensazione differenziati: una cosa è il diritto penale economico, altra cosa quello della criminalità organizzata comune, altra cosa ancora il diritto penale della p.a. o della circolazione stradale, dei reati tributari, dell'ambiente, di quelli in materia di sicurezza del lavoro, dei mercati finanziari, degli alimenti etc. Sono sistemi dove è possibile introdurre ad hoc ipotesi mirate di unificazioni processuali di accertamento degli illeciti (per es. in concorso formale tra penale ed extrapenale) e di compensazione o assorbimento delle sanzioni. Ancora una volta, una politica criminale che, pur possedendo parametri generali, linee-guida, non adotta una soluzione unica "di parte generale", ma plurime risposte.

Nel giudizio penale si potrà poi considerare anche una quota di sanzione amministrativa o penale (di mera condotta) da soppesare con l'entità accresciuta di quella penale che vi aggiunge un evento, a seconda che non vi sia piena specialità e rimangano interessi di tutela davvero differenti nei due campi, tali da precludere la regola che il penale prevale comunque sull'amministrativo (art. 9 l. 689/81), o la regola della specialità (art. 15 c.p.) come soluzioni uniche, perché non possono essere uniche. Una sorta di assorbimento sanzionatorio e di disvalore: non per qualificazione o automatismo logico-strutturale. Ma non è facile che possa attuarlo il Parlamento in primis, che potrebbe solo introdurre un generale principio di ne bis in idem (52) che completi i criteri della specialità in senso stretto (53), delle regole di esclusione (clausole di riserva, primato della sanzione penale) e del cumulo-concorso, da gestire tra fase applicativa (ma prima ancora per selezionare le imputazioni e incolpazioni) ed esecutiva, attraverso strumenti di compensazione e non solo di assorbimento. Perché lo spazio per un concorso di illeciti con assorbimento ovvero con pene in parte compensate – la seconda soluzione è in fondo già presente nel cumulo giuridico per il concorso formale di reati – quando il fatto è diverso perché progressivo o relativo a differenti interessi di tutela, può essere riconosciuto solo in iudicando, e non compiutamente disciplinato a livello legislativo. Superati i casi estremi risolvibili anche

in via intuitiva, l'evoluzione incontrollata del diritto giurisprudenziale europeo è alla fine approdata a un tema classico del sistema sanzionatorio (concorso di pene, cumulo, assorbimento, specialità bilaterale e in concreto), più che forse della dogmatica penale (concorso di norme e di reati) (54).

Fonte: Cassazione Penale, fasc.2, 1 FEBBRAIO 2018, pag. 461

Autori: Francesco Palazzo

IL LIMITE DELLA POLITICAL QUESTION FRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE. CHE COSA È “SOSTANZIALMENTE PENALE”? The Limit to Political Questions between Constitutional and European Courts. What Is “Substantially Criminal”?

Documenti correlati

Sommario 1. Premessa. — 2. Sostanzialismo penale? — 3. Materia penale e sanzione penale. — 4. Materia penale e garanzie. — 5. Materia penale e tipologie di illeciti punitivi.

Muovendo da premesse di teoria generale sulla contrapposizione tra volontarismo e sostanzialismo, il lavoro esamina le soluzioni elaborate dalla scienza penale e dalle Corti europee per individuare i confini sostanziali della “materia penale” sia al fine di razionalizzare le scelte legislative di criminalizzazione sia al fine – soprattutto – di assicurare l'effettivo rispetto delle garanzie penali.

The essay starts with some introductory remarks on the contrast between “voluntarism” and “substantivism” in general theory of law. Furthermore, it moves the focus on the solutions elaborated by criminal law theory and European Courts in order to outline the substantial concept of “criminal matter” so as to, on one hand, rationalize the legislative criteria of criminalization and, on the other hand, ensure the effectiveness of criminal law guarantees.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

1. PREMESSA

Una breve relazione di apertura ad un convegno, come questo, dedicato alla “materia penale” non può avere che un carattere sommario, frammentario, cursorio. Come del resto dimostra ampiamente la stessa articolazione di questi tre giorni di lavori, che

opportunamente si incanaleranno in molteplici filoni tematici in cui sarà affrontata di volta in volta con la necessaria specificità la political question della “materia penale”.

In questa sede preliminare non ci si potrà che limitare a mettere in luce due o tre punti generali in cui vengono in particolare evidenza alcune contraddizioni della tematica generale della “materia penale”.

2. SOSTANZIALISMO PENALE?

L'implicita premessa di ogni discorso in proposito è che l'idea stessa di “materia penale” rimanda necessariamente ad una sorta di tacito ma evidente sostanzialismo, nel senso che la ragion d'essere – per così dire – e le finalità di questa nozione si giustificano in quanto si adotti un punto di vista esterno all'universo penale come risultante dalle incriminazioni legali vigenti in un certo momento e in un certo luogo determinati.

In questa premessa, la political question della “materia penale” evoca subito una prima grande contraddizione, che peraltro essa condivide con la stessa essenza del diritto. Si potrebbe suggestivamente dire che la questione della “materia penale” si colloca all'interno della più generale contrapposizione tra libertà e verità del diritto.

Per taluno, infatti, il diritto è sostanzialmente volontà libera da qualsiasi limite proveniente da un condizionamento predata: insomma, il diritto, o quanto meno il diritto positivo cui è oggi necessariamente da ascrivere il diritto penale, rappresenta un vero e proprio trionfo di onnipotenza: un luogo dove “si può ciò che si vuole”. Così da sfociare, alla fine, in una sorta di indifferenza, o addirittura di nichilismo contenutistico à la Irti.

Per altri, invece, alla presunta libertà contenutistica del diritto deve essere sostituita la “materia” determinata storicamente e mutevolmente dal condizionamento delle preesistenti strutture ontico-sociali che ne costituiscono il fondamento di verità: l'osmosi tra le strutture logico-formali del diritto e quelle ontico-sociali costituisce la vera natura della giuridicità ed alimenta quotidianamente l'esperienza giuridica in un relativismo indubbiamente defatigante ma anche vitale. Non c'è dubbio peraltro che, al di là dello schematismo concettualmente semplificatorio della contrapposizione volontà/verità, le due visioni non sono del tutto antitetiche o alternative. Non si può negare, in vero, che l'esperienza giuridica, se è trascinata dalla mutevolezza spesso addirittura del contingente, manifesta però un'aspirazione alla stabilità e alla consolidazione di certe soluzioni o di certi schemi concettuali, costituenti gli “stampi”

in cui calare le political questions altrimenti soverchianti in forza del magma incandescente degli interessi in esse coinvolti.

Proprio nel campo del diritto penale la contrapposizione tra libertà e volere ha potuto beneficiare di alcune interessanti soluzioni di equilibrio nel tentativo di risolvere la questione della materia sostanzialmente penale: equilibri forse precari, talvolta anche insoddisfacenti o addirittura apparenti, ma comunque sforzi meritori della riflessione penalistica per cercare di conciliare la libertà politica di decidere ciò che può o non può essere “penale” e vincoli eteronomi di delimitazione della materia.

In primissimo luogo va ricordata la fioritura del costituzionalismo penale, con la geniale attribuzione di una base di normatività, certamente del tutto speciale com'è quella costituzionale, alle scelte legislative di criminalizzazione. Con tutte le conseguenze in termini di rivitalizzazione della “funzione critica” del bene giuridico che ciò significò. Un equilibrio davvero interessante per la sua capacità di tenere insieme normativismo e sostanzialismo. Anche se dobbiamo riconoscere che il costituzionalismo penale, specie proprio nella sua angolazione del bene giuridico e delle scelte di criminalizzazione, non è riuscito a mantenere tutte le originarie promesse di quasi automatica realizzazione dell'ultima ratio. La “gabbia” costituzionale costituita dalla trama dei beni giuridici “meritevoli” di tutela penale non ha retto alle pressioni della politica e del fluire di una realtà resa viepiù complessa e dinamica dall'accelerazione della storia.

Riconosciuta onestamente la rivincita della componente political nella questione della materia penale, non si può tuttavia negare che qualche frutto del costituzionalismo continua ad essere ancora presente nel nostro ordinamento penale. E così, ad esempio, le leggi di delegazione europea continuano ad utilizzare il criterio generale degli interessi costituzionalmente protetti quale principium individuationis delle violazioni da assoggettare alla sanzione penale in senso proprio. E così, ancora, la recentissima l. 23 giugno 2017, n. 103, nel dare delega al governo per l'attuazione (tendenziale) della c.d. riserva di codice, dispone che dovranno trovare posto nel codice «tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di eguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

Sarebbe interessante verificare con un'apposita analisi (che certo non possiamo fare qui) quanto tali indicazioni siano in grado di essere stringenti nei confronti del legislatore delegato, anche in relazione al fatto che, specie per quanto riguarda la delega sulla riserva di codice, alcuni degli interessi nominativamente elencati sono individuati con un margine di latitudine necessariamente vasto (la correttezza e trasparenza del mercato, ad esempio), mentre altri hanno un dubbio statuto costituzionale (l'ordine pubblico soprattutto). Tuttavia, a parte ciò, rimane il fatto che il costituzionalismo penale dei beni giuridici non può dirsi affatto scomparso dalle corde più vitali del nostro ordinamento.

V'è, in secondo luogo, un'altra interessante manifestazione di un possibile equilibrio tra normativismo e sostanzialismo, tra libertà e verità, su cui può attestarsi – almeno a livello teorico – la political question della “materia penale”. Si tratta questa volta dell'universalismo penale dei diritti fondamentali, assurti a oggetto e fondamento della tutela penale. Mi piace ricordare in proposito l'espressivo titolo che Mireille Delmas-Marty volle dare alla traduzione italiana del suo famoso *Le flou dudroit*, forse il più noto dei suoi libri: ebbene nella versione italiana quel volume reca il titolo *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*. Nonostante l'indubbia suggestione di questa prospettiva che sembrerebbe legare la questione della “materia penale” ad un dato culturale sovranormativo sottratto alla “libertà” imprevedibile del legislatore, bisogna però riconoscere che la dimensione europea dei diritti fondamentali non sembra ancora del tutto capace di fornire risposte definitive alla political question che ci occupa. Ed infatti, nell'Europa dei 47 del Consiglio d'Europa l'affermazione dei diritti quali oggetti privilegiati e talvolta necessari della tutela penale, con i conseguenti problematici obblighi di criminalizzazione, è prevalentemente affidata all'opera incisiva ma casistica della Corte di Strasburgo e delle sue sentenze, con riflessi dunque essenzialmente indiretti sulla conformazione legislativa della “materia penale” all'interno degli Stati. Nell'Europa dei 27 dell'Unione, in cui l'efficacia condizionante delle indicazioni europee agli Stati è sicuramente più stringente, non sembra essere ancora del tutto chiaro il rapporto di equilibrio assiologico tra diritti fondamentali e interessi propri, anche finanziari, dell'Unione. Non mancano cioè situazioni o momenti in cui, nella definizione della “materia penale” europea, l'asse sembra propendere più verso una ipervalutazione degli interessi europei anche di natura “formale” o strumentale, così da risultare non certo rigorosamente definiti i confini della “materia penale” secondo l'ispirazione di fondo dell'ultima ratio che invece sembrerebbe fatta propria dall'universalismo penale.

3. MATERIA PENALE E SANZIONE PENALE

È ora il momento di passare ad esaminare come questa idea della “materia penale” è in grado di funzionare logicamente nel processo di individuazione delle incriminazioni possibili; in sostanza, come può operare quale criterio di soluzione della political question delle scelte sostanziali di criminalizzazione. Diciamo subito che la “materia penale” è un concetto evidentemente di relazione, nel senso cioè che gli oggetti della tutela penale possono essere individuati in quanto tali non già in sé, in ragione di una loro immanente caratteristica contenutistica, ma solo in rapporto alla pena: in quanto beni, interessi, valori rispetto ai quali si può predicare un qualche rapporto di coerenza con la peculiare natura della pena criminale. È insomma la pena che si riflette sulla materia penale chiarendo ciò che merita o non merita la copertura della sanzione punitiva. E perciò, se c'è un a priori questo non è tanto la materia penale quanto la pena: quest'ultima categoria concettuale e culturale, pur non essendo di certo fuori dal tempo, ha una sua forte stabilità categoriale, decisamente più forte della materia penale nella quale si addensano e si scontrano i molteplici e mutevoli interessi sociali reclamanti protezione.

Questo schema di tipo relazionale proprio della “materia penale” è quello adottato anche dalla giurisprudenza pur variegata ma consolidata della Corte di Strasburgo. Dei famosi tre “criteri Engel” utilizzati dalla Corte per individuare di volta in volta l'appartenenza di una fattispecie alla materia penale (qualificazione nazionale dell'infrazione, natura dell'infrazione, natura della sanzione), è sicuramente l'ultimo – quello della natura della sanzione – a segnare i confini della materia penale e a consentire la qualificazione “penale” della violazione di volta in volta in questione.

È interessante notare come nella più recente giurisprudenza della Corte Edu sia talvolta presente un passaggio argomentativo secondo il quale la natura punitiva della sanzione non può non condizionare la selezione degli interessi da tutelare e dunque la natura sostanziale dell'infrazione. C'è, insomma, un gioco di specchi per cui solo nella corrispondenza tra natura dell'interesse e natura della sanzione si realizza un uso corretto della materia penale quale criterio di soluzione della political question. Nel caso, invece, in cui una sanzione punitiva risultasse incoerente per eccesso rispetto alla natura dell'infrazione, si avrebbe una violazione del principio di sussidiarietà; così come, nel caso in cui la sanzione (anche punitiva) fosse incoerente per difetto rispetto alla natura dell'infrazione, scatterebbe un obbligo di penalizzazione e di adeguatezza della tutela. In definitiva, l'idea della “materia penale” non è neppure pensabile se non in riferimento alla sanzione penale. Con ciò, in fondo, si conferma l'ovvio assioma per cui la dimensione penalistica della responsabilità non è data dall'oggetto bensì dal modo della tutela. Oggi, noi abbiamo fatto molti passi avanti sul versante degli oggetti di tutela sottraendoli alla

disponibilità o al capriccio del legislatore, ma ciò non significa che questo prezioso ruolo della “materia penale” non sia svolto proprio in relazione alla categoria della pena.

4. MATERIA PENALE E GARANZIE

Porre la political question della materia penale significa essenzialmente porre una questione di garanzie. In fondo, dato per scontato un determinato apparato di garanzie penalistiche, la “materia penale” serve per fare da spartitraffico nell'uso di tali garanzie. O almeno è questa l'utilizzazione prevalente della categoria della “materia penale” nella sede propria della Corte europea di Strasburgo.

Nella giurisprudenza Cedu le garanzie assumono una doppia dimensione, sono per così dire bidimensionali: si dislocano cioè lungo due direttrici diverse, che solo impropriamente sono riconducibili alla stessa idea di materia penale. Da un lato, vi è la dimensione punitiva in senso stretto, dove la sanzione reclama l'apparato garantista a prescindere dalla sua gravità e dalla sua portata afflittiva. La connotazione dominante della sanzione sulla quale gravita l'esigenza garantista è il suo personalismo etico: anche se la giurisprudenza della Corte Edu è scarsamente sensibile all'istanza della colpevolezza, la dimensione punitiva della sanzione impegna il legislatore al rispetto delle garanzie proprio in ragione di questa dominante etico-personalistica, con le naturali conseguenze anche sul piano della proporzione necessaria: un principio, questo della proporzione, che sembra ormai tornato al centro delle esigenze garantiste della materia penale in questa sua prima sfaccettatura. Si potrebbe addirittura dire che questa è la “vera” materia penale.

Dall'altro lato, vi è la dimensione preventiva della sanzione con il suo funzionalismo utilitaristico, rispetto al quale l'esigenza garantista deriva essenzialmente dal grado quantitativo di afflittività o – per meglio dire – di invasività della sanzione e, più generalmente, dello strumento coercitivo pubblico. E qui l'esigenza garantista finisce per dipendere da un dato più “materiale” che valoriale, ma non per questo certo meno significativo. Ebbene, noi andiamo giustamente fieri del processo di secolarizzazione che ha consentito al diritto penale di entrare nella modernità. Siamo orgogliosi di esserci liberati del retaggio spiccatamente eticizzante della pena, anche se – a dirla tutta – si ha l'impressione che questa scarnificazione della pena sia più un'operazione intellettuale della scienza giuridica che il risultato di una convinzione condivisa nel comune modo di concepire la pena. Comunque sia, non c'è dubbio che le finalità preventivo-utilitaristiche hanno assunto il sopravvento sul carattere etico-personalistico della sanzione penale: riflesso, questo, del prevalere del razionalismo

su ancestrali incrostazioni metafisicheggianti. Che tutto ciò sia stato un aspetto non trascurabile del processo di civilizzazione non c'è dubbio. Ma è altrettanto indubbio che lo spostamento dell'asse abbia avuto conseguenze non positive sul fronte proprio della “materia penale”.

Infatti, il progressivo abbandono della connotazione etico-personalistica a vantaggio della finalità preventiva ha implicato la potenziale dilatazione senza limiti della “materia penale”, al di là di quel nucleo originario, di quel Kern in cui sono allocati i valori eticamente sensibili. È nella natura delle cose che, una volta imboccata la logica utilitaristica della prevenzione, quest'ultima sviluppi le sue capacità espansive potenzialmente senza limiti, essendo l'utilità della prevenzione proporzionale alla sua anticipazione. Come stupirsi poi se nel mondo della complessità postmoderna e della imperante razionalità strumentale il diritto penale si dilata oltre misura? Può essere semmai sorprendente come, nell'attualità del presente, si stia verificando un fenomeno per cui, da un lato, riaffiorano marcate tendenze alla eticizzazione del diritto penale che, dall'altro lato, congiurano però per un'ulteriore dilatazione della materia penale, almeno nella consistenza che ad essa conferisce un legislatore spesso “emotivo”. Sia qui sufficiente solo un rapidissimo accenno per notare come la tendenza alla eticizzazione si manifesta lungo due direzioni diverse ma convergenti verso il medesimo risultato anzidetto. C'è, in primo luogo, l'eticità dei valori ideali della persona, dei sommi valori personalissimi come la dignità, l'eguaglianza, l'identità personale, la piena libertà di autodeterminazione, ecc., che oggi spingono gli orizzonti del diritto penale ben al di là dei beni e delle offese dotate di una loro afferrabilità corporea. E c'è poi l'eticità civile e sociale messa in discussione da macrofenomeni come quello della corruzione o dalla criminalità degli affari. E qui la dilatazione della “materia penale” rivela in tutta la sua evidenza il suo rapporto di correlazione con la sanzione punitiva, poiché è del tutto evidente che queste materie e queste fattispecie “diventano penali” proprio in nome di quell'esigenza di stigmatizzazione che solo la pena può assicurare.

La linea di confine tra le due aree del “penale”, quella della materia penale in senso vero e proprio in quanto punitiva e quella della materia penale in senso ampio in quanto preventiva ma non perciò meno bisognosa di garanzie, la linea di confine tra quelle due aree, dicevo, non è netta né rigida. Lo comprova, innanzitutto, per esempio la recente sentenza Cedu De Tommaso proprio in materia di misure di prevenzione. La maggioranza dei giudici di Strasburgo, nel censurare pesantemente la nostra

disciplina per difetto di legalità/determinatezza, si muove però sul piano della prevenzione così come formalmente fa anche il nostro legislatore nazionale: e dunque al di fuori dell'area della materia penale in senso punitivo. Ma un'importante e articolata opinione dissenziente (del giudice Paulo Pinto de Albuquerque) segnala con fermezza una plateale “truffa delle etichette” consumata dal legislatore italiano nel qualificare come di prevenzione strumenti sanzionatori aventi nella sostanza vera e propria natura punitiva, e come tali da assoggettare alle garanzie proprie della materia penale in senso stretto (compresa, dunque, in primis quella della irretroattività).

Non meno interessante è l'incertezza del confine tra materia punitiva e materia preventiva in cui viene ormai a trovarsi la confisca nella sua forma, sempre più diffusa, per equivalente. Anche nella giurisprudenza nostrana la confisca per equivalente si è ormai emancipata dalla sua originaria natura preventiva e viene dunque attratta nell'area della materia penale in senso stretto, cioè punitiva. Tuttavia, questa sanzione non perde la sua originaria ambiguità ed incertezza di “natura giuridica”: in effetti, pur sganciata dalla pericolosità reale in ragione dell'assenza del nesso di pertinenzialità della res al reato, la confisca per equivalente è priva di quel personalismo punitivo proprio della pena. E ciò in ragione principalmente del fatto che il suo oggetto, e dunque la sua afflittività, è parametrato esclusivamente ad un dato oggettivo-patrimoniale che risulta pertanto completamente sganciato da ogni proporzione con il disvalore complessivo del fatto considerato anche nella sua colpevolezza. L'incertezza della linea di confine tra la materia penale in senso stretto e la materia (penale o non) coperta da misure preventive non è un problema solo teorico, ma ha ricadute non indifferenti sul corredo di garanzie che di volta in volta debbono circondare i singoli istituti sanzionatori di cui non si sappia con certezza individuare la “natura” e le finalità. Sotto questo profilo, la nozione di materia penale rivela i suoi limiti e può anche presentare qualche rischio di apriorismo concettualistico.

5. MATERIA PENALE E TIPOLOGIE DI ILLECITI PUNITIVI

Vi è un'ultima, tendenziale contraddizione che germina dalla nozione di “materia penale” e che forse è oggi la più rilevante. Siamo a questo punto parlando della “materia penale” in senso stretto, cioè di natura punitiva. Ebbene, anche all'interno di questo unico più definito e ristretto orizzonte si manifestano due tendenze contrapposte. Da un lato, la tendenza a considerare la “materia penale” in modo sostanzialmente unitario e indifferenziato ai fini delle necessarie garanzie che la

debbono assistere: l'omogeneità della natura punitiva è, insomma, sufficiente a imporre omogenee ed unitarie garanzie al di là delle pur sempre possibili differenziazioni di disciplina che il legislatore è libero di introdurre. Sembra essere questa la linea preferita da Strasburgo, nella sua – com'è naturale – più spiccata sensibilità garantista; ma meno dall'Unione, che non disdegna affatto l'idea di distinguere tra “penale” e “amministrativo” all'interno dell'unitaria sfera punitiva, mostrando anche qualche apertura o concessione addirittura sul piano del *ne bis in idem*.

Dall'altro lato, vi è una robusta tendenza a differenziare all'interno della materia penale punitiva fino al punto di arrivare a profilare dei veri e propri sottosistemi (relativamente) autonomi. Così, solo per fare qualche esempio, si va dall'interessante prospettiva à la Silva Sanchez, in cui dentro il “penale” si potrebbe arrivare a distinguere l'area coperta dalla sanzione detentiva e l'area coperta da pene limitative di altri diritti diversi dalla libertà personale. E alle due aree potrebbero corrispondere diversi apparati di garanzia e anche criteri imputativi della responsabilità differenziati. Ed è difficile negare l'interesse suscitato da una tale ipotesi sistematica *de lege ferenda* in ragione, da un lato, del pressante assillo a superare il carattere carcerocentrico del sistema e il conseguente perenne sovraffollamento carcerario e, dall'altro, dell'esigenza di assoggettare a pena tutte quelle fasce di criminalità (compresa in primis quella economica) che per un motivo o per l'altro sfuggono alla carcerazione.

Anche il sistema italiano sembra inclinare a questa tendenza verso l'articolazione della materia penale punitiva in plurimi e differenziati sottosistemi. Ed in effetti sono ormai tre gli assi portanti su cui si fonda il nostro sistema, dando luogo a una interessante differenziazione all'interno di una “materia” che non è ben chiaro ancora se possiamo continuare a chiamare “penale” ma che è senz'altro dotata di omogeneità funzionale in senso punitivo. Questi sottosistemi sono, com'è notissimo, quello penale in senso proprio e tradizionale al quale si sono aggiunti, prima quello punitivo amministrativo con la legge n. 689/1981, e poi quello – ancora embrionale – dell'illecito punitivo civile con il d.lg. n. 7/2016.

Su questo importante nodo della differenziazione (interna?) della materia penale sembra di cogliere una tendenziale divaricazione tra l'orientamento di Strasburgo e quello della nostra Corte costituzionale. Infatti, mentre i giudici europei paiono inclini a non valorizzare le differenze e a uniformare la natura e le garanzie degli illeciti sotto il comune ombrello della “punitività” e, dunque, paiono inclini ad un'utilizzazione più stringente della categoria della “materia penale”, i giudici della Consulta paiono ormai

aver imboccato la strada opposta della differenziazione delle garanzie tra illecito amministrativo e illecito penale stricto sensu.

Basti pensare, in primo luogo, alla famosa sentenza n. 49/2015 in cui la Corte ha ribadito fermamente l'autonomia dell'illecito amministrativo nel quadro dell'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore nel configurare gli strumenti di tutela sanzionatoria ritenuti più efficaci, anche al fine di rispettare il principio di indubbia rilevanza costituzionale della sussidiarietà del "penale". Ma va anche ricordata la sentenza n. 193/2016, che con grande chiarezza ha negato che il principio della necessaria retroattività della legge più favorevole debba essere esteso anche all'illecito punitivo amministrativo, escludendo dunque che il corredo garantista debba essere perfettamente identico per le due specie di illecito. Nella stessa direzione va, per chiudere l'esemplificazione, la recente sentenza n. 43/2017, con la quale la Corte ha ritenuto di escludere che la cessazione dell'esecuzione di una condanna resa in base a legge dichiarata incostituzionale debba essere estesa anche all'illecito amministrativo. Senza contare poi che anche la Cassazione civile aveva affermato la natura amministrativa delle sanzioni previste dall'art. 144 del Testo unico bancario prima della riforma del 2015.

Orbene, questo orientamento a differenziare la "materia penale" al suo interno, distinguendo così lo statuto dell'illecito penale da quello dell'illecito amministrativo, comporta conseguenze sistematiche e di politica sanzionatoria di non poco momento. Sembra chiaro, in primo luogo, che la possibilità di disporre di una tipologia d'illecito come quello punitivo amministrativo, certo omogeneo a quello penale ma nondimeno differenziato quanto a corredo di garanzie e, prima ancora, quanto a caratteristiche sostanziali di disvalore e di struttura, consente una politica sanzionatoria più oculata e soprattutto più consona al principio di ultima ratio. E a noi pare che nei tempi attuali questa esigenza di contenere la bulimia del legislatore penale sia tra quelle meritevoli di maggiori attenzioni: e perciò noi saremmo portati a vedere una manifestazione di grande saggezza nell'orientamento della nostra Corte costituzionale di cui abbiamo detto poco fa.

Come contropartita, però, la disponibilità di due categorie d'illecito può anche fomentare per contro inconvenienti di non poco conto allorché il legislatore non si muova con la dovuta accortezza nel maneggiare la duplicità delle categorie d'illecito: per essere più chiari, può capitare che la duplicità delle tipologie d'illecito produca tensioni col principio del ne bis in idem tutte le volte in cui il legislatore si faccia sedurre dall'idea di cumulare il maggiore effetto stigmatizzante del "penale" con la

maggior efficacia/efficienza repressiva dell'“amministrativo”. Ed è chiara testimonianza di questi pericoli la disciplina nostrana in tema di illeciti tributari e di abusi di mercato. Si pone, dunque, un problema di buon governo della molteplicità delle materie punitive. Come appena accennato, sarebbe bene che il legislatore maturasse qualche criterio sostanziale e fondato sulla stessa natura valoriale e strutturale delle violazioni per operare razionalmente le sue scelte sanzionatorie. E non c'è da temere che criteri siffatti, necessariamente elastici e in un certo senso orientativi, darebbero la stura ad ontologie fuori luogo. In ogni caso, l'adozione di siffatta criteriologia (quanto difficile in tempi di legiferazione compulsiva!) non potrebbe escludere il rischio assai concreto di discipline poco rispettose del *ne bis in idem* sostanziale. E dunque si pone pur sempre la necessità di allestire rimedi per risolvere le non improbabili ipotesi di malgoverno dell'articolazione della molteplicità delle “materie penali”.

Un rimedio è certo quello fornito dall'art. 8 della l. 689/1981. Sulla base della omogeneità funzionale tra norma punitiva amministrativa e norma incriminatrice penale, l'art. 8 affida al rapporto di specialità tra fattispecie la soluzione di un possibile *ne bis in idem* conseguente alla doppia qualificazione. Indubbiamente, il rimedio ha dalla sua il vantaggio della certezza fondato com'è sul rapporto strutturale, logico, tra norme convergenti. Ma è pur sempre un criterio in qualche modo cieco rispetto ai disvalori sostanziali sottesi ai due illeciti e rispetto alla consistenza del carico sanzionatorio che può derivare dall'applicazione disgiunta o congiunta delle due discipline. E non è dunque un caso che la giurisprudenza europea, sia quella di Strasburgo che quella di Lussemburgo, sembrano recentemente inclinare verso soluzioni assai meno certe e rigorose ma più sensibili alle conseguenze “ponderali” della qualificazione disgiunta o congiunta sulla consistenza della risposta sanzionatoria, comprensiva altresì del peso processuale sopportato dall'autore. In sostanza, sembra emergere l'indicazione verso una valutazione in concreto caso per caso, fatalmente affidata al giudice più che al legislatore.

Sembra così imporsi una osservazione finale che non vuole esprimere nessuna valutazione ma solo constatare un fatto. Anche il tema della “materia penale” che sembrava concernere esclusivamente il piano legislativo, poiché la *political question* non può appunto che essere questione di scelte legislative d'incriminazione, alla fine anche questo tema chiama in causa il giudice: in effetti il giudice, soprattutto attraverso il principio del *ne bis in idem*, è impegnato in qualche modo a correggere i risultati di un cattivo governo legislativo della materia penale. Ancora una volta

troviamo uno sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione, ormai un fenomeno che sembra essere diventato una costante dell'esperienza giuridica attuale.

La risposta al medesimo fatto coinvolge diversi diritti, luoghi e contesti dell'attività sociale, professionale etc., che possono non essere compendiate in un'unica sanzione, salvo che sia onniescludente: ciò che non è conforme a un sistema differenziato.

Tuttavia si impone un controllo sulle qualificazioni truffaldine, oltre che di ragionevolezza e di proporzione sulla moltiplicazione delle sanzioni, che proprio la Corte di Lussemburgo affida ad attori nazionali. Una latente conflittualità fra le due giurisprudenze permane, dato che la Corte Edu attribuisce solo a se stessa la valutazione della possibile violazione della CEDU e del Suo Protocollo n. 7. Ma questa dialettica, se basata sul dialogo e non su una casistica acefala, è preferibile a immobili e apparenti convergenze.

Fonte: Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc.1, 2015, pag. 226

Autori: Gennaro Mastrangelo

CIRCONCISIONE, INFIBULAZIONE ED ALTRE MANOMISSIONI DEL CORPO DEI MINORI: SANZIONI PENALI, SCRIMINANTI E STRUMENTI INTERNAZIONALI ALLA LUCE DELLA RISOLUZIONE O.N.U. 67/146 DEL 20 DICEMBRE 2012, DELLA RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO SULL'ABOLIZIONE DELLE MUTILAZIONI GENITALI FEMMINILI 2012/2684 DEL 14 GIUGNO 2012 E DELLA RISOLUZIONE DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULL'INTEGRITÀ FISICA DEI MINORI, DOC. 13042 DEL 2 OTTOBRE 2012

Sommario: 1. Una premessa di metodo — 2. Circoncisione ed infibulazione: premessa, definizioni e diritti in questione — 3. La circoncisione maschile — 4. La circoncisione femminile. L'art. 583-bis c.p. — 5. Esercizio della responsabilità genitoriale ed autodeterminazione del minorenne sul proprio corpo — 6. Le scriminanti degli artt. 50 e 51 c.p. — 7. Le (poche) decisioni dei Tribunali per i minorenni — 8. Gli strumenti internazionali. (Segue): Risoluzione O.N.U. 67/146 del 20 dicembre 2012 (Segue): Risoluzione del Parlamento Europeo sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14 giugno 2012 (Segue): Risoluzione del Consiglio d'Europa sull'integrità fisica dei minori, Doc. 13042 del 2 ottobre 2012.

1. I titoli lunghi non sono quasi mai un invito alla lettura, ma quello scelto vorrebbe segnalare un'opzione di metodo: il discorso penalistico, qui centrale, non può prescindere da aspetti civilistici, quali quelli di diritto di famiglia, e costituzionali, nel decidere quale sia il limite che la responsabilità genitoriale incontra nella

manomissione del corpo del minorenne. Gli strumenti internazionali, inoltre, si affidano a ricostruzioni empiriche e dati oggettivi che spesso il nostro legislatore trascura — con scelte di penalizzazione scoordinate e sciatte tecniche di redazione della norma — che potrebbero essere di grande aiuto per una tecnica legislativa più accurata e per un'applicazione consapevole delle disposizioni.

2. Circoncisione maschile ed infibulazione femminile, pur non sconosciuti alla tradizione culturale europea, sono oggi all'attenzione della pratica giudiziaria a causa del fenomeno migratorio, chiamando in causa il diritto, civile e penale, nonché la giurisdizione minorile, per fornire risposte adeguate e “culturalmente consapevoli”, in un campo reso ancora più delicato dal loro contenuto rituale, religioso o culturale. Il minorenne ha diritto, oltre che al rispetto della propria salute, al rispetto della propria personalità e del proprio corpo, quest'ultimo quale elemento che veicola i contenuti immateriali della personalità.

I motivi che inducono alla circoncisione (1), nel senso lato del termine, possono essere medici, igienici o culturali. In ambito medico, la circoncisione maschile è indicata come terapia chirurgica per alcune patologie (2), mentre non esistono indicazioni mediche per la circoncisione femminile. Dubbia è l'efficacia della circoncisione quale metodo igienico (3). In ambito religioso, non solo la cultura islamica ed ebraica ricorrono a tale pratica, ma anche alcune etnie australiane, polinesiane, indiane ed africane, nonché i cristiani copti ed abissini.

È indubbio che l'attenzione, sociale e giuridica, per questi fenomeni sia accentuata qualora essi, per l'età delle persone interessate, per l'esito, talvolta mortale, dell'operazione, nonché per l'estensione delle aree fisiche interessate, sollevino problemi di compatibilità tra l'aspetto “culturale” dell'operazione ed il diritto. L'argomento è, dunque, attiguo a quello del c.d. reato culturalmente motivato, cioè “un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o, addirittura, è incoraggiato o imposto” (4).

3. Secondo le definizioni rinvenibili nei pareri del CNB (5), la circoncisione può essere rituale, terapeutico/profilattica o praticata per altri motivi. All'interno di quella rituale si distingue tra religiosa (6) e tradizionale (7); da tale distinzione discendono conseguenze circa l'applicabilità della scriminante dell'esercizio del diritto — libertà religiosa — alla pratica circoncisoria (8). In materia non esiste una legge apposita, per

cui si farà riferimento alla giurisprudenza. Un caso è stato deciso dal Tribunale di Padova, con sentenza del 9 novembre 2007 (9), confermata poi dalla Corte d'appello di Venezia con sentenza del 12 ottobre 2009. Il procedimento è poi giunto in Cassazione, che si è pronunciata con la sentenza del 22 giugno 2011 (10), annullando senza rinvio la sentenza della Corte di appello in quanto il fatto non costituisce reato.

Un'immigrata nigeriana, di religione cattolica, fa sottoporre il figlio neonato a circoncisione rituale, effettuata in casa da una donna solita praticare questo tipo di interventi senza alcuna abilitazione sanitaria. Il giorno dopo il bambino, in preda ad una grave emorragia, viene condotto dalla madre in Pronto soccorso, in pericolo di vita. Ella è, dunque, tratta a giudizio per lesioni dolose gravi (art. 583, comma 1, n. 1, c.p.) e concorso in esercizio abusivo della professione medica (artt. 110 e 348 c.p.). Il giudice di primo grado, preliminarmente, qualifica la circoncisione come rituale/tradizionale e ritiene non illecita, in sé, la circoncisione, poiché essa può essere funzionale al raggiungimento della salute in quanto integrazione di benessere fisico e psichico. Quanto alla imputazione di concorso nell'esercizio abusivo della professione medica, l'imputata, seppure immigrata, non poteva ritenersi scriminata da un errore scusabile, non poteva, cioè, affermare di aver ignorato che tale intervento, che nella sua cultura d'origine era praticato da personale non medico, in Italia doveva essere condotto da personale qualificato (11). Ella, d'altronde, nemmeno poteva invocare, come scriminante, quale esercizio di un diritto, l'esistenza di usanze e tradizioni invalse nel proprio Paese d'origine, poiché "l'ordinamento giuridico può e deve esigere che un genitore presti la massima attenzione alla salute del proprio figlio, e, quindi, chiedere che una legittima pratica tradizionale sia eseguita con modalità tali da garantire la sicurezza del minore" (12). In sostanza, l'esistenza di precisi doveri di protezione dell'integrità psicofisica del figlio, in capo ai genitori, impone a costoro di agire, pur nell'effettuazione di una procedura rituale di per sé non illecita, secondo regole di prudenza e perizia, quale, nel caso di specie, far praticare la circoncisione da personale medico, non potendo essi invocare, come scriminante, l'esistenza di una diversa usanza nella propria cultura d'origine. L'imputata è assolta dall'imputazione di lesioni dolose gravi per la mancanza dell'elemento soggettivo del dolo: ella ha sicuramente voluto la circoncisione, ma non ha voluto, né ha accettato il rischio della successiva emorragia.

La Corte d'appello, confermando l'impianto della sentenza di primo grado, riconosce nella circoncisione un atto medico (13). Quanto alla natura della circoncisione, stante la religione cattolica dell'imputata, essa costituisce "una condotta in uso nella comunità di appartenenza", dunque una circoncisione rituale/tradizionale, che le

impedisce di invocare la scriminante dell'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa.

La Corte di Cassazione opera una premessa, ponendosi dal punto di vista del medico occidentale, per il quale la circoncisione è sicuramente un atto medico (14) e, in più, costituisce, sempre dal suo punto di vista, “una mutilazione genitale per il bambino ed una palese violazione del fondamentale comandamento che deve ispirare l'attività del sanitario: primum non nocere”. “Tale percezione”, osserva, però, la Corte, “non è, di per sé, decisiva [...] in quanto non tiene conto della complessa problematica connessa alle ragioni e al forte carico simbolico che connotano la pratica della circoncisione rituale in determinati contesti”. Passa, dunque, a distinguere tra circoncisione rituale/religiosa e rituale/tradizionale. Un esempio della prima è dato dalla circoncisione praticata dal mohel (15) nella religione ebraica. La legge 8 marzo 1989 n. 101, dando attuazione all'Intesa stipulata il 27 febbraio 1987, implicitamente riconosce la circoncisione ebraica, che può essere fatta rientrare nei riti di quella religione, per cui essa non è in contrasto col nostro ordinamento ed ha una “preminente valenza religiosa che sovrasta quella medica, con l'effetto che giammai il mohel potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica e la sua condotta, che oggettivamente integra il reato di lesione personale, è scriminata” (16). Quanto al delitto di lesione personale, pur astrattamente configurabile, la condotta del mohel è scriminata dalla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, art. 50 c.p., “prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato”. La condotta dell'imputata, deve, al contrario, rientrare nella circoncisione rituale/tradizionale, giacché la religione da lei professata, quella cristiana, non conosce tale pratica tra quelle richieste ai fedeli (17). La Corte, a questo punto, fa espresso riferimento ai c.d. reati culturalmente orientati, ritenendo che, nel caso di specie, l'elemento del dolo, necessario per la configurazione del reato di concorso in esercizio abusivo della professione medica, sia mancante. Questo il punto centrale della decisione della Corte, “si tratta di cogliere, alla luce delle circostanze di fatto accertate dai giudici di merito, il processo di formazione di volontà dell'imputata, i suoi eventuali condizionamenti, la consapevolezza o meno in lei, nel decidere di far circoncidere il proprio bambino, di sottoporre lo stesso ad un intervento di chirurgia minore, che, secondo la nostra legislazione, è normalmente di competenza medica” (18), che, a suo giudizio, non è stato adeguatamente approfondito nei precedenti gradi. Secondo il giudice di legittimità, “è certamente dato oggettivo incontestabile il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese; non può tale situazione risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla

civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti”, per cui, valutati gli atti di causa e riconosciuti esistenti gli elementi di scusabilità dell'errore, la Corte annulla la sentenza, mandando assolta l'imputata perché il fatto non costituisce reato, difettando il dolo (19).

4. La legge 9 gennaio 2007 n. 7 ha introdotto nel codice penale l'art. 583-bis (20), Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (21), termine col quale, nel linguaggio non giuridico, si fa riferimento a pratiche molto differenziate, a seconda della zona di riferimento, dell'età della donna, dell'invasività dell'operazione, della motivazione, della reversibilità o meno. L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha definito quali MGF (22) “tutte le pratiche che comportano la rimozione parziale o totale dei genitali esterni femminili o altri danni agli organi genitali femminili, compiute per motivazioni culturali o altre motivazioni non terapeutiche” (23). La mutilazione, per essere penalmente rilevante, deve essere stata effettuata “in assenza di esigenze terapeutiche”, elemento negativo del fatto tipico. Data la condizione personale dei soggetti coinvolti nelle MGF, l'errore sul fatto tipico, ai sensi dell'art. 47 c.p., può spesso ricorrere, così escludendo il dolo: il genitore spesso crede di agire per finalità terapeutiche. Ciò non esclude la punibilità per lesioni personali dolose, anche nella forma aggravata di cui all'art. 583 c.p. Potrà configurarsi la punibilità per lesioni personali colpose, art. 590 c.p., qualora difetti anche la rappresentazione e volontà di mutilare o ledere. A giudizio di chi scrive, occorre, però, procedere con particolare cura nell'accertamento dell'errore e, dunque, dell'elemento psicologico, sia per evitare zone franche o facili paraventi a chi non voglia inserirsi in contesti normativi differenti da quello di provenienza, sia per non frustrare la faticosa opera di sensibilizzazione, svolta da insegnanti ed operatori socioassistenziali, verso questi argomenti, cui spesso molti si sottraggono (24).

L'art. 583-bis c.p. annovera due distinte classi di ipotesi. Al primo comma quelle più gravi, che cagionano vere e proprie mutilazioni, “clitoridectomia, escissione, infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagiona effetti dello stesso tipo”. Trattasi di reato a consumazione istantanea ad effetti permanenti, siccome la mutilazione integra la materialità del fatto. Il secondo punisce chiunque “provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente”, dunque delle lesioni. Il reato è qui a consumazione istantanea con effetti solo eventualmente permanenti, occorrendo il sorgere della malattia per integrare il delitto. L'esigenza di coniare una disposizione ad hoc non è frutto di un vuoto di tutela (25), ma risponde all'esigenza di dare uno specifico segnale circa la illiceità penale di tali comportamenti,

fornendo una risposta sanzionatoria che è parsa, al legislatore, più adeguata (26). È, infatti, dato acquisito che nessuna religione impone esplicitamente queste pratiche (27), per cui esse ricadono nella categoria delle circoncisioni rituali/tradizionali e sono spesso segno evidente, in corpore alieno, della superiorità dell'uomo sulla donna. Le condotte vietate, per essere penalmente rilevanti, debbono interessare gli organi genitali esterni (28), e, quanto a quelle di lesione, debbono provocare una malattia nel corpo o nella mente. Ai sensi del comma n. 3, “la pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore”, così apprestando una tutela rafforzata ai minorenni, chiunque sia il soggetto attivo del reato, ed anche se il reato è nella forma concorsuale. Così, ad esempio, nel caso di infibulazione su bambina minorenni, risponderanno del delitto, nella forma aggravata di cui al terzo comma, non solo chi materialmente pratica l'intervento, sia esso medico o meno, ma anche i genitori che lo hanno richiesto.

Il comma n. 4 prevede che “le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia”. Questa disposizione è particolarmente opportuna giacché le pratiche di cui si discorre sono praticate all'estero, nel Paese di origine, spesso durante una vacanza o un soggiorno ad hoc, e ciò avviene non solo per condividere tale momento con la comunità di appartenenza, ma anche nella speranza di sottrarsi ai rigori della legge penale dello Stato di residenza (29). All'esercente una professione sanitaria ritenuto responsabile del delitto è applicabile la sanzione accessoria dell'interdizione dalla professione “da tre a dieci anni” (art. 583-ter, c.p., che prevede anche la comunicazione della sentenza all'Ordine di appartenenza). Ai genitori non è più applicabile la decadenza dalla potestà, per effetto dell'art. 602-bis c.p. abrogato dalla l. 172/2012.

5. Gli argomenti a cui si è fatto cenno, comportando la manomissione del corpo, possono essere riguardati in un'altra prospettiva, quella della potestà/responsabilità genitoriale (30) e del consenso dell'avente diritto. Se nel caso di interventi di tipo medico (31) viene in rilievo il problema del rapporto medico-paziente, dunque del diritto alla salute ed all'autodeterminazione, per tutte le altre pratiche si dovrà fare riferimento ai diritti di volta in volta pertinenti, quali professare la religione o autodeterminarsi sul proprio corpo. Il minorenni, seppur soggetto alla regola dell'art. 2 c.c., ma paziente (32) nella pratica circoncisoria o infibulatoria, può esprimere un consenso? Se sì, in che termini e facendo riferimento a quali disposizioni? La dottrina tradizionale ritiene che la regola dell'art. 2 c.c. sia insuperabile, per cui l'infradiciottenne è rappresentato dai propri genitori anche per prestare il consenso

ad un atto di natura medica e per qualsiasi manomissione del proprio corpo (33). Il codice civile vede la luce in un momento di grande fervore teorico intorno alla categoria del negozio giuridico e tale dibattito si riflette, direttamente, sul concetto di potestà poiché l'istituto della incapacità di agire, specialmente in relazione al profilo relativo alle invalidità contrattuali, deve essere collegato alla concezione della volontà come elemento essenziale del contratto. “In questo modo l'istituto della incapacità si libera dai legami con l'istituto della potestà, al quale non è più associato, e diviene principio generale, funzionale all'intera categoria del negozio che, a ragione dell'unità del sistema, è valido sia nella dimensione patrimoniale che personale” (34). Le disposizioni sulla capacità, gli artt. 1 e 2 c.c., vengono poste all'apertura del codice, quali attributi della persona. In dottrina si è subito riconosciuta una commistione tra aspetti patrimoniali e personali (35), con prevalenza dei primi (36). È, però, dubbio che la regola generale dell'incapacità di agire sino al compimento della maggiore età sia utilizzabile anche in ambiti non patrimoniali. Più in generale, è discusso se la regola dell'art. 2 c.c. abbia valore generale, specialmente a fronte delle innumerevoli ipotesi di “anticipazione” dell'età richiesta per il compimento di singoli atti (37), ma revocando in dubbio se tale norma possa essere utilizzata per le situazioni c.d. esistenziali o per il godimento dei diritti personali e personalissimi (38). Per giustificare l'incapacità del minore anche negli aspetti personali si fa leva pure sull'art. 320 c.c., facendo rientrare nella dizione “atti civili” i profili di rappresentanza per le questioni non patrimoniali (39). Anche in ambito medico avviene tale spostamento poiché, in assenza di disposizioni speciali relative ai trattamenti sanitari è sembrato inevitabile rifarsi all'unica regola certa, quella della maggiore età (40), anche a tutela del sanitario, ma essa è apparsa ai più insoddisfacente (41) proprio perché ritagliata sul traffico giuridico e non sulle esigenze di cura e salute. A dire il vero, già il dato testuale, “atti civili”, inserito in un corpo di norme che fa unico e diretto riferimento ad aspetti patrimoniali, prova meno di quanto gli si voglia far dire (42). L'art. 320 c.c. se letto anche in relazione al successivo art. 321 c.c., sistematicamente, e sulla scorta dell'intenzione del legislatore, fa esplicito riferimento alle sole questioni patrimoniali (43). Ma, a monte, è proprio l'interpretazione tradizionale della norma a non convincere, poiché essa è rimasta ferma, quanto a teoria delle fonti, evoluzione legislativa, acquisizioni psicologiche, all'epoca dell'emanazione del codice (44). Esistono innumerevoli ipotesi in cui il minore, per espressa disposizione di legge (45) o per interpretazione (46), può — e deve — prestare personalmente il consenso ad un trattamento sanitario e, dunque, alla manomissione del proprio corpo (47).

Dando per scontato che l'operatore sanitario deve rifiutarsi di intraprendere qualunque intervento che, pur assentito dai genitori e dal minore, sia pregiudizievole

per quest'ultimo (48), cerchiamo di individuare alcune macrocategorie. Nel caso di minore incapace di autodeterminarsi l'unica volontà giuridicamente rilevante è quella dei soggetti che ne hanno la legale responsabilità. Il potere rappresentativo legalmente attribuito assurge a strumento di protezione di un soggetto che, sebbene sia titolare di diritti, non può ancora esercitarli. Progredendo nella maturazione, possono aversi soggetti che, sebbene non del tutto incapaci, non siano ancora, però, del tutto maturi. In questa ampia e scivolosa zona possono individuarsi diverse categorie di atti: per alcuni il soggetto ha una sufficiente capacità di autodeterminarsi, per altri non ancora. “Il rapporto tra la potestà genitoriale e la libertà dei minori, nella sfera degli atti personali, tra i quali rientrano certamente il diritto alla salute e la libertà di disporre del proprio corpo, risulta inevitabilmente dinamico, sotto una duplice prospettiva: diacronica (affievolendosi progressivamente la potestà con il progredire dell'età) e sincronica (essendo possibile che, in un dato momento, il minore sia “capace” per un certo atto ed “incapace” per un altro)” (49). L'individuazione di quali siano, in concreto, gli atti rientranti in ciascuna delle due categorie non potrà prescindere da un apprezzamento, caso per caso, di vari indici (50). L'apprezzamento della capacità sarà operato, in prima battuta, dai soggetti, diversi dall'A.G., coinvolti nel caso. Quando permanga il dissidio, il caso potrà essere segnalato all'A.G. minorile, che, per il tramite di un provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale, definirà il contenuto ed i limiti dei diritti in questione. Se si rinuncia, come appare ormai doveroso, a ritenere lo sbarramento posto dall'art. 2 c.c. insuperabile, deve ammettersi la capacità del minorenne ad autodeterminarsi in alcuni aspetti relativi alla cura di sé, con innegabili riflessi anche sui nostri temi. L'art. 336 c.c., “Ascolto del minore”, introdotto dal d.l.vo 28 dicembre 2013 n. 154, offre ulteriori argomenti in tal senso (51).

6. Ritorniamo ai casi trattati nei paragrafi precedenti. Nel caso di circoncisione ebraica, la Cassazione ritiene che la condotta astrattamente configurabile il reato di lesioni personali è coperta dalla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, “prestato validamente ed efficacemente dai genitori del neonato”. Tale opinione, de iure condito, perfettamente condivisibile nel caso di un bambino entro gli otto giorni di vita (52), non può essere condivisa qualora il paziente abbia un'età maggiore e, certamente, qualora esso sia capace di esprimere un aperto dissenso. È pur vero che gli artt. della Costituzione 19 (53) e 30 offrono protezione alla scelta di far circoncidere i figli, ma il rispetto dei diritti inviolabili di costoro (54) debbono prevalere qualora il minore abbia gli strumenti per manifestare proprie idee al riguardo. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (55) riconosce al minore il diritto alla libertà di coscienza e di religione e la legge del 18 giugno 1986 n. 141, all'art. 1, regola la scelta circa l'insegnamento della religione cattolica,

riconoscendo tale diritto allo studente minorenni. Le ipotesi di soggetto talmente piccolo da ritenere scriminante il consenso prestato dai genitori possono risultare complicate nei casi di affidamento esclusivo del minore ad uno solo di essi, giacché, secondo alcune opinioni (56), salva diversa indicazione nel provvedimento che decide in ordine all'affidamento, le scelte sanitarie, ed in tal caso anche religiose, sarebbero, comunque, da effettuarsi col consenso di entrambi i genitori. Sembra, però, più corretto ritenere che il genitore affidatario in via esclusiva possa assumere tale decisione in tutta autonomia, proprio perché l'altro è stato ritenuto inadatto ad una condivisione delle responsabilità genitoriali (57). Egli potrà agire solo nei poteri di vigilanza sulle condizioni di vita del figlio, comunque riconosciutigli, eventualmente attivandosi, anche in via d'urgenza, qualora l'altro genitore metta in pericolo il figlio (58), oppure non ne rispetti i diritti personali (59). Nel caso di contrasto tra genitori conviventi circa l'opportunità dell'operazione o le modalità della sua effettuazione, la norma di riferimento è l'art. 316 c.c., novellato.

Il consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., può scriminare il comportamento illecito nelle altre ipotesi, quali la circoncisione non sorretta da motivi religiosi e le pratiche di MGF? Iniziando dal paziente minorenni naturalisticamente incapace, le ipotesi di cui al primo comma dell'art. 583-bis c.p. non possono essere mai scriminate dal consenso eventualmente prestato dai suoi genitori. Innanzitutto l'art. 5 c.c. vieta gli atti di disposizione "del proprio corpo" quando cagionino "una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume" (60). Ciò che è vietato sul proprio corpo lo è, a maggior ragione, sul corpo di soggetti di cui si ha la responsabilità. Le suddette pratiche, inoltre, provocano, indubbiamente, una diminuzione permanente dell'integrità fisica e, se praticate su minori, possono essere ritenute contrarie al buon costume (61). I genitori rivestono una posizione di garanzia a tutela dell'integrità psicofisica dei figli minori, non solo in ambito sessuale (62), per cui le pratiche di mutilazione sono assolutamente da escludere, anche perché, a ben vedere, il genitore che le facesse praticare sui propri figli, ben potrebbe essere limitato nella responsabilità genitoriale (63). Più dubitativa è la soluzione per le ipotesi di lesione di cui al comma n. 3, art. 583-bis c.p. e per le pratiche circoncisorie. Se le lesioni comportano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, il consenso dei genitori non scrimina, giacché essi non possono validamente acconsentire per il limite posto, quantomeno, dall'art. 5 c.c. Se le lesioni non comportano tale diminuzione (64), a giudizio di chi scrive, pur nella consapevolezza di autorevoli opinioni discordanti (65), esse non possono, comunque, essere autorizzate dai genitori, e, dunque, non sono scriminate. Trattasi, pur sempre, di interventi sul corpo del figlio minore, spesso praticati senza anestesia, anche per la valenza iniziatica di tali pratiche, non sorretti

da giustificazioni religiose, e comunque non utili alla salute del minore. Di fronte alla valenza meramente culturale/tradizionale di tali pratiche, al loro collegamento con il diritto del genitore ad impartire al figlio la cultura che egli desidera (66), dunque all'attinenza alle esigenze dell'adulto, alla possibilità di trasmettere valori con strumenti francamente più aggiornati e meno invasivi, ed alla possibilità del figlio, una volta naturalisticamente o giuridicamente capace di accedere, seppure in seguito, a tali riti, la tutela della persona minore da interventi di terzi, seppure genitori, sembra prevalente. Del resto, e concludendo sul punto, lo stesso art. 5 c.c., nelle letture più aggiornate (67), deve essere interpretato alla luce del principio della dignità umana e della realizzazione del pieno sviluppo della personalità: ora, se è pur vero che la trasmissione di valori tradizionali e/o culturali è indubbiamente un fattore di arricchimento e di sviluppo della personalità, quantomeno in termini identitari, ciò non toglie che la trasmissione di tali valori per il tramite della manomissione del corpo su soggetti di cui si ha la responsabilità appare, comunque, lesivo della dignità di costoro e, a fronte della possibilità di ottenere i medesimi scopi con misure meno cruente (68), questa seconda modalità sembra più conforme al diritto e, dunque, prevalente. La Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, nota come Convenzione di Oviedo (69) all'art. 6, Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso, dispone che “[...] un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa”. L'interpretazione più convincente della disposizione tutta e del sintagma “diretto beneficio” è quella che lo intende: medico, quindi con esclusione di interventi che non abbiano una valenza terapeutica (70), e volto alla esclusiva e diretta tutela di un interesse del minore, con esclusione di benefici anche indiretti, quale può essere il riferito processo di trasmissione di valori. Per le medesime ragioni non può ritenersi operante la scriminante prevista dall'art. 51 c.p., qualora invocata dal genitore. A titolo di esempio, valga l'argomento del genitore che, intendendo adempiere ad un dovere sentito come inderogabile nella propria cultura d'origine, faccia circoncidere la figlia minore, giacché senza tale pratica ella sarebbe esclusa da matrimoni con correligionari o comunque destinata ad una sorte nuziale deteriore. Siccome il diritto da esercitare o il dovere da adempiere debbono essere valutati alla stregua dell'intero ordinamento, la giustificazione avanzata dal genitore, per i motivi già esposti, non potrebbe trovare accoglimento (71). Se si aderisce all'opinione secondo cui l'infradiciottenne è titolare del diritto ad autodeterminarsi, seppure con i limiti visti in precedenza, occorre domandarsi se egli possa esprimere un valido consenso alle “pratiche circoncisorie”. Quanto alle ipotesi più gravi di cui al primo comma dell'art. 583-bis c.p. deve escludersi una tale possibilità, siccome esse contemplano una lesione permanente dell'integrità fisica (72). Le ipotesi, più lievi, di cui al secondo

comma, a giudizio di chi scrive, possono essere autorizzate dal minorene naturalisticamente capace (73). Occorrerà valutare attentamente la maturità della minore che voglia sottoporsi a tale pratica, specialmente per escludere qualsiasi condizionamento da parte di soggetti diversi, specialmente i genitori.

7. Premesso che le decisioni assunte circa l'esercizio della potestà/responsabilità genitoriale si basano su valutazioni diverse da quelle prese in sede penale, possono essere brevemente esaminati alcuni casi partendo da quanto deciso dal T.m. di Torino nel 1997 (74). Una bimba di sei mesi viene condotta in Nigeria dai genitori e sottoposta ad intervento di escissione che interessa le piccole labbra e parte della clitoride. Rientrata in Italia, è ricoverata per le complicanze dell'intervento. Il T.m. l'affida ai Servizi socioassistenziali del Comune, disponendo che alle dimissioni dal nosocomio fosse collocata in comunità, potendo incontrare i genitori con modalità protette. Viene disposta un'istruttoria per verificare le competenze genitoriali, anche con la consulenza di una mediatrice culturale (75), e la minore riaffidata ai genitori (76). Il T.m. di Bologna, nel 2006 (77), si è occupato di un caso analogo: famiglia di origine egiziana in cui il padre esercitava sulle figlie e la moglie un potere tradizionale ed autoritario, in adesione a suoi codici culturali. La maggiore, sedicenne, allontanatasi da casa, aveva subito una infibulazione in Egitto ed era promessa sposa di un connazionale ventinovenne, la sorella, dodicenne, era in predicato per un intervento simile, la più piccola subiva l'atteggiamento dispotico del padre (78). Il Tribunale, dunque, colloca la maggiore in una comunità, stabilendo incontri osservati e protetti con i genitori, subordinati al suo consenso. Il profilo di maggiore interesse è rappresentato da una specifica limitazione della potestà (79) consistente nel divieto di sottoporre le minori a "pratiche che comportano lesioni corporali e mutilazioni" (80). Sembra sussistere uno scollamento tra la realtà sociale dell'infibulazione sui minori e le decisioni assunte dall'A.G. minorile in proposito (81). A fronte di due precedenti editi, le cifre riportate da altre fonti sembrano suggerire la presenza di un fenomeno assai più diffuso (82), che però sfugge alla giurisdizione.

8. Da tempo gli strumenti internazionali si occupano di questi problemi, forse anche nella piena consapevolezza del significato culturale delle mutilazioni femminili. Esse possono considerarsi come un "marcatore sessuale", che incide sui corpi delle donne la loro appartenenza di genere. Da una parte provvedono ad asportare la parte "maschile" dell'apparato genitale femminile, la clitoride [...] dall'altra, oltre a manipolarne il corpo, le Mfg costruiscono anche l'aspetto fisico di ogni donna, le proporzioni e l'armonia tra le sue varie parti, l'exis, le posture e il portamento, dotandola di quegli automatismi corporei che in maniere diverse rappresentano in ogni cultura la "femminilità". Le Mfg sono, dunque, una forma di disciplinamento del

corpo femminile, attraverso cui viene perseguita una strategia di assoggettamento delle donne, in vista dello scambio matrimoniale” (83).

Il problema risulta avvertito già nel 1979 (Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (84), che impegna ciascun Stato firmatario a prendere ogni misura adeguata “al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso, o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne” (art. 5, lettera a) (85). Con specifico riferimento ai minori, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (86) impegna i suoi firmatari ad adottare “ogni misura efficace atta ad abolire le pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori” (87). Passando agli strumenti non vincolanti (88), deve segnalarsi la Risoluzione ONU n. 48/104 del 1993 sull'eliminazione della violenza contro le donne, che, nel definire tale fenomeno, include le mutilazioni genitali (89). Questi primi interventi a livello internazionale hanno aumentato la consapevolezza del problema sia nei Paesi di provenienza delle pratiche mutilatorie che in quelli di immigrazione. Tre strumenti recentissimi appaiono particolarmente interessanti.

(Segue) Richiamando quanto già detto sul valore legale delle risoluzioni, quella che ci interessa (90), la risoluzione dell'O.N.U.:

1) segue un approccio pragmatico, evidenziando la materialità del problema: “female genital mutilations are an irreparable, irreversible abuse that impacts negatively on the human rights of women and girls, affecting about 100 million to 140 million women and girls worldwide, and that each year an estimated further 3 million girls are at risk of being subjected to the practice throughout the world [...] female genital mutilations are a harmful practice that constitutes a serious threat to the health of women and girls, including their psychological, sexual and reproductive health, [...] and that the abandonment of this harmful practice can be achieved as a result of a comprehensive movement that involves all public and private stakeholders in society, including girls and boys, women and men”;

2) dà esatto e grande rilievo all'educazione di tutti i soggetti coinvolti nel problema (91), nonché al diretto coinvolgimento dei minori in azioni positive a loro tutela: “calls upon States to strengthen advocacy and awareness-raising programmes, to mobilize girls and boys to take an active part in developing preventive and elimination programmes to address harmful practices, especially female genital mutilations, and

to engage community and religious leaders, educational institutions, the media and families”;

3) sottolinea la necessità di intervenire sul versante dei Servizi socioassistenziali (92), nonché sul processo di acculturazione verso una sensibilità maggiormente consapevole delle tematiche relative al genere (93);

4) valorizza i mezzi di comunicazione come veicolo per la trasmissione, anche all'interno delle famiglie, di una immagine adeguata della donna (94);

5) richiede una verifica degli impegni assunti e delle strategie di contrasto alle mutilazioni femminili di modo che i principi siano tradotti in fatti — “to put in place adequate accountability mechanisms at the National and local levels to monitor adherence to and implementation of these legislative frameworks” — evidenziando, come già rappresentato circa i provvedimenti della giurisdizione minorile, la necessità di sviluppare metodi affidabili di rilevazione e misurazione delle forme di violenza e discriminazione contro le ragazze “especially forms that are underdocumented, such as female genital mutilations”.

L'approccio seguito, multidisciplinare, a vasto raggio, non concentrato sulle sole misure penali, ma esteso all'acculturazione, agli interventi socioassistenziali ed alla partecipazione attiva delle comunità interessate alla risoluzione del problema sembra, però, poco in linea con il modus operandi del legislatore italiano, troppo spesso disorganico; inoltre, l'attuale dotazione dei Servizi socioassistenziali sembra insufficiente per farsi carico, tra i mille problemi della minore età, anche di questo, con risorse economiche sempre più scarse e con un massiccio utilizzo di forme contrattuali a tempo determinato. Il Governo Italiano ha dato grande risalto alla Risoluzione. Il 22 ottobre 2013, in Roma, si è tenuta la Conferenza Internazionale “Action to achieve commitments in UNGA Resolution 67/146. Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilations”, organizzata dall'United Nations Population Fund (UNFPA) in collaborazione con il Ministero degli Esteri, l'United Nations International Children Emergency Fund (UNICEF) e l'Associazione Italiana donne per lo sviluppo (Aidos) (95). In questo consesso sono stati presentati i risultati, positivi, raggiunti in Burkina Faso.

(Segue) Tale atto è privo di valore legale vincolante, risolvendosi in un atto del Parlamento europeo con valore di raccomandazione rivolto al Consiglio o alla Commissione europea. Data, però, la legittimazione politica del Parlamento europeo, eletto direttamente dai cittadini degli Stati membri, nonché i rapporti tra questa assise e gli altri organismi dell'Unione Europea, la sua forza “persuasiva”, da un punto di vista politico, è maggiore di quella della raccomandazione delle Nazioni Unite.

Questi i punti di maggiore interesse:

1) si sottolinea, ancora una volta, l'estraneità della mutilazione a ragioni mediche di sorta — “injury to female genitals for non-medical reasons” —;

2) il fenomeno, allarmante in Europa, è sottostimato dalle statistiche ufficiali (96);

3) esso, « cannot be considered part of a religion » e l'eventuale giustificazione da un punto di vista antropologico culturale, è inammissibile — “such violations can under no circumstances be justified on grounds of respect for cultural traditions of various kinds or for initiation ceremonies » —;

4) è necessaria un'opera di sensibilizzazione multilivello (97), come già richiesta dai documenti O.N.U. cui il Parlamento Europeo fa ampio richiamo, nonché l'impiego di appropriate risorse economiche.

(Segue) Nonostante anche questo documento non sia vincolante, esso riguarda un numero di Stati ben maggiore di quelli dell'Unione Europea e si segnala per la sua accuratezza (98). La trattazione delle mutilazioni genitali è inserita in un contesto più ampio, che permette di raccordare, in questo paragrafo, i vari temi trattati sinora (99). La necessità di tale atto del Consiglio d'Europa risiede nella scarsa attenzione prestata al fenomeno dalle politiche e dalla legislazione europea (100).

La Risoluzione si concentra sulle “violations of the physical integrity of children”, realizzabili in diversi modi: MGF, circoncisione maschile per ragioni religiose, “medical interventions during the early childhood of intersex children” (101), piercing, tatuaggi e chirurgia plastica (102). Essa riconosce che il semplice dato della minore età è insufficiente per ritenere scriminante il consenso manifestato dagli esercenti la responsabilità genitoriale, laddove esorta gli Stati ad adottare “specific legal provisions to ensure that certain operations and practices will not be carried out before a child is old enough to be consulted” (7.7, Resolution) (103). Il criterio discrezionale per valutare l'ammissibilità delle pratiche manomissorie del corpo del minore è il suo miglior interesse (104): gli Stati sono esortati ad esaminare le “non-medically justified operations and interventions impacting on the physical integrity of children [...] and to carefully consider them in light of the best interests of the child in order to define specific lines of action for each of them” (7.1, Resolution). La Risoluzione richiama la necessità di penalizzare le condotte stigmatizzate, prevedendo clausole di punibilità anche per i fatti commessi all'estero (105), come ha fatto il legislatore italiano nell'art. 583-bis c.p. Per quanto concerne le pratiche circoncisorie, a valenza religiosa e dunque ritenute scriminate nell'ordinamento italiano, la Risoluzione raccomanda un quadro operativo più preciso, a garanzia dei

minori, ritenendo necessario “clearly define the medical, sanitary and other conditions to be ensured for practices which are today widely carried out in certain religious communities, such as the non-medically justified circumcision of young boys” (7.5.2, Resolution). Nei casi di circoncisione maschile il miglior interesse del minore può essere inteso in maniera così ampia da comprendere il diritto a “not to be discriminated against or marginalised within the own religious community” (21., Explanatory Memorandum), e questa è la posizione dei rappresentati religiosi, dimentica però che i minori sono titolari di diritti (106) e, dunque, non dovrebbero essere oggetto di interventi non strettamente necessari alla tutela di diritti fondamentali, o il cui esercizio, se rimandato all'acquisizione della capacità di autodeterminarsi, possa risultare comunque utile.

L'Explanatory Memorandum dedica grande attenzione ad un fenomeno di solito negletto e sul quale le riflessioni sono, forse, state più medico scientifiche che giuridiche: i minori intersex. In Italia sembra esserci stato un solo caso giudiziario, deciso dal T.m. di Potenza nel 1993 (107), relativo ad un minore con pseudoermafroditismo (108). La condizione personale dei soggetti intersex è trattata con vari tipi di interventi, chirurgici ed ormonali (109), ciascuno dei quali è, comunque, fortemente impattante sul paziente e spesso l'assegnazione prematura — cioè nei primi anni o mesi di vita — del sesso si rivela errata da un punto di vista psicologico (110). Ancora una volta il consenso del minore appare qualificante: gli interventi dovrebbero essere effettuati “at an age where children can give their consent. Legal loopholes therefore need to be overcome in most countries, now that more medical knowledge about the phenomenon is available, in particular to differentiate between the few cases where operations in early childhood are acceptable or appropriate and the great number of cases where the children concerned must participate in decisions concerning their sex in order to be heard about their personal perceptions and feelings” (56., Explanatory Memorandum).

La discussione sui problemi accennati coinvolge diverse posizioni giuridiche, in primis i diritti dei minori, quelli dei genitori ed in particolare il diritto alla libertà culturale e religiosa; la relatrice, Ms. Rupperecht, riassume benissimo i problemi di queste intersezioni: “the rights of parents (and their possible limits) need to be examined closely, as they are generally the ones giving their consent to the interventions in question. Some of the central questions to be examined in this respect are: under which circumstances can it be justified to interfere with the physical integrity of children and under which conditions? Through which means (political or legal) shall these conditions be guaranteed, in other words should parents' possibilities to decide on behalf of their children be limited by law and how could they be made aware of

risks and alternatives through other means?” (8., Explanatory Memorandum) (111). Il diritto al rispetto della vita privata e familiare e quello alla libertà di pensiero, coscienza e religione, rispettivamente tutelati dagli artt. 8 e 9 della CEDU, costituiscono un limite all'intervento legislativo: non può esservi ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio di tali diritti, a meno che essa, oltre ad essere prevista per legge, costituisca “una misura che, in una società democratica, è necessaria alla [...] protezione della salute [...] o dei diritti e delle libertà altrui” (112).

Il conflitto tra i diritti dei minori e quelli di chi ne ha la responsabilità deve essere risolto casisticamente, senza gerarchie di valori precostituite, ma tenendo chiari alcuni punti:

1) “children are not mini human beings with mini human rights” but enjoy the full set of human rights just like any adult person, and that, additionally, they benefit from the right to special protection and support for their development as set out by various international standards and national legislations” (71., Explanatory Memorandum) (113);

2) il munus genitoriale, da un lato, strumento di protezione e, dall'altro, di limitazione dei diritti altrui, si giustifica se e solo se è diretto a tutelare o implementare i diritti del minore (114);

3) nel rispetto dei diritti dei genitori, lo Stato deve operare un bilanciamento tra le posizioni coinvolte, anche munendo di sanzione penale alcuni comportamenti particolarmente gravi. onte: Cassazione Penale, fasc.6, 1 GIUGNO 2017, pag. 2472C

Autori: Gabriella Di Paolo

LA PRESA IN CONSIDERAZIONE DEL “PRECEDENTE PENALE EUROPEO” TRA FONTI SOVRANAZIONALI E DISCIPLINA INTERNA DI RECEPIMENTO Taking account of “European Criminal Convictions” under Supranational and Domestic Rules

Sommario 1. Premessa. — 2. La decisione quadro 2008/675: profili generali e ambito applicativo. — 3. L'adeguamento interno: finalità e struttura del d.lg. n. 76/2016. — 4. I presupposti di operatività della regola dell'assimilazione: la definizione di “decisione di condanna” e le modalità di acquisizione delle informazioni relative al precedente straniero. — 5. I fattori ostativi alla presa in considerazione: le clausole di “non interferenza” e di “non contrarietà con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato”. — 6. Gli effetti della regola dell'assimilazione.

1. PREMESSA

Eletto a pietra miliare della cooperazione giudiziaria, il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali (art. 67, § 3 e art. 82, § 1 TFUE) dovrebbe implicare, per essere effettivo, che gli Stati membri riconoscano alla condanna straniera gli stessi effetti giuridici attribuiti all'analogia decisione presa da un giudice interno (1). Muovendo da tale premesse, l'Unione europea ha via via sviluppato strumenti normativi che incidono su piani diversi, ma interconnessi. Anzitutto, si è ritenuto necessario imporre agli Stati l'obbligo minimo di prendere in considerazione le decisioni di condanna definitive pronunciate in altri Stati membri, così da attribuirvi, in occasione dell'apertura di nuovi procedimenti penali, effetti equivalenti a quelli propri delle condanne nazionali (2). In secondo luogo, si è cercato di migliorare (dal punto di vista quantitativo e qualitativo) lo scambio di informazioni relative alle precedenti condanne, mediante l'adozione di un modello uniforme di richiesta e individuando nuovi metodi di scambio, anche sfruttando le potenzialità delle nuove tecnologie (3). È evidente, infatti, che la valorizzazione del precedente penale straniero, tanto ai fini del processo penale, quanto per scopi diversi, presuppone che le autorità procedenti possano disporre di informazioni esaustive ed aggiornate sulle condanne pronunciate nello spazio giudiziario europeo. Con una serie di decreti legislativi emanati nei primi mesi del 2016, il Governo italiano ha emanato la normativa di recepimento delle fonti europee emanate nell'ottica appena menzionata (4). Il presente contributo si propone di tratteggiare le principali innovazioni conseguenti alla trasposizione nell'ordinamento interno della decisione quadro n. 675 del 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione in occasione di un nuovo procedimento penale.

2. LA DECISIONE QUADRO 2008/675: PROFILI GENERALI E AMBITO APPLICATIVO

Prima di passare all'esposizione della recente disciplina interna di recepimento, pare utile ricordare i punti essenziali del provvedimento europeo oggetto di trasposizione. Come anticipato, la decisione quadro 2008/675/GAI impone agli Stati membri l'obbligo minimo(5) di prendere in considerazione le decisioni di condanna pronunciate in altri Stati membri, e di attribuirvi effetti equivalenti a quelli derivanti da precedenti condanne domestiche, in virtù della legislazione nazionale (art. 3, par.1).

Tale decisione quadro, che costituisce diretta realizzazione del Programma di misure per l'attuazione del principio del riconoscimento reciproco del 2000 (6), mira a introdurre nel quadro giuridico dell'Unione il principio secondo cui i giudici di uno

Stato membro devono essere in grado di tener conto delle decisioni penali definitive rese negli Stati membri, per ricollegarvi, in occasione di un nuovo procedimento penale, gli stessi effetti sostanziali o processuali attribuiti alle condanne nazionali (considerando n. 2).

Mediante l'adozione di tale provvedimento si è cercato di sopperire alla limitata efficacia degli strumenti internazionali ed europei in materia di utilizzo delle informazioni sulle condanne pronunciate in altro Stato membro. Difatti, la principale fonte internazionale di riferimento – cioè la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970, che obbliga gli Stati contraenti ad adottare le misure necessarie al fine di permettere ai propri tribunali di prendere in considerazione le precedenti condanne straniere (7)– è stata sostanzialmente “neutralizzata” mediante l'apposizione di riserve in sede di ratifica (8). Anche nell'ordinamento della “piccola Europa” la situazione era insoddisfacente: soltanto uno strumento normativo in materia di protezione dell'euro (la decisione quadro 2001/888/GAI, che modifica la decisione quadro 2000/383/GAI relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'Euro) contemplava la recidiva, ed il conseguente obbligo di riconoscere «quali generatrici di siffatta recidiva le sentenze di condanna definitive pronunciate in un altro Stato membro per uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 della presente decisione quadro o per uno dei reati di cui all'articolo 3 della convenzione, a prescindere dalla valuta falsificata» (9).

Quanto all'ambito applicativo della fonte sovranazionale, dopo aver precisato che l'obbligo di “utilizzare” ai fini del proprio diritto interno le informazioni sui precedenti penali stranieri sorge in occasione dell'apertura di un nuovo procedimento penale, nei confronti della stessa persona, per fatti diversi da quelli oggetto del giudicato (art. 3, par. 1), la decisione quadro prevede che la predetta regola dell'equiparazione della condanna straniera a quella interna debba valere nel corso di tutto il processo penale, e quindi anche nella fase precedente e in occasione dell'esecuzione della sentenza, «in particolare per quanto riguarda le norme di procedura applicabili, comprese quelle relative alla detenzione cautelare, alla qualifica del reato, al tipo e al livello della pena comminata nonché alle norme che disciplinano l'esecuzione della decisione» (art. 3, par. 2). Tali disposizioni – da leggersi insieme al considerando n. 6 (10)– fanno intendere come ai fini della decisione quadro le precedenti sentenze di condanna emesse in altro Stato membro interessino all'autorità giudiziaria precedente non ai fini della loro esecuzione o del *ne bis in idem*(11), ma esclusivamente come “fatto storico”, per gli effetti che esse possono esplicare nell'ambito di un nuovo procedimento penale in base al diritto interno. L'esistenza di

una precedente condanna può infatti assumere rilevanza, ad esempio, ai fini della contestazione della recidiva, della quantificazione della pena, della concessione o revoca di benefici (i c.d. effetti penali); il precedente straniero può inoltre esplicitare effetti nell'ambito del giudizio di pericolosità relativo all'applicazione di misure cautelari, nel processo di esecuzione della pena e, più in generale, ai fini dell'applicazione di certe norme processuali (i c.d. effetti processuali).

Quanto al tipo di effetto da attribuire alla condanna straniera, va sottolineato che la decisione quadro lascia ampia discrezionalità agli Stati membri, avendo il legislatore europeo rinunciato (almeno per il momento) al ravvicinamento delle discipline nazionali sugli effetti (penali e processuali) di precedenti condanne. In tal senso depone espressamente il considerando n. 5, in base al quale «la presente decisione quadro non mira ad armonizzare le conseguenze attribuite dalle diverse legislazioni nazionali all'esistenza di condanne precedenti, e l'obbligo di prendere in considerazione decisioni di condanna precedenti pronunciate in altri Stati membri è previsto soltanto nella misura in cui le condanne nazionali precedenti siano prese in considerazione in base al diritto nazionale».

Tanto premesso sulla portata – piuttosto circoscritta – della regola dell'equiparazione degli effetti tra il giudicato straniero e quello interno, è importante rammentare che la decisione quadro ha definito anche le condizioni – positive e negative – di tale assimilazione.

Anzitutto, è sancito che l'obbligo di presa in considerazione riguarda le precedenti decisioni di «condanna», da intendersi come «ogni decisione definitiva di una giurisdizione penale che stabilisca la colpevolezza di una persona per un reato» (art. 2). La nozione – risultato di un vivace dibattito nel corso dei lavori preparatori – è intenzionalmente restrittiva (12). Su richiesta di alcuni Stati, nel considerando n. 3 si è peraltro aggiunto che la decisione è intesa a stabilire soltanto un “obbligo minimo”, sicché non dovrebbe impedire agli Stati di prendere in considerazione, conformemente al diritto interno, decisioni definitive emesse da altre autorità (ad esempio, autorità amministrative) che «poss[ano] dar luogo a un ricorso dinnanzi alla giurisdizione competente in materia penale, che stabilisca la colpevolezza di una persona per un reato o per un atto punibile in base al diritto nazionale perché configura una violazione di legge».

Anche con riguardo alla seconda condizione (relativa ai canali attraverso i quali le autorità sono entrate in possesso delle informazioni sul curriculum criminale del soggetto) il testo normativo sembra prudente: deve trattarsi di decisioni di condanna

pronunciate in un altro Stato membro «riguardo alle quali sono state ottenute informazioni in virtù degli strumenti applicabili all'assistenza giudiziaria reciproca o allo scambio di informazioni estratte dai casellari giudiziari» (art. 3). Il che fa supporre che l'ambito di operatività dell'obbligo di considerazione in discorso non riguardi le informazioni ottenute attraverso strumenti meno garantiti, come potrebbero essere quelli della cooperazione di polizia (SIS o Europol) (13).

Infine, con riferimento alle condizioni “negative” (ossia quelle situazioni in presenza delle quali la decisione di condanna emessa in altro Stato membro non può essere presa in considerazione), il provvedimento sembrerebbe individuarne soltanto due: dal combinato disposto dei paragrafi 3 e 4 dell'art. 3, si evince che la regola della equiparazione della condanna non deve trovare applicazione allorché ne derivi un'interferenza con la precedente decisione di condanna o con qualsiasi altra decisione relativa alla sua esecuzione; dal paragrafo 5, discende invece un limite di natura temporale, concernente le condanne pronunciate od eseguite dopo la commissione del fatto-il reato che è oggetto di accertamento nel nuovo procedimento (14). Tuttavia, se si ritiene – come sembra preferibile – che nell'interpretazione della fonte europea abbia rilevanza anche la parte motiva, il considerando n. 6 fornisce un appiglio per concludere che l'obbligo di equiparazione venga meno anche in altre situazioni: non solo quando le informazioni sul precedente straniero siano insufficienti, non provenendo dai canali ordinari, ma anche quando «una decisione di condanna nazionale non sia stata possibile riguardo all'atto per cui la condanna precedente è stata emessa, o qualora la pena comminata in precedenza non sia contemplata dall'ordinamento nazionale». Il linguaggio è un po' involuto, ma l'ampiezza delle formule usate consente senz'altro di ricondurre alla categoria dell'“impossibilità della condanna” le ipotesi della prescrizione, dell'amnistia e finanche il principio della doppia incriminabilità (15), nel caso in cui i fatti sarebbero potuti rientrare nella competenza/giurisdizione dello Stato membro interessato. Nel considerando n. 8 è poi raccomandato di evitare che – per effetto della equiparazione – la persona abbia un trattamento meno favorevole di quello che avrebbe se la condanna precedente fosse stata pronunciata da un giudice nazionale (16).

3. L'ADEGUAMENTO INTERNO: FINALITÀ E STRUTTURA DEL D.LG. N. 73/2016

Ai sensi dell'art. 5 della decisione quadro 2008/675/GAI, il termine per il recepimento nell'ordinamento interno scadeva il 15 agosto 2010. Con notevole ritardo è intervenuto il d.lg. n. 73/2016, il quale, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 114/2015 (la c.d. legge di delegazione europea 2014), ha introdotto una disciplina che consente all'autorità giudiziaria italiana di tener conto delle decisioni penali definitive straniere, «anche in assenza di riconoscimento e purché non

contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano» (art. 3), agli effetti del processo penale (17).

Si tratta di un'innovazione estremamente significativa. Come osservato nella relazione governativa allegata allo schema di decreto (18), in base alla disciplina anteriore, la sentenza penale straniera doveva essere riconosciuta attraverso una apposita procedura di delibazione (art. 12 c.p.; articoli 730 ss. del codice di rito) prima di poter essere inserita nel certificato del casellario ed acquisire la stessa valenza delle sentenze italiane. In assenza di tale riconoscimento, essa non poteva avere alcun valore. Con l'innovazione in discorso si amplia dunque ulteriormente il ventaglio degli strumenti di cooperazione giudiziaria basati sul principio del mutuo riconoscimento. D'altra parte, il miglioramento della circolazione delle informazioni sulle condanne, agevolato dalle decisioni 2009/315/GAI e 2009/316/GAI (e dai decreti legislativi di attuazione nn. 74 e 75 del 2016) presenterebbe un'utilità ridotta se gli Stati membri non fossero in grado di tener conto delle informazioni trasmesse (19).

La disciplina interna di recepimento è piuttosto scarna. Il decreto si compone di soli quattro articoli, tra i quali si segnalano soprattutto l'art. 2, dedicato alle “definizioni”, e l'art. 3, rubricato “rilevanza delle decisioni di condanna”. Da tali disposizioni è possibile evincere le condizioni (positive e negative) per l'applicazione della regola dell'equiparazione, nonché i relativi effetti.

4. I PRESUPPOSTI DI OPERATIVITÀ DELLA REGOLA DELL'ASSIMILAZIONE: A) LA DEFINIZIONE DI “DECISIONE DI CONDANNA” E LE MODALITÀ DI ACQUISIZIONE DELLE INFORMAZIONI RELATIVE AL PRECEDENTE STRANIERO

Quanto alle condizioni per l'operatività della regola dell'assimilazione degli effetti, coerentemente con la decisione quadro, l'art. 2 d.lg. n. 73/2016 prevede che l'obbligo di valutazione abbia ad oggetto una “condanna”, definita come «ogni decisione definitiva di condanna adottata dall'autorità giudiziaria penale di un altro Stato membro nei confronti di una persona fisica in relazione a un reato». Benché espressamente consentito dalla decisione quadro, non sono quindi stati presi in considerazione provvedimenti di natura mista (amministrativa e penale) che esistono in alcuni Stati membri. Anche in relazione ai soggetti destinatari della condanna si è optato per un approccio restrittivo: nonostante la polivalenza del termine “persona”, la regola della “considerazione” è stata tarata esclusivamente sulle persone fisiche, con esclusione delle persone giuridiche.

Va peraltro notato che il riferimento a “ogni decisione definitiva di condanna dell'autorità giudiziaria” – da intendersi, alla luce della lettera della decisione quadro, come ogni provvedimento che accerti la colpevolezza di una persona per un reato – è

in grado di includere non solo provvedimenti formalmente definiti come “sentenze”, ma anche provvedimenti sostanzialmente tali, come ad esempio decreti penali di condanna, sentenze omologabili a quelle di cui all'art. 444 c.p.p. e anche i provvedimenti di “patteggiamento” o “compromesso” dinnanzi al pubblico ministero previsti in alcuni Stati membri (20).

Sempre sul piano delle condizioni applicative, il legislatore nazionale ha riproposto pedissequamente la disciplina della decisione quadro in relazione ai canali attraverso i quali l'autorità giudiziaria ha ottenuto le informazioni sulla storia criminale dell'imputato: all'art. 3 si esige che si tratti di «condanne [...] oggetto di informazioni nell'ambito delle procedure di assistenza giudiziaria o di scambi di dati estratti dai casellari giudiziari». Viene così delineata una ulteriore condizione di operatività della regola dell'assimilazione. In tal modo si escludono automatismi e si aprono spazi per un vaglio dell'autorità procedente rispetto alla valorizzazione della condanna straniera.

La ragione ispiratrice di tale condizione (ossia l'esigenza di assicurare l'affidabilità delle informazioni ottenute) è già stata illustrata in precedenza (21). Corre ora l'obbligo di notare che dall'accoglimento di tale ricostruzione dovrebbe derivare l'irrelevanza delle sentenze straniere (di condanna o assoluzione) prodotte dalla difesa dell'imputato o dalla persona offesa (magari qualificandole come prova documentale) al fine di ottenere il riconoscimento della continuazione ex art. 81 c.p., oppure per attenuare/aggravare, a seconda dei casi, la pena da infliggere (22). Una simile conclusione – che forse potrebbe apparire eccessivamente rigorosa – sembra però l'unica compatibile con i principi fondamentali vigenti in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere: se si ritiene che anche la regola della considerazione di matrice eurounitaria sia soggetta a condizioni di operatività, in difetto di tali condizioni le sentenze emesse in altri Stati membri, ancorché materialmente acquisite agli atti, non dovrebbero produrre alcun effetto giuridico in mancanza di riconoscimento ai sensi dell'art. 730 ss. c.p.p.

5. I FATTORI OSTATIVI ALLA PRESA IN CONSIDERAZIONE: LE CLAUSOLE DI “NON INTERFERENZA” E DI “NON CONTRARIETÀ CON I PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELLO STATO”

Seguendo l'impostazione della fonte sovranazionale, anche il decreto attuativo prevede una serie di situazioni in cui l'autorità può rifiutarsi di prendere in considerazione della condanna straniera. Tali situazioni sono elencate all'art. 3 d.lg.

n. 73/2016, che si segnala per alcune differenze – sia per eccesso, sia per difetto – rispetto alla fonte sovranazionale.

Anzitutto, la norma de qua sembra non contemplare tutte le situazioni ostative individuate all'art. 3, par. 4 e 5, e nel considerando n. 6 della decisione quadro 675/2008. Difatti, mentre la condizione della “non interferenza” con la precedente condanna straniera risulta sostanzialmente recepita nell'art. 3, comma 3, d.lg. n. 73/2016 («La valutazione delle condanne non comporta in ogni caso la loro revoca o il loro riesame, non ha effetto sulla loro esecutività e non rileva per le determinazioni relative al procedimento di revisione»), nulla è detto in relazione alle ipotesi di “impossibilità della condanna” o di “pena non contemplata nell'ordinamento giuridico nazionale” di cui al considerando n. 6, e neppure rispetto ai limiti di ordine temporale di cui all'art. 3, paragrafo 5 (23). In secondo luogo, a paragone con l'art. 3 della decisione quadro 675/2008, l'art. 3, comma 1, d.lg. n. 73/2016 prevede una ulteriore “eccezione” all'obbligo di presa in considerazione: per poter avere rilevanza in Italia anche in assenza di riconoscimento, si richiede che la sentenza straniera non sia contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato (24). Si tratta di una condizione (negativa) non espressamente contemplata dalla decisione quadro (25), ma spesso evocata in sede di attuazione degli strumenti europei basati sul mutuo riconoscimento (26), in quanto espressione della nota teoria dei controlimiti (27). Non sfuggirà che si tratta di una condizione dai contorni piuttosto incerti, che apre ad ampi spazi di discrezionalità (28) e potrebbe richiedere, per essere verificata, un esame dell'intero procedimento da cui è scaturito il provvedimento straniero da valutare (29). Per una corretta applicazione di tale limite è opportuno rammentare che esso dovrebbe poter essere invocato non a fronte di mera diversità di disciplina tra gli ordinamenti nazionali, ma solo in caso di totale contrasto (30).

In entrambi i casi, dovendosi escludere – per il tipo di fonte europea – che eventuali lacune e/o difformità della disciplina nazionale siano superabili mediante l'applicazione diretta delle norme sovranazionali, sarà la prassi applicativa a chiarire se (ed in quale misura) le già citate discrepanze possano essere ricomposte mediante l'interpretazione conforme. In caso contrario, non può escludersi, astrattamente parlando, l'attivazione di una procedura di infrazione da parte della Commissione, essendo ormai scaduto il periodo transitorio previsto nel Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona.

6. GLI EFFETTI DELLA REGOLA DELL'ASSIMILAZIONE

Sotto il profilo effettuale, l'art. 3, comma 1, d.lg. n. 73/2016 sancisce che le sentenze straniere (*rectius*, le informazioni relative alle condanne straniere pronunciate per fatti diversi da quelli per i quali procede l'autorità italiana) siano valutate «per ogni determinazione sulla pena, per stabilire la recidiva o un altro effetto penale della condanna, ovvero per dichiarare l'abitudine o la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere». Si tratta degli effetti penali in vista dei quali l'art. 12 c.p. richiede il riconoscimento della sentenza penale straniera, ai sensi dell'art. 730 ss. c.p.p., norma peraltro ormai superata nei rapporti con gli Stati membri che abbiano attuato la decisione quadro 2008/675/GAI. Nel comma successivo (art. 3, comma 2), la regola dell'equiparazione delle condanne irrevocabili straniere a quelle interne è estesa «anche ai fini delle decisioni da adottare nella fase delle indagini preliminari e nella fase dell'esecuzione della pena», ma con la precisazione che la loro valutazione non ha effetto sulla loro esecutività, non comporta la loro revoca o riesame e non rileva per le determinazioni relative al procedimento di revisione. Tale disposizione verosimilmente attua la decisione quadro nella parte in cui individua quale limite all'operatività dell'obbligo di considerazione la possibilità di un'interferenza (sotto forma di riesame, revoca o incidenza sulla esecutività) con la precedente decisione di condanna (31). Nella stessa prospettiva può intendersi anche il riferimento alle «determinazioni relative al procedimento di revisione», ma non è da escludersi che questa precisazione possa assumere anche un ulteriore significato, denso di ricadute sul piano dell'individuazione dei possibili effetti processuali del giudicato straniero. Difatti, se non v'è dubbio sul fatto che il precedente penale straniero (*rectius*: le informazioni relative alla precedente condanna straniera) possa essere utilmente valorizzato nell'ambito del giudizio di pericolosità sociale relativo all'applicazione di una misura cautelare o nella procedura esecutiva, oppure nella valutazione relativa all'instaurazione di certi riti speciali (si pensi all'art. 444, comma 1-bis, c.p.p.), l'equiparazione del giudicato straniero a quello nazionale agli effetti processuali («per quanto riguarda le norme di procedura applicabili», riprendendo il linguaggio impiegato nella decisione quadro) potrebbe far pensare che nei confronti delle sentenze emesse in altri Stati membri possa trovare applicazione anche l'art. 238-bis c.p.p. (32), che assegna alla *res iudicata* la forza di provare l'esistenza di un fatto (il fatto in essa accertato).

Benchè da taluno sostenuta (33), una simile interpretazione non sembra però condivisibile. Il fatto che il legislatore abbia escluso che la sentenza straniera possa rilevare ai fini delle determinazioni in sede di revisione dovrebbe infatti comportare che essa non possa avere alcun valore probatorio (ad esempio, ai fini del giudizio di incompatibilità fra giudicati) in relazione ai fatti in essa accertati. D'altra parte, sia la decisione quadro che il decreto attuativo ripetutamente riferiscono l'obbligo di presa in considerazione alle "informazioni relative alle condanne estratte dai casellari" (34). E tali informazioni concernono, in un certo senso, la parte enunciativa della sentenza (precisamente i dati desumibili dall'intestazione, dall'imputazione e dal comando punitivo espresso nel dispositivo, come riportati nel modulo standardizzato impiegato per lo scambio di informazioni estratte dai casellari) (35), non la parte motiva del provvedimento cui si riferiscono. Sul piano degli effetti va infine notato che la decisione quadro apre alla possibilità di una valutazione in bonam partem del precedente straniero, nel senso che ammette che il giudice, nel determinare il trattamento sanzionatorio, possa tenere conto della pena precedentemente irrogata in altro Stato membro, ove questa appaia eccessivamente elevata, e quindi in qualche modo in grado di assorbire il disvalore espresso dal reato in esame presso la giurisdizione italiana. La relazione governativa che correda il d.lg. n. 73/2016 sottolinea come la valutazione in bonis dei precedenti (ovvero, per mitigare la pena e non già per apprezzare una maggiore capacità a delinquere dell'imputato/condannato) non sia contemplata nell'ordinamento italiano. Non è stato dunque possibile recepire le indicazioni della fonte sovranazionale, anche «perché è la stessa decisione quadro, nel considerando n. 9, a subordinare l'adozione di una disciplina in tal senso all'esistenza nel sistema interno di regole applicative dello stesso principio in riferimento ai precedenti costituiti da sentenze emesse dalle autorità giudiziarie nazionali».

Fonte: Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4, 1 DICEMBRE 2018, pag. 1325

Autori: LUIGI PREVITI

IL TRAMONTO DELLA FULL JURISDICTION PER GLI ANTITRUST INFRINGEMENTS: LA CHIUSURA ITALIANA AI PRINCIPI DETTATI DALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN TEMA DI SANZIONI AMMINISTRATIVE E GIUSTO PROCESSO. IL CASO DELLE INTESE ANTICONCORRENZIALI

Sommario: 1. La trasposizione italiana della direttiva 2014/104/UE: il d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3. — 2. I principi garantistici enunciati dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative inflitte dalle autorità pubbliche. — 3. Le intese restrittive della concorrenza e l'accertamento probatorio della violazione. — 4.

La valutazione tecnico-discrezionale dell'AGCM e il sindacato del giudice amministrativo. — 5. I deficit di tutela della fase istruttoria davanti all'Autorità garante. — 6. Considerazioni conclusive.

1. Con la direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 il legislatore europeo ha tracciato un innovativo punto di congiunzione tra gli strumenti del private e del public enforcement in materia di tutela della concorrenza, incrementandone notevolmente la sinergia. L'obiettivo dichiarato dalla normativa, infatti, è quello di garantire che “chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno” (...) “per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento” (1).

Significativa, a tal proposito, è la formulazione dell'art. 9, par. 1, ai sensi del quale: “Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza”.

In tal modo, con una disposizione fortemente innovativa rispetto al *ius receptum*, è stato attribuito un peculiare valore probatorio agli accertamenti degli illeciti antitrust svolti dalle autorità garanti della concorrenza dei singoli Stati membri (2). L'esito delle indagini condotte da queste ultime, in particolare, ove non riformato in sede processuale, pone un consistente limite alla cognizione delle autorità giurisdizionali chiamate a pronunciarsi in merito alle azioni di risarcimento del danno derivante da una violazione della normativa antitrust, vincolando l'organo decidente in ordine alla sussistenza del comportamento illecito posto in essere dalle imprese che hanno partecipato alla realizzazione dell'illecito (3).

Con il d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3, emanato in sede di trasposizione della fonte europea, il legislatore italiano, tuttavia, non si è limitato alla mera riproduzione di quanto statuito dal richiamato art. 9 della direttiva (4), ma ha scelto di inserire, al secondo periodo dell'art. 7, la seguente prescrizione: “il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della

decisione medesima”. Nel corso del presente contributo si cercherà di dimostrare come l'entrata in vigore della previsione normativa sopra riportata abbia determinato l'insorgere di alcune rilevanti questioni problematiche all'interno del nostro ordinamento. E ciò, segnatamente, in relazione al tema dell'adeguamento del vigente sistema di tutela giurisdizionale alle indicazioni formulate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito dell'art. 6 della CEDU (5). A tal fine, si è scelto di prendere come ambito di indagine quello dei procedimenti amministrativi avviati per l'accertamento di ipotesi di intese anticoncorrenziali, il quale, proprio per le sue caratteristiche, è stato oggetto di numerose riflessioni da parte degli studiosi. In prima battuta, si tenterà, dunque, di esaminare la portata degli orientamenti della Corte europea in tema di giusto processo e irrogazione di sanzioni lato sensu penali, al fine di precisare le coordinate ermeneutiche della materia dettate dai giudici di Strasburgo e rivolte agli ordinamenti nazionali firmatari della Convenzione. In secondo luogo, si metteranno in evidenza le peculiari modalità di accertamento delle intese restrittive della concorrenza da parte della nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato (in seguito, AGCM), per passare, poi, ad analizzare l'intensità del sindacato esercitato dal giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità. Infine, si trarranno alcune considerazioni conclusive in merito all'attuale percorso di adeguamento seguito dal legislatore in relazione agli standard di tutela declinabili dalla Convenzione.

2. Come noto, nel nostro ordinamento l'Autorità garante della concorrenza è stata istituita con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato” (6). Spetta all'AGCM, in particolare, il compito di accertare e sanzionare quelle ipotesi di alterazione del libero confronto competitivo tra le imprese che si manifestano, principalmente, sotto forma di intese anticoncorrenziali (art. 2) e di abusi di posizione dominante (art. 3), perseguendo così l'obiettivo di preservare il corretto funzionamento del mercato (7). Infatti, qualora il procedimento amministrativo di verifica di un'infrazione antitrust — che può essere avviato d'ufficio o su segnalazione di terzi — dia esito positivo, l'Authority dispone di una serie di incisivi strumenti di reazione, che possono essere così suddivisi: poteri inibitori, volti a evitare per il futuro la perpetrazione della condotta illecita accertata; poteri ripristinatori, volti a restaurare le condizioni di mercato preesistenti alla realizzazione dell'infrazione; poteri sanzionatori, che rispondono ad una logica afflittivo-preventiva e che vengono esercitati “tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione” (8). La riflessione dottrinale degli ultimi anni, invero, ha

concentrato le proprie osservazioni proprio in relazione a queste ultime attribuzioni (9).

Nello specifico, il dibattito in materia è stato alimentato dagli innovativi orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha iniziato a rivalutare la natura giuridica di sanzioni che, nella tradizione degli ordinamenti nazionali, venivano considerate di natura amministrativa, riqualificandole come sanzioni sostanzialmente penali (10).

Tale rilettura della categoria delle sanzioni amministrative trova il proprio fondamento sull'adozione di un'interpretazione sostanzialistica della nozione di "accusa penale" rinvenibile all'interno dell'art. 6 CEDU. In particolare, è stato osservato che, se la predetta disposizione della Convenzione intende garantire la protezione di un fondamentale diritto dell'uomo, quale il diritto a un giusto processo nei confronti di colui che viene accusato della commissione di un illecito penale, allora è necessario evitare che le garanzie difensive ivi richiamate possano essere facilmente eluse dai legislatori nazionali. Circostanza che, invero, potrebbe ben verificarsi qualora questi ultimi, nell'esercizio della propria potestà legislativa, qualificassero come civile o amministrativa una sanzione che, per i suoi connotati o per la sua funzione, meriterebbe invece di essere parificata, in un'ottica sostanziale, ad una sanzione penale (11).

Per rispondere a tale esigenza, a partire dalla nota sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi (12), la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo ha indicato due criteri fondamentali — da considerare tra loro alternativi e non cumulativi — per stabilire, al di là dell'etichettatura formale, la natura penalistica di una sanzione: il carattere afflittivo-preventivo della misura, il quale si ricava dall'analisi della funzione concretamente svolta da questa e prescinde dalla sua entità; la gravità o severità del malum, che, in caso di sanzioni pecuniarie, attiene al peso del sacrificio economico imposto al condannato (13). Grazie all'affermazione della predetta impostazione sostanzialistica, anche le sanzioni amministrative irrogate dalle autorità pubbliche sono state, dunque, attratte nell'orbita penalistica; e ciò, in particolare, è avvenuto con riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie, in ragione del loro carattere precipuamente afflittivo (14).

Da tale quadro ricostruttivo è possibile comprendere, le ragioni per le quali le sanzioni irrogate dalle Autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza siano state oggetto di una rilettura in termini penalistici da parte della giurisprudenza della Corte. Nello specifico, come sottolineato dai giudici di Strasburgo a proposito dei provvedimenti dell'AGCM, questi ultimi si caratterizzano, in primo luogo, proprio per

la loro finalità repressiva e preventiva rispetto ai comportamenti potenzialmente anticoncorrenziali posti in essere dalle imprese; e ciò a prescindere dal fatto che essi, in ogni caso, si connotino spesso per la gravità del pregiudizio inflitto nei confronti del destinatario. Circostanze in ragione delle quali, pertanto, viene affermata la natura eminentemente penalistica di tali provvedimenti (15). Ebbene, dall'applicazione dell'art. 6 CEDU anche in ipotesi di sanzioni formalmente qualificate come amministrative, ma sostanzialmente penali (o penali in senso lato), la giurisprudenza europea ha fatto discendere la tendenziale estensione di tutte le tutele processuali declinabili dalla disposizione convenzionale all'interno della precedente fase procedimentale preordinata all'accertamento (e all'eventuale repressione) dell'illecito antitrust (16).

Secondo il ragionamento della Corte, infatti, qualora il legislatore nazionale decida di affidare ad un organo amministrativo (e non giurisdizionale) il potere di irrogare provvedimenti di natura afflittiva, le garanzie difensive del giusto processo devono essere assicurate già durante lo svolgimento della procedura amministrativa, e cioè prima, e indipendentemente dal fatto, che si apra la fase processuale.

Ne deriva che, in presenza di tali condizioni, la dimensione procedimentale, dal momento di avvio dell'istruttoria e fino alla sua conclusione, che può anche non culminare nell'irrogazione di una sanzione, dovrebbe svolgersi secondo forme di tutela più pregnanti di quelle che assistono le parti nel corso di un ordinario procedimento amministrativo. Infatti, anche nei confronti di soggetti accusati dall'autorità amministrativa nazionale di aver commesso una violazione delle norme a tutela della concorrenza dovrebbero poter trovare applicazione peculiari salvaguardie processuali quali: il diritto ad essere giudicati da un'autorità terza e imparziale; il rispetto del principio della parità delle armi e del contraddittorio nella formazione della prova; l'audizione delle parti in pubblica udienza (17). Alla luce delle riscontrate difficoltà di adattamento della sede procedimentale alle superiori prescrizioni, tuttavia, l'evoluzione pretoria è giunta ad affermare che, qualora, nel corso della fase amministrativa, il puntuale rispetto delle predette salvaguardie difensive sia, in parte, venuto meno, è possibile ammettere una loro soddisfazione ex post, e cioè in sede contenziosa, davanti ad un organo giurisdizionale dotato di poteri di 'piena giurisdizione' (lett. full jurisdiction).

I principi sopra illustrati sono stati ribaditi, da ultimo, dalla nota sentenza Grande Stevens e altri c. Italia (18). In tale occasione, infatti, la Corte, dopo aver sottolineato la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob

ai sensi del Testo unico della Finanza (T.U.F.), ha ritenuto che la disciplina del procedimento sanzionatorio ivi contenuta non soddisfacesse alcune importanti esigenze di tutela ricavabili dall'art. 6 CEDU; e, segnatamente, quelle che riguardano l'indipendenza dell'organo di accusa (che cura l'istruttoria) dall'organo giudicante (che decide sulla violazione), da una parte, e il rispetto della parità delle armi tra l'accusa e la difesa, dall'altra (19).

Se da un lato “(i)l rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude dunque che in un procedimento di natura amministrativa, una “pena” sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa”, dall'altro tale circostanza “presuppone, tuttavia, che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione”; un organo, cioè, che abbia “il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore. In particolare esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito” (20). In altri termini, se richiesto dalla parte interessata, il giudice amministrativo deve poter accertare i fatti, valutare gli elementi di prova e affrontare il merito della controversia, senza essere vincolato, al momento della decisione, dai precedenti accertamenti svolti dagli organi amministrativi (21).

Da questo breve excursus della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sembra potersi desumere, quindi, il principio per cui, qualora sia avviato un procedimento amministrativo finalizzato all'adozione di sanzioni lato sensu penali, e tale procedimento risulti deficitario, sotto qualche profilo, rispetto agli standard di tutela di cui all'art. 6 della Convenzione, tali lacune possano comunque essere colmate all'interno di una successiva (ed eventuale) fase processuale, ove deve trovare espressione un sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo su ogni elemento fattuale o valutazione giuridica compiuta dall'organo sanzionante nella fase procedurale (22).

Ed invero, qualora ciò non avvenisse, e cioè le lacune difensive dell'istruttoria non potessero trovare rimedio in sede giurisdizionale, le conseguenze teoriche potrebbero essere gravi, dato che la legge nazionale disciplinante l'iter procedurale difficilmente potrà dirsi compatibile rispetto alle prescrizioni normative contenute nella Convenzione (23). Da ciò potrebbe derivare, pertanto, il rischio di una pronuncia di incostituzionalità della normativa interna per violazione degli obblighi convenzionali, idonei, secondo un indirizzo ormai consolidato, ad integrare il parametro di legittimità costituzionalità ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. (24).

Obiettivo del presente lavoro sarà verificare, appunto, se i principi enunciati in argomento dalla Corte europea abbiano trovato applicazione nel nostro ordinamento con riferimento alla materia degli illeciti anticoncorrenziali e, in particolare, delle intese restrittive. A tal fine, dunque, pare necessario inquadrare brevemente alcune fondamentali caratteristiche che contraddistinguono la fattispecie oggetto della presente indagine.

3. Ai sensi dell'art. 2, comma 2, l. n. 287/1990, sono vietate le intese tra operatori economici che abbiano, per oggetto o per effetto, di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

La disposizione, che riproduce sostanzialmente il concetto di intesa scolpito dall'art. 101 Tfeue (25), persegue l'obiettivo di tutelare la libertà di concorrenza e di iniziativa economica tra i protagonisti del mercato, con l'obiettivo di garantire, in tal modo, un'efficiente allocazione delle risorse all'interno di questo e il benessere dei consumatori.

Attraverso l'imposizione del divieto di accordi e di pratiche concordate, in particolare, il legislatore intende assicurarsi che ciascuna impresa operante in un dato settore determini autonomamente il suo comportamento economico. Se, infatti, da un lato l'operatore può (e deve) tener conto delle presunte scelte imprenditoriali dei concorrenti per programmare al meglio le proprie strategie commerciali, dall'altro non gli è consentito instaurare contatti, diretti o indiretti, con i propri competitors aventi per oggetto o per effetto l'alterazione delle condizioni normali di mercato (26).

Dall'enunciato normativo dell'art. 2 è possibile ricavare una prima importante distinzione in materia, ovvero quella tra intese anticoncorrenziali 'per oggetto' e intese anticoncorrenziali 'per effetto': mentre le prime si caratterizzano per il fatto di perseguire uno scopo intrinsecamente contrario alle regole concorrenziali (27), le seconde, invece, seppur presentino un oggetto di per sé lecito, sono potenzialmente in grado di produrre effetti concretamente distorsivi o restrittivi della concorrenza (28).

Il discrimen tra le due ipotesi pare, dunque, particolarmente rilevante: se, difatti, con riferimento alla prima tipologia di intesa, risulta irrilevante verificare se la concertazione raggiunta dalle imprese abbia prodotto o meno effetti pregiudizievoli per il libero confronto competitivo, la valutazione di questi ultimi risulta, al contrario,

decisiva per poter accertare, in presenza di una condotta astrattamente lecita, la commissione di un illecito antitrust.

Quanto alle modalità di realizzazione dell'intesa, va sottolineata, inoltre, la distinzione tra i veri e propri accordi collusivi (29) e le cc.dd. pratiche concordate, cioè quelle forme di coordinamento delle attività delle imprese che — pur non costituendo modalità di attuazione di un accordo — realizzano una consapevole collaborazione fra le stesse a danno della concorrenza.

Da tale articolazione del concetto di intesa sembra, quindi, potersi ricavare come, ai fini dell'applicazione della normativa antitrust, sia condizione necessaria e sufficiente la sussistenza di un parallelismo comportamentale derivante da una concertazione tra gli operatori economici del mercato (30).

Va notato, tuttavia, che nell'esperienza comune l'attestazione inequivoca di un rapporto diretto tra i soggetti partecipanti ad un'intesa rappresenta un'ipotesi che si verifica raramente: si pensi, ad esempio, al caso in cui viene ritrovato il testo del documento che regolamenta espressamente le modalità di attuazione della pratica anticoncorrenziale (c.d. prova piena o smoking gun).

Il grado di difficoltà nel reperimento degli elementi probatori costituisce, invero, una diretta conseguenza delle peculiarità che connotano l'istituto oggetto di indagine, caratterizzato, come è intuibile, dalla segretezza delle riunioni e dalla clandestinità delle attività organizzate dalle parti dell'accordo.

In considerazione di tale situazione, infatti, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile l'utilizzo di prove indiziarie (o indirette) ai fini della dimostrazione dell'esistenza e della portata di un'intesa, purché, in ogni caso, si tratti di indizi gravi, precisi e concordanti (31).

Si tratta, in particolare, di elementi di prova che vengono definiti endogeni, quando attengono a specifici e anomali comportamenti economici tenuti dalle imprese, non diversamente spiegabili se non come tentativo di eludere il libero confronto concorrenziale presente nel mercato rilevante, ed esogeni, quando riguardano elementi che non sono strettamente correlati alle scelte imprenditoriali dei concorrenti, quali i continui contatti o i frequenti scambi di informazioni tra questi ultimi.

In questo quadro, l'accertamento dell'illecito antitrust può essere ben paragonato alla ricostruzione di un mosaico, composto da singoli tasselli, non significativi se considerati singolarmente, ma apprezzabili come parte di un disegno unitario. Ciò che assume importanza, infatti, non è tanto la valutazione della portata

anticoncorrenziale di singole condotte, quanto piuttosto il contesto complessivo in cui queste si inseriscono, allorché si consideri che l'esistenza di una concertazione o di un accordo va apprezzata prevalentemente attraverso l'adozione di una valutazione globale delle condotte poste in essere dagli operatori economici in un dato mercato rilevante (32).

Al termine dell'istruttoria, pertanto, l'ipotesi accusatoria formulata dall'Autorità garante non potrà essere censurata in sede contenziosa laddove risulti rispettosa del canone della congruenza narrativa, che si articola in due fondamentali passaggi: l'acquisizione di informazioni congrue rispetto alle contestazioni formulate nei confronti delle imprese (corroboration); la verifica dell'esistenza o meno di valide ipotesi alternative rispetto alla ricostruzione dell'intesa illecita (cumulative redundancy) (33).

In altre parole, il compendio probatorio acquisito dall'AGCM sarà considerato idoneo a sorreggere l'accusa di un'infrazione anticoncorrenziale qualora sia l'unico a giustificare, sul piano fattuale, e rende coerenti, sul piano logico, gli elementi raccolti durante l'iter procedurale oppure sia, comunque, nettamente preferibile rispetto ad ogni altra ipotesi alternativa astrattamente esistente (34).

Da quanto rilevato pare emergere come i provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità garante all'esito dell'istruttoria siano sovente il risultato di indagini significativamente complesse e sviluppate sulla base di prove indirette.

Nel corso del procedimento, infatti, la posizione delle imprese sospettate risulta particolarmente delicata. Basti pensare, ad esempio, che una volta che l'Autorità sia riuscita a dimostrare la mera partecipazione delle imprese sospettate a riunioni comuni o a conversazioni riguardanti le reciproche strategie commerciali, spetterà ai soggetti accusati fornire la prova, tutt'altro che semplice, che i comportamenti tenuti non avevano intenti anticoncorrenziali (35).

Dalle superiori considerazioni si ricava, inoltre, la delicatezza del compito affidato al giudice incaricato di sindacare le modalità di esercizio del potere da parte dell'Autorità amministrativa; compito sul quale sarà, quindi, necessario soffermarsi meglio per valutarne l'effettiva importanza, indicarne i limiti all'interno del vigente sistema ordinamentale e apprezzarne i punti di eventuale frizione rispetto ai surrichiamati principi della Convenzione europea.

4. Dopo aver ripercorso i tratti salienti della disciplina generale e gli approdi giurisprudenziali più importanti, occorre adesso passare ad analizzare una questione centrale ai fini della presente indagine.

Invero, il problema dell'individuazione di una soddisfacente linea di confine fra attività riservata alle Autorità amministrative indipendenti e sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati da queste ultime ha impegnato per lungo tempo gli sforzi della dottrina (36). La riflessione scientifica, in particolare, ha messo in evidenza come il nostro legislatore, introducendo in Italia il modello organizzativo delle Authorities già esistente in altri ordinamenti, abbia affidato loro poteri di carattere tecnico-discrezionale (37).

Di questi “organismi collegiali di alta qualificazione” (38), infatti, è stata sottolineata la complessità tecnica delle indagini loro affidate, che spesso implicano l'adesione a teorie o leggi economiche di più o meno larga accettazione, nonché il ricorso a massime di esperienza. Da qui la previsione normativa che prescrive una particolare preparazione specialistica dei suoi componenti (39).

Stante la singolarità del ruolo attribuito dall'ordinamento alle predette Autorità, ci si è chiesti, dunque, quali siano l'intensità e i limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori emessi da queste. Con riferimento all'AGCM, in particolare, la giurisprudenza amministrativa è giunta ad affermare che, di fronte ad una decisione dell'Autorità garante, la tutela giurisdizionale apprestata nei confronti del destinatario non potesse limitarsi ad un controllo meramente estrinseco dei fatti e degli aspetti tecnici sottesi alla decisione stessa (40), ma dovesse consentire al giudice un sindacato di tipo intrinseco, che implica la cognizione diretta dei fatti oggetto dell'indagine e la valutazione del corretto uso delle regole e delle conoscenze tecniche della scienza specialistica applicata dall'amministrazione. Infatti, se è pacificamente riconosciuto che il compito dell'organo giudicante non è quello di esercitare direttamente il potere attribuito dalla legge all'Autorità antitrust, il rispetto del principio di effettività della tutela, che deve trovare applicazione anche in tale ambito, esige un sindacato giurisdizionale esteso ai fatti e alle valutazioni discrezionali (41). Tale orientamento generale va, tuttavia, ricalibrato in relazione a due particolari ipotesi. In primo luogo, infatti, il giudice può sostituirsi nell'esercizio del potere sanzionatorio spettante all'AGCM per quanto concerne la determinazione dell'entità delle sanzioni pecuniarie irrogate, dato che, sotto questo profilo, la sua cognizione si estende al merito (42). In secondo luogo, ove nell'ambito del procedimento di accertamento dell'infrazione antitrust l'Autorità abbia effettuato valutazioni tecniche complesse che presentano margini di opinabilità, l'organo decidente non può comunque far prevalere le proprie autonome (e altrettanto opinabili) considerazioni sugli apprezzamenti tecnici effettuati in sede procedimentale (43).

Proprio quest'ultima ipotesi merita di essere approfondita. In essa, infatti, il giudice si ritrova in presenza di concetti giuridici indeterminati, definiti dall'autorità amministrativa nell'esercizio delle sue speciali competenze attribuite dalla legge. In tali casi, ebbene, l'organo giudicante, dopo aver valutato che i fatti oggetto di indagine risultino immuni da travisamenti e vizi logici, e dopo aver verificato che le disposizioni giuridiche che vengono in rilievo nella fattispecie concreta siano state correttamente individuate, interpretate e applicate, deve limitarsi ad accertare se la decisione cui sia giunta l'Autorità al termine della fase procedimentale sia ragionevole, proporzionata e attendibile (44).

I suddetti principi sono stati ripresi, di recente, anche dalla suprema Corte di cassazione, la quale ha precisato che, nei confronti di provvedimenti emessi da autorità amministrative, il giudice amministrativo “non può esercitare un controllo c.d. di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile un controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza” (45). Pare, dunque, che in relazione a valutazioni e apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di soggettività, il controllo del giudice non possa estendersi al di là della verifica della sussistenza delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, potendo essere assimilato, quanto ai limiti di estensione, al controllo tradizionalmente esercitato sulle scelte puramente discrezionali dell'amministrazione.

Con il nuovo d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3 gli arresti giurisprudenziali sopra riportati risultano pienamente confermati, sintomo di una chiara presa di posizione da parte del legislatore nei confronti della cornice giurisprudenziale preesistente.

Come si è detto, ai sensi dell'art. 7 della novella normativa, il sindacato del giudice del ricorso non può estendersi ai profili tecnici che presentano “un oggettivo margine di opinabilità”. Per comprendere la portata di tale soluzione, occorre, tuttavia, precisare quali valutazioni tecniche possano essere fatte rientrare tra quelle cui si riferisce il testo legislativo. All'interno della suddetta categoria, in particolare, sembrano riconducibili le valutazioni che riguardano quei concetti giuridici indeterminati quali, ad esempio, le intese anticoncorrenziali per effetto e la definizione del mercato rilevante (46).

Quanto al primo concetto, occorre rimarcare, infatti, che, ai fini dell'accertamento di tale tipologia di intesa, è necessario dimostrare che un dato comportamento economico posto in essere dalle imprese di un mercato, seppur di per sé lecito, è,

anche solo potenzialmente, in grado di produrre effetti concretamente distorsivi dell'equilibrio concorrenziale. Effetti che, peraltro, devono essere apprezzabili sul piano strettamente economico, e non su quello meramente giuridico.

In questo senso, emerge la necessità di effettuare una valutazione tecnica circa la possibile ricaduta economica, all'interno del mercato individuato, della condotta adottata dagli operatori del settore. Dal che ne deriva, di conseguenza, l'elevato grado di opinabilità della valutazione rimessa all'Autorità garante, data la difficoltà di esprimere un giudizio prognostico in merito all'eventualità che un comportamento oggettivamente lecito possa produrre, in concreto, un'alterazione del libero confronto competitivo.

Per quanto attiene, invece, al concetto di mercato rilevante (47), va sottolineato come anche l'individuazione di quest'ultimo richieda lo svolgimento di una delicata operazione ricostruttiva, volta a delimitare l'ambito merceologico e geografico rispetto al quale l'intesa può restringere o falsare la concorrenza.

Al contrario di quanto avviene con riferimento ai casi di abuso di posizione dominante e di concentrazioni (48), nel caso delle intese l'attività di delimitazione in questione deve essere effettuata attraverso un'attenta analisi delle specifiche condotte degli operatori economici sospettati di infrangere la normativa antitrust. Infatti, secondo un orientamento pretorio ormai consolidato, l'estensione del mercato rilevante non può che essere ricavata dall'esame dell'estensione del coordinamento attuato dalle imprese in determinato contesto economico, dato che solo alla luce di tale valutazione contingente appare possibile apprezzare l'estensione dell'area di mercato che i partecipanti all'intesa volevano, e ritenevano possibile, ripartirsi in concreto (49).

La definizione del mercato, in sintesi, presuppone, dapprima, un accertamento della complessiva situazione fattuale; a questa segue, poi, un tentativo di adattare le regole economiche che identificano il mercato ai fatti accertati. Un'operazione che giustifica quel fenomeno chiamato in giurisprudenza "contestualizzazione" delle norme al caso concreto, e che si presta, a causa della logica fattuale ivi sottesa, ad evidenti apprezzamenti soggettivi di segno opposto (50).

Infatti, in apparente distonia con quanto precisato dall'art. 2, comma 2, l. n. 287/90, che si riferisce espressamente a "mercato nazionale" o "una sua parte rilevante", è stato sostenuto che anche una porzione ristretta del territorio nazionale, quale una

specifica gara pubblica, può essere considerata mercato rilevante, ove in questa abbia luogo l'incontro tra domanda ed offerta in condizione di autonomia rispetto ad altri ambiti contigui (51).

Sembra emergere, quindi, anche in tale ipotesi, l'opinabilità dell'attività di ricostruzione spettante all'AGCM, che si giustifica in ragione dell'indeterminatezza del concetto giuridico in questione (52).

5. Dalla analisi proposta risulta possibile trarre alcune importanti considerazioni in merito all'assetto del nostro sistema di tutela giurisdizionale in tema di illeciti antitrust.

Come si è cercato di dimostrare, infatti, il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato incontra alcune rilevanti limitazioni.

Tale conclusione pare sostanzialmente legata al tradizionale tipo di processo amministrativo adottato nel nostro ordinamento, il quale mantiene ancora l'impostazione di un giudizio di carattere impugnatorio, che consente al giudice di esaminare la legittimità del provvedimento impugnato e non di esercitare in via sostitutiva il potere attribuito all'amministrazione pubblica (se non, come noto, nell'ambito delle circoscritte ipotesi di giurisdizione estesa al merito).

In altri termini, costituisce espressione di una precisa scelta di politica legislativa la decisione di evitare un controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche complesse che, seppur decisive per la soluzione della controversia in un senso o in un altro, non possono essere saldamente ancorate a parametri oggettivi, ma rivestono carattere di soggettività.

Limitazioni che ormai hanno acquistato valore normativo alla luce del nuovo art. 7, d. lg. n. 3/2017, più volte richiamato.

Ebbene, come si è detto nei precedenti paragrafi, dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo si ricava, invece, che, qualora la parte destinataria di un provvedimento amministrativo sanzionatorio non abbia potuto godere delle peculiari garanzie di tutela fissate dall'art. 6 della Convenzione, il giudice incaricato di sindacare la legittimità della misura sanzionatoria debba essere dotato di poteri di full jurisdiction. E dunque, del potere di riformare qualsiasi punto, in fatto e in diritto, della decisione amministrativa impugnata.

Diviene allora importante chiedersi se la delineata posizione di chiusura mostrata dal legislatore italiano verso la realizzazione di una 'giurisdizione piena', così come intesa dalla Corte europea, sia comunque giustificata dalla sussistenza, già in sede procedimentale, di quelle garanzie di partecipazione e di difesa prescritte dallo stesso art. 6 della Convenzione (53).

Per rispondere all'interrogativo, è necessario richiamare brevemente i passaggi fondamentali che caratterizzano l'iter procedurale condotto dall'AGCM per l'accertamento di illeciti anticoncorrenziali, disciplinato dal "Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'AGCM" (d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217).

A tal proposito, va notato che la fase procedimentale è sostanzialmente affidata agli uffici istruttori, che agiscono sotto il coordinamento e la direzione del Segretario Generale (art. 11, comma 5, l. n. 287/90). Gli uffici, in particolare, al fine di acquisire elementi utili ai fini dell'istruttoria, possono disporre ispezioni e perizie, consultare esperti, condurre analisi statistiche ed economiche, richiedere informazioni e documenti (artt. 9, 10, 11 del regolamento). L'atto conclusivo delle indagini, che prende il nome di Comunicazione delle risultanze istruttorie (di seguito, C.R.I.), è sottoscritto dal Segretario e comunicato tempestivamente alle parti, prima di passare per l'esame del Collegio. In tal modo, gli operatori economici accusati di un'infrazione antitrust hanno l'opportunità di conoscere ed, eventualmente, replicare in relazione agli accertamenti e alle contestazioni che li riguardano; e ciò può avvenire sia in forma scritta (tramite il deposito di memorie), sia in forma orale (art. 14, commi 4 e 5 del regolamento). Le parti, inoltre, possono chiedere di essere sentite in un'audizione pubblica davanti al Collegio, al fine di suffragare, davanti all'organo decidente, le proprie tesi difensive (54).

Anche in relazione alla delineata dimensione procedurale è possibile rilevare alcuni profili di incompatibilità rispetto ai canoni del giusto processo.

Innanzitutto, sotto il profilo dell'imparzialità e della terzietà dell'organo giudicante, sembrano emergere alcuni dubbi di piena corrispondenza alle garanzie convenzionali con riferimento all'effettiva separazione tra uffici istruttori e Collegio decidente.

Questi ultimi, difatti, seppur organi formalmente distinti, sono inseriti all'interno di un contesto connotato da sostanziale unitarietà organizzativa. Ciò si ricava, in particolare, dall'esame dei seguenti elementi: l'avvio dell'istruttoria è deliberata dal Collegio sulla base delle proposte formulate dagli uffici istruttori (art. 6, comma 1 del regolamento); è il Collegio a decidere in merito alle scelte organizzative interne di maggior rilievo; la stessa C.R.I. è sottoposta al giudizio di non manifesta infondatezza da parte del Collegio prima di essere inviata alle parti (art. 14, comma 1, del

regolamento); il Collegio, inoltre, è periodicamente informato dagli uffici istruttori circa l'andamento degli accertamenti (art. 8, comma 3, del regolamento, nonché art. 21, comma 1, della delibera AGCM 24 maggio 2017, n. 26614 sull'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità). Risulta agevole rilevare che nel procedimento antitrust non sia presente una reale distinzione tra organo di accusa e organo decisorio, dato che il primo, sebbene funzionalmente diverso dal primo, non è ad esso pariordinato, ma appare, piuttosto, chiamato a svolgere un ruolo ausiliario e preparatorio rispetto alla attività di competenza del Collegio (55). Un ulteriore profilo di contrasto sembra riguardare anche l'inadeguata attuazione del principio del contraddittorio endoprocedimentale. In merito, la violazione degli standard prescritti dall'art. 6 CEDU è apprezzabile, in particolare, per la limitazione del diritto di accesso documentale delle parti. Difatti, non è possibile l'ostensione delle note, delle proposte e di ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di provvedimenti successivi (art. 13, comma 5, del regolamento). Tale preclusione, invero, incide direttamente sul diritto di difesa delle imprese accusate. Infatti, per quest'ultime può essere importante conoscere il modo in cui un elemento probatorio è stato acquisito ed è stato valutato dagli uffici istruttori, senza dover rinviare l'acquisizione del materiale raccolto al momento della C.R.I. (56). In tal senso, il diritto ad un procedimento in contraddittorio postulerebbe il dovere di tempestiva messa a disposizione di tutti gli atti e documenti rilevanti per la decisione del Collegio (57). Dal quadro complessivo sopra delineato si evidenzia, dunque, come anche l'iter procedimentale curato dall'AGCM in materia di illeciti antitrust presenti chiare difformità rispetto alle indicazioni formulate dalla Corte europea circa le garanzie minime che devono essere assicurate all'interno di un procedimento sanzionatorio.

Appare opportuno evidenziare, inoltre, che il panorama attuale, con tutte le criticità sopra evidenziate, sembra destinato a mutare ancora, e in peius, a seguito della nuova proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 marzo 2017 (c.d. ECN +), volta a conferire alle autorità antitrust nazionali più incisivi e omogenei poteri di enforcement delle norme a tutela della concorrenza (58).

La proposta in questione, che si articola in 10 capi e 34 articoli, affronta, tra gli altri, anche il tema dei poteri istruttori delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (ANC).

In particolare, per quanto qui interessa, occorre segnalare l'intenzione della direttiva di assegnare alle ANC (artt. 6-8 del capo IV) il potere di svolgere attività investigative anche sui supporti digitali degli operatori economici (quali tablet, telefoni, computer),

nonché di effettuare accertamenti in luoghi diversi dai locali dell'impresa, compreso il domicilio degli amministratori, dei direttori e dei suoi altri dipendenti (59). Inoltre, nel caso in cui le imprese sospettate oppongano resistenza alle attività di indagine, è previsto che l'Autorità possa ottenere l'assistenza necessaria per l'esecuzione dell'accertamento, anche ricorrendo alla forza pubblica.

Non sembra inopportuno auspicare, pertanto, che l'introduzione delle predette soluzioni all'interno del sistema normativo venga coniugata con la previsione di adeguate garanzie procedurali e processuali, alla luce delle evidenti ripercussioni che l'incremento dei poteri di indagine e di accertamento delle ANC avrà sui diritti di libertà personale, di domicilio e di corrispondenza delle imprese, protetti sia a livello costituzionale sia a livello europeo.

6. Alla luce delle riflessioni sopra condotte sembra possibile rimarcare il fatto che l'attuale sistema nazionale di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti dell'AGCM non pare affatto compatibile con gli orientamenti maturati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di giusto processo.

Come si è detto, la Corte europea dei Diritti dell'uomo, pur accettando ipotesi di violazione delle garanzie convenzionali derivanti dall'art. 6 della Convenzione nel corso della fase procedimentale, pretende, tuttavia, che l'ordinamento nazionale assicuri, in via correttiva, la possibilità di instaurare una successiva fase di piena giurisdizione. Momento in cui, in particolare, l'organo giurisdizionale investito della questione deve avere la potestà di sindacare in ogni punto il provvedimento amministrativo sanzionatorio (60).

Si è dimostrato, tuttavia, che, nel nostro ordinamento, sia all'interno della procedura sanzionatoria sia all'interno della successiva fase processuale sono presenti chiari elementi di difformità rispetto agli standard garantistici che connotano il modello convenzionale.

A margine della superiore analisi siano consentite tre brevi considerazioni.

In primo luogo, va chiarito che la full jurisdiction rappresenta solo una possibile occasione di 'sanatoria' sostanziale dei deficit difensivi precedentemente sofferti dal soggetto sanzionato; occasione che, infatti, può (e deve) scaturire solo se la parte interessata abbia richiesto al giudice, con apposita domanda processuale, di esercitare un controllo pieno ed effettivo della vicenda concreta che lo riguarda.

Ne deriva che se le istanze di tutela del ricorrente possono essere pienamente soddisfatte attraverso un sindacato (non esteso al merito ma) di mera legittimità,

giamai il controllo giurisdizionale potrà essere ritenuto deficitario sotto il profilo dell'effettività della protezione giuridica apprestata al richiedente.

Qualora, invece, dovessero essere censurate le valutazioni tecniche complesse effettuate dall'Autorità garante nel corso dell'istruttoria, il giudice amministrativo chiamato a dirimere la controversia dovrebbe, in un sistema nazionale allineato alle prescrizioni derivanti dalla CEDU, estendere il proprio sindacato di merito anche su tali profili, e non riservarlo solo alle contestazioni che attengono al quantum della sanzione. Invero, la necessità di implementare un sindacato (più) equo o giusto si avverte adesso con maggiore impellenza alla luce delle modifiche legislative introdotte dal citato d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3. Se, infatti, l'accertamento di una violazione antitrust non può più essere contestato (in quanto vincolante) dal giudice ordinario chiamato a risarcire il danno subito da un concorrente a causa dell'illecito anticoncorrenziale, l'intensità dei poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo adito ai fini dell'annullamento del provvedimento sanzionatorio torna ad essere una questione di assoluta centralità. E ciò al fine di evitare un sostanziale deficit di tutela giurisdizionale nei confronti degli operatori economici destinatari della misura sanzionatoria. Soggetti che, prima della novella normativa, potevano spiegare le proprie difese in merito alla contestata infrazione davanti ad un'autorità giudiziaria (quella ordinaria) in grado di esercitare un sindacato pieno sulla controversia (61). Merita di essere, infine, ricordato che l'accertamento di un antitrust infringement può ben determinare, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, un significativo danno reputazionale a carico del soggetto giudicato colpevole. Con tutte le conseguenze che da ciò derivano per quest'ultimo all'interno del contesto istituzionale ed economico in cui egli è operante, a prescindere dal ruolo effettivamente svolto all'interno della dinamica collusiva. Anche in considerazione delle notevoli ripercussioni economiche e professionali che discendono dalla formulazione di un giudizio di responsabilità per violazione del diritto della concorrenza, risulta chiaro come in subiecta materia il momento del controllo giudiziale si caratterizza per la sua particolare delicatezza e complessità.

Non resta che notare, pertanto, come l'estensione della sfera cognitiva e decisoria dell'organo decidente, oltre ad essere necessaria alla luce degli illustrati obblighi convenzionali gravanti sul nostro ordinamento, sarebbe una scelta coerente rispetto all'esigenza di bilanciare l'attuazione di una incisiva politica di contrasto alle intese e la salvaguardia della posizione giuridica degli operatori economici coinvolti, più o meno fondatamente, negli articolati procedimenti avviati dall'Autorità garante.

Abstract: L'articolo affronta alcune rilevanti questioni riguardanti il tema dell'adeguamento del vigente sistema di tutela giurisdizionale rispetto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'art. 6 della Cedu. In primo luogo, vengono analizzati i principi sanciti dalla Corte in ordine alla natura giuridica e all'applicazione delle sanzioni amministrative; in secondo luogo, viene evidenziato come il giudice amministrativo esercita il suo sindacato nei confronti delle predette sanzioni, con particolare riferimento agli illeciti antitrust. Infine, si traggono le conclusioni in merito alla compatibilità dell'attuale quadro normativo nazionale rispetto agli orientamenti formulati dalla Corte europea in materia di giusto processo.

Parole chiave: Concorrenza - Sanzioni amministrative - Natura sanzionatoria - Giusto processo - Sanzioni amministrative – Garanzie di difesa – Sindacato del giudice amministrativo.

Abstract: The sunset of the full jurisdiction for the antitrust infringements. The Italian closure to the principles dictated by the European Court of Human Rights on administrative sanctions and due process. The case of anticompetitive agreements.

The article deals with some relevant questions concerning the theme of the adaption of the current system of judicial protection with respect to the jurisprudence of the European Court of Human Rights on article 6 of ECHR. Firstly, the principles established by the Court on the legal nature and application of administrative sanctions are analyzed; secondly, it is highlighted how the administrative judge exercises his control over the aforementioned sanctions, with particular reference to the antitrust violations. Finally, conclusions are drawn regarding the compatibility of the current national legal framework with respect to the guidelines formulated by the European Court about due process.

Keywords: Competition - Administrative sanctions – Due process – Sanctions nature - Administrative sanctions - Guarantees of defense – Review of administrative judgment.