

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 2020 • ANNO VIII

EDITORI

Mario Covelli
Mariangela Covelli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE**DIRETTORE RESPONSABILE**

Clelia Iasevoli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.

DIRETTORE SCIENTIFICO:

Sergio Moccia

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio do Prado Amaral (San Paolo),
Raul Cervini (Montevideo),
Javier De Luca (Buenos Aires),
Maria José Jimenez Diaz (Granada),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE

Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,
Maria de Luzenberger, Francesco Forzati,
Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,
Carlo Longobardo, Valentina Masarone,
Mariano Menna, Egle Pilla,
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo

CAPO DI REDAZIONE

Rossella Nicodemo

COMITATO DI REDAZIONE

Mario Afeltra,
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,
Fabiana Falato, Barbara Nacar,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais

COMITATO DI REVISIONE

Claudia Cesari, Glauco Giostra,
Luca Marafioti, Oliviero Mazza, Paolo Patrono,
Mauro Ronco, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Esposito

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012

ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312

Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

Diritto e Giustizia Minorile | *Rivista Trimestrale* 3/4/2020 **2**

INDICE

L'EDITORIALE

Ricordo di un Maestro

CLELIA IASEVOLI 5

L'OPINIONE

Meninos e adultos de rua. Un racconto marginale per studenti

ANTONIO CAVALIERE 7

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA 25

DIRITTO
PROCESSUALE

***Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio nell'evoluzione giurisprudenziale**

ANTONIA CAPRIO 26

La 'svalutazione' del contraddittorio nel cognitivismo processuale

CLELIA IASEVOLI 58

Ancora un *discrimen* tra messa alla prova per i maggiorenni e *probation* minorile Corte cost., sent. 6 luglio 2020 n. 139

FABRIZIA PAGLIONICO 71

L'ambito di attività dell'art. 578 *bis* c.p.p. nell'opera nomofilattica della Cassazione

ILARIA PICCOLO 87

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

GIUSTIZIA
MINORILE

Sentenza n. 40/2019, omicidio aggravato

PAOLA BRUNESE 105

L'EDITORIALE

Ricordo di un Maestro

CLELIA IASEVOLI

Se ne è andato Paolo de Lalla, giurista, filosofo della politica, scrittore, compositore. Se ne è andato nella solitudine metaforica di un viaggio notturno per mare. Era animato dal coraggio di espansioni nel vitreo inferno della conoscenza. Era sempre alla ricerca delle ragioni ‘sublunari’, come egli stesso le definiva, che in più profonda istanza avevano presieduto al viaggio. Era capace di sollecitare una connivenza del lettore intensamente, e temerariamente, problematica.

Nel capolavoro della *Logica delle prove penali* (1973), introdusse nella dottrina giuridica i procedimenti dello strutturalismo linguistico e della logica formale simbolica, nell’intento di costruire la premessa ad una trattazione organica delle strutture discorsive della prassi giuridica penale, in generale, e delle prove, in particolare. La pulsione che Egli cercò in qualche modo di soddisfare non si poneva, contrariamente alle apparenze sistematiche, come razionalizzatrice, ma come radicale. Era convinto che le scienze della prassi non potessero limitarsi a proporre puntuali soluzioni concrete, dovendo contribuire al recupero critico delle prassi specifiche nel cui ambito sono chiamate ad intervenire.

Usando le Sue parole «come a dire che all’uomo contemporaneo, e per ovvie ragioni storiche e culturali, non basta più sentirsi descrivere *variis causarum figuris* ciò che egli fa, ma di queste *figurae* della rappresentazione comincia a prospettarglisi come necessaria anche la comprensione del senso, ossia del perché egli fa ciò che fa». Con fermezza osservava che tale criticismo non fosse attingibile senza un vaglio preventivo del modo, ovvero dei metodi, dei modelli, che trovarono compimento nel Suo capolavoro, soltanto apparentemente, bipartito in un’analisi dei metodi, e dei loro specifici *apriori*, ed un’indagine contenutistica: una latente conflittualità espositiva, che confidava in un registro emotivo assai più profondo nella speranza che l’indubbio travaglio non suscitasse l’indifferenza di sempre. Più tardi definì traumatico il Suo incontro con il problema della specialità penale militare (*Saggio. Sulla specialità penale militare*, 1990) avvenuto mentre era immerso in tutt’altro ordine di analisi e, precisamente, nell’elaborazione di una teoria circa il fondamento ontologico-giuridico dello Stato in generale e dello Stato occidentale in eventuale: un ennesimo tentativo di riformulare un significato credibile della legittimità politica.

Riteneva che, come nelle arti, occorre disporre compiutamente della tecnica per poterla davvero piegare al proprio ‘estro’, così nel diritto occorre ‘bersi’ davvero «fino alla feccia tutto il calice’ della legalità per porsi, adeguatamente, qualunque relativa scelta di legittimità».

I molteplici interessi, i variegati scritti, l’incessante ricerca dei frammenti di Assoluto nella musica sono stati l’esistenza di Paolo de Lalla, ma anche la Sua più grande lezione: una smisurata, irrefrenabile passione per la conoscenza.

Grazie Professore!

L'OPINIONE

Meninos e adultos de rua.

Un racconto marginale per studenti

ANTONIO CAVALIERE

In una tarda mattinata primaverile del 2002, camminando in pieno centro di São Paulo, P. e il suo Maestro quasi inciamparono in quei cartoni, stesi sul marciapiede fino ad ostruire il passaggio. Abbassarono lo sguardo e videro tre bambini mulatti che dormivano a terra, in canottiera e pantaloncini corti. All'inizio P. non capì che ci facessero lì e si domandò scioccamente perché non fossero a scuola, visto che era un giorno feriale; certo, strano marinare la scuola per dormire mezzi nudi per terra.

Nei giorni successivi P. - che all'epoca aveva trentacinque anni, ma ancora un volto da ragazzo di buona famiglia - vide altri bambini seduti anch'essi a terra sui marciapiedi, le spalle appoggiate al muro; se ne stavano lì a piedi nudi e sporchi e lo guardavano con atteggiamento imbronciato. Si ricordò dell'espressione *meninos de rua*, bambini di strada, di cui aveva letto nei giornali del suo Paese. Qualcuno diceva che a volte rubavano, ma lui questo non lo vide; quello che tutti sapevano, invece, è che ogni tanto la polizia setacciava i quartieri e ne incarcerava a decine, o addirittura li falciava senza pietà e senza ragione come fossero gramigna, a colpi di mitra. Una testimonianza al riguardo la troveremo più avanti.

In effetti, qualcosa lo aveva già turbato quando, la sera prima, i colleghi professori, molto affettuosi e ospitali, lo avevano portato alla cena di benvenuto in un bel ristorante in cima a un grattacielo del centro e, facendo il giro della terrazza esterna, aveva abbracciato con lo sguardo l'impressionante panorama della megalopoli. Al centro centinaia di palazzoni grigi; più in là si intravedevano tetti e terrazze di case in stile coloniale; ancora oltre, tutt'intorno e a perdita d'occhio, un enorme agglomerato di un indistinto grigio-marrone, che P. sapeva - perché ci era passato venendo dall'aeroporto - essere fatto di misere baracche di cartoni, laterizi e lamiere, tutte come ancora inzuppate dall'ultima pioggia, che sembravano star lì per cadere da un momento all'altro, al primo soffio di vento o *temblor*, tremore di terra.

Anni dopo, P. tornò in quella città da solo, per un altro convegno. L'ospitalità era sempre squisita e aveva abbastanza tempo libero per andare in giro, anche se lo avevano fortemente sconsigliato di farlo perché era pericoloso. Camminando, l'impressione era che al chiuso, in centro, si potesse stare anche bene. C'erano negozi di abbigliamento, ristoranti più o meno eleganti, baretto alla moda. Ma P. non voleva comprare vestiti e non poteva mangiare o bere sempre. Quindi, se non restava in albergo a leggere, passeggiava nel grigiore, imbattendosi con insolita frequenza in qualche mendicante. Una volta visitato un paio di piccoli centri di interesse culturale e rilevato che in zona non c'era un parco decente per respirare nel verde, ebbe l'impressione - ma forse era solo una sua certa spocchia europea, oppure era male informato - che l'unica distrazione a portata di mano nelle vicinanze, in quell'ammasso di cemento, fosse il centro shopping multipiano. Entrando, il suo udito fu devastato dal frastuono dell'audio in *dolby surround* di un videogioco di mostri proiettato su un grosso schermo televisivo, che attraeva qualche ragazzino di classe media, di quelli che a quattordici anni, in ogni parte del mondo informatizzato, hanno già virtualmente ammazzato per gioco migliaia

di nemici brutti, sporchi e cattivi. Tornò altre due volte in quel maxistore, sempre più di malavoglia, per comprare qualche cd di musica brasiliana¹. Pensò: in questa città, se non hai soldi, non puoi fare proprio niente.

Negli anni, altri ospitali colleghi lo invitarono pure a Città del Messico e a Rio do Janeiro. La prima assomigliava a São Paulo, soprattutto per la baraccopoli, ma gli sembrò molto interessante per alcuni aspetti storici e culturali. All'arrivo lo avevano subito ammonito che andare a piedi per strada era pericoloso, e di non prendere la metro o l'autobus o il taxi, perché «no es que te roban, es que te matan»: praticamente lo avevano consigliato di restare tutto il tempo chiuso in albergo, quando non era impegnato all'Università. Ma, dal momento che si trattava di rimanere un paio di settimane, decise di non ascoltare quei preoccupati consigli e girò molto a piedi e – raramente – in taxi, senza mai avere alcun problema. Comunque, in tutte e tre le megalopoli, passeggiando, tre cose ricorrenti lo avevano colpito: i prezzi a rate esposti nei negozi, anche per comprare una semplice camicia; le guardie pubbliche e private col mitra ferme dappertutto, pure davanti ai supermercati; e le grate divisorie nei negozi di tabaccai e giornalai, per proteggere da furti e aggressioni. Forse fu fortunato, perché in tante settimane di soggiorno non assistette mai a nulla di tutto ciò.

Comunque, le grate erano ben misere protezioni. Quando fu invitato a cena dai suoi amici in quartieri residenziali di Città del Messico o di Rio, arrivando in taxi vide ben altro: alte mura di cinta e, in cima, grovigli di filo spinato; qua e là, sempre su in alto, qualche gabbiotto occupato da una guardia armata. Dentro si respirava un'atmosfera agiata, nel giardino chiuso dal muro alto oltre tre metri. Ma P., che non era abituato, si sentiva un po' sotto assedio e pensava: preferirei mille volte uno stipendio e una casa modesti in una città a misura d'uomo che una vita agiata da privilegiato, ma barricato qui, oppure fosse anche in una delle lussuose ville che s'immaginano dietro le mura e i cancelli più solidi e presidiati in questo quartiere.

All'epoca, P. pensava che il grigiore, la miseria, la diseguaglianza e i muri che aveva notato fossero solo roba da terzo mondo; e, pur rimanendogli un piccolo fondo di tristezza, si sentiva fortunato e al sicuro ogni volta che atterrava in Europa. Del resto, aveva letto e sentito tante volte della diseguaglianza, della miseria e dei senzatetto nelle metropoli degli Stati Uniti². Per qualche anno dei '90 aveva soggiornato lungamente a München, città europea modello per decoro urbano, servizi pubblici e in particolare sociali efficienti, ampia offerta culturale e ricreativa, con tanto verde pubblico. In centro si percepiva diffusamente un tenore di vita elevato e anche il lusso dei più abbienti. Però, pure lì, in una realtà urbana agli antipodi delle megalopoli latinoamericane, qualcosa lo aveva disturbato. Qualcosa di allontanato, per lo più, dalle eleganti e pulite vie del centro, oppure nascosto sotto le coperte in certe intercapedini delle stazioni, sotto i portici o dietro certi fabbricati, nelle notti gelide d'inverno. Alla stazione della metro vicino casa sua, alle 8.30 del mattino, c'erano diversi barboni già ubriachi. Mentre P. aspettava il treno seduto su una delle panchine alle fermate dei mezzi pubblici, specie negli orari di minore affollamento vedeva spesso qualche anziano signore dal tratto solo un po' dimesso che, con fare indifferente, si avvicinava al cestino dei rifiuti, scostava un foglio di giornale o una buccia di banana, rovistava in qualche bustina di carta e ne tirava fuori un pezzo di pane o di *croissant* avanzato; oppure raccattava la cicca di sigaretta lì sotto, per terra. Ed era Monaco di Baviera. All'ingresso della fermata dell'Università, quasi tutti giorni, in quegli anni '90, un timido

¹ In uno di quei cd c'era una canzone che ha a che vedere con il racconto; va letta ed ascoltata dopo, alla fine del testo.

² Tra le tante, una ruggente testimonianza l'aveva trovata in un'altra canzone, anch'essa da leggere e ascoltare dopo.

ragazzo alcol- o tossicodipendente si avvicinava un po' barcollante ai passanti per chiedere l'elemosina; dieci anni dopo, tornato in città, P. se lo vide venire incontro, tutto ripulito e sobrio, per offrirgli in cambio di pochi spiccioli "*Biss. Die Obdachlosen-Zeitung*" ("Boccone. Il giornale dei senzatetto"). Insomma, anche lì la miseria dei *Lumpenproletarier* (proletari degli stracci), certo infinitamente di meno, ma c'era, sebbene per lo più si nascondesse. Anzi, a P. sembrò che fosse aumentata; comunque, a quell'epoca gli pareva che i senzatetto fossero ancora pochi, più o meno tanto pochi quanti ne incontrava nella sua città in Campania.

Ne vide di più a Lisbona, nei primi anni Duemila. Al convegno universitario sul pensiero di Foucault un Professore, davanti ad una folla adorante di centinaia di studenti, parlava di impero e disse di non credere alla democrazia, che definì un cadavere al quale si potevano ormai solo gettare dei fiori. A P. parve che non avesse ragione, anche se non aveva del tutto torto; poi, tornando a casa del caro amico tedesco che lo ospitava, fu impressionato dalle decine di mendicanti che aveva incontrato, e pensò con rabbia a quel discorso, perché se quegli studenti, invece di gettare fiori al cadavere, si fossero organizzati proprio in un'opposizione democratica, forse avrebbero potuto lottare contro povertà e disuguaglianze e contribuire a cambiare quel Paese. Cosa che lì in parte avvenne, in seguito.

A Parigi, d'altronde, P. c'era stato solo una volta tanti anni prima. Ma sui giornali ogni tanto si parlava della miseria delle *banlieues*³, di violenze e rivolte; in occasione dell'ultima che ricordava, il Presidente aveva chiamato alla repressione della "*canaille*". Poi cominciò a vedere pure in Italia sempre più senzatetto per le strade. Si notavano soprattutto d'inverno. Ogni tanto, sul giornale, magari in disparte in un trafiletto, c'era la notizia di uno di loro morto di freddo. Oppure, più in evidenza, la notizia di un *clochard* morto bruciato o ammazzato di botte - in Padania, ma non solo - da qualche fascistello in cerca di adrenalina, magari di buona famiglia.

E poi ancora un senzatetto morto di freddo, stavolta in una piccola città della Campania, la sua regione. Qualche mese più tardi un altro, proprio nella sua città.

In quegli stessi giorni lesse un'altra notizia locale: un'associazione laica di ex liceali che si era appena formata raccoglieva coperte, per darle ai senzatetto. Pochi giorni dopo, la notizia era che la polizia municipale sequestrava quelle coperte ai senzatetto, per asserite "ragioni di igiene"; era forse inizio dicembre e fuori, di notte, c'erano già più o meno cinque gradi.

Del resto, sapeva come la pensava il sindaco. Sì, perché una notte, mentre beveva del vino al tavolino del baretto in piazza, aveva sentito delle urla provenienti dalla piazza accanto: il sindaco in persona e due vigili erano andati a svegliare un senzatetto che dormiva per terra tra cenci e cartoni sotto i portici, lo avevano stratonato e il primo cittadino gli aveva gridato a squarciagola «Te ne devi andare da qui, hai capito»? Era lo stesso sindaco che qualche tempo prima aveva urlato le stesse parole ad una prostituta straniera sporgendosi dal finestrino posteriore dell'auto della polizia municipale, e per tutta risposta si era beccato un sonoro ceffone in faccia. A quell'epoca furono introdotte le ordinanze sindacali che prevedevano 500 euro di multa anche per i *clochard* colti a dormire per strada o nei giardini pubblici. C'erano già stati i primi "pacchetti sicurezza", ma doveva ancora arrivare il "daspo" urbano.

³ Anni dopo ne lesse in un libro, di cui si dirà più avanti.

Quando, seduto sul comodo divano del soggiorno, lesse sul quotidiano locale dell'ennesimo senzatetto morto in città, decise di informarsi su cosa si facesse in proposito e riuscì a contattare quel suo coetaneo, D., che aveva organizzato la raccolta di coperte. E così lui una sera lo portò a fare un giro in auto con il suo gruppo di volontari, per fargli vedere cosa succedeva 'in proposito', tutte le notti, nella città in cui P. da sempre viveva. D. e i suoi compagni avrebbero distribuito coperte, cibo e tè caldo, come avevano cominciato a fare da qualche tempo.

La prima fermata del giro con tre auto era una stazione ferroviaria periferica. Erano passate le nove di sera, faceva freddo e pioveva. D. entrò da solo nella stazione coperta e si incamminò sulla banchina verso il buio. P. lo seguì curioso e un po' interdetto, perché il buio si infittiva, fino a quando vide a malapena un esteso cumulo di coperte, informe e scuro, vicino al muro, sulla banchina opposta. Gli sembrò che proprio dal cumulo di coperte fossero usciti quei due topi, che ora correvano in direzioni diverse. D. si avvicinò e provò a chiamare a bassa voce - per non disturbarlo, se dormiva - un nome slavo. Nel cumulo si mosse qualcosa e P. vide sollevarsi una testa che disse qualcosa in italiano a D., il quale attraversò i binari e si avvicinò al cumulo, e dopo un po' di conversazione disse a P. che si potevano portare quattro porzioni di cibo e tè. Nell'oscurità si alzarono a sedere altri due busti. P. andò a prendere le porzioni dalle volontarie del gruppo e attraversò i binari con le prime due buste e due bicchieri di tè caldo, guardando bene di non imbattersi in qualche topo; vide tre giovani malconci e, vicino al muro, una busta di quel vino scadente da un euro. Il quarto dormiva; uno dei senzatetto chiese di lasciare la porzione per l'amico addormentato su quel muretto, ben chiusa, perché non se la mangiassero i topi. A P., che già non credeva ai suoi occhi, venne un moto di nausea. Però, forse, ciò che lo lasciò più scioccato era il fatto che qualcuno dormiva di notte per terra, al gelo, in mezzo ai topi, riscaldato solo da sozze coperte di lana, affamato e stordito dal vino, in una stazione che si trovava a soli tre minuti a piedi da casa sua, e lui non ne sapeva niente.

Usciti dalla stazione, D. prese due porzioni e le andò a portare con altri due volontari in un vicolo, dove bussò al vetro della finestrella di un sottoscala buio accanto ad un portone. Al portone venne un signore che ringraziò e prese le buste, lamentandosi perché la società dell'energia elettrica il mese precedente aveva tagliato la corrente in quel monolocale sottoscala.

Ripresero le auto e fecero un'altra fermata. Davanti ad una grande chiesa chiusa, di quelle con le aule per il catechismo e il campetto sportivo, nell'ampio spazio sopra le gradinate stavano seduti a terra otto rom, tra cui due ragazzine adolescenti accovacciate al riparo tra i muretti di una rampa per disabili. D. li conosceva tutti e loro gli chiedevano medicine, indumenti e informazioni, per esempio su come contattare un marito detenuto. P., ancora a distanza di tempo, continuò a chiedersi perché il parroco non aprisse per loro qualcuna delle aule a disposizione all'interno.

Davanti al portone illuminato dell'Inail fecero la terza breve sosta. Da solo, sui cartoni e sotto una coperta troppo leggera, dormiva un prestante uomo dell'Est; a giudicare dal volto arso e raggrinzito e dalle mani gonfie, corrugate ed indurite sembrava un cinquantenne, ma in realtà ne avrà avuti trenta. Era arrabbiato, perché un signore che aveva il posto auto nel garage accanto al portone lo aveva accusato di aver fatto pipì davanti al cancello del garage e lo aveva minacciato di chiamare i carabinieri; ma lui non era un animale e non si sarebbe mai permesso, disse a D. Risalendo in auto, P. si chiese dove potesse fare pipì o altro un senzatetto di notte in centro.

Quarta fermata: periferia, una traversa buia. P., esitante, segue l'auto di D.; in fondo alla traversa c'è una stradina dissestata, che secondo un cartello porta ad un ufficio comunale. L'ufficio è

piuttosto fatiscante. L'unica luce la fanno i fari, che poco più avanti, nel piazzale accanto all'ingresso dell'ufficio, illuminano resti di materiale da costruzione scaricati da qualche camion e alcuni stracci di vecchi indumenti. In fondo, si intravede un muro di contenimento che dà su quella specie di piccola discarica abusiva; nel muro c'è un gradone; e su quel gradone c'è una coperta; e sotto la coperta c'è una coppia di ragazzi campani. Chissà come faceva a saperlo D., che usa la torcia del cellulare per vedere dove mette i piedi, mentre si avvicina a quei due.

Quinta fermata, il Grand Hotel. In un anfratto del palazzone, dove il muro forma tre lati di un quadrato, il quarto lato - quello aperto, che dà sul Corso dove scorrono veloci le macchine - è stato chiuso da uno spesso cartone sistemato in verticale, alto quasi un metro. Dietro il cartone dorme una coppia di rumeni anziani e molto malmessi. Lei è sveglia sotto le coperte. Parla con D. di medicine per il marito, che ha un problema cardiocircolatorio. Sere dopo, qualcuno li caccerà da lì.

Poco più avanti, sotto i portici di un palazzo del centro, davanti ad un negozio illuminato, altre tre o quattro coperte. D. spiega a P. che a volte i senzatetto cercano posti centrali e illuminati per dormire al sicuro da eventuali aggressioni, più probabili in luoghi appartati. Si alza a sedere il signor Mimmo, chiamiamolo così; un sessantenne campano cacciato da casa dalla comare; hanno litigato perché lei non vuole che la sera beva più di un bicchiere di Aglianico, ma se lei fa quella bella pasta al forno, lui vuole tutta la bottiglia, e quindi ora dorme lì da qualche settimana.

Sesta fermata; quattro italiani sotto altri portici, sui cartoni. Uno di loro ci si è fatto uno scatolone per dormire più al caldo. Chiamiamolo Gennaro, uno smunto e ingobbito pensionato men che settantenne, che cerca di sistemarsi muovendosi con l'aiuto di una stampella. Non vuol mangiare stasera perché sta male con lo stomaco; ogni tanto gli capita, è stato operato anni fa e non si è mai ripreso. Un altro, diciamo Pasquale, chiede a D. se sa di qualche ristorante che cerca un pizzaiolo: nelle ultime estati ha fatto quel lavoro durante il periodo turistico, ma ora non trova niente. Il suo amico, invece, diciamo Giovanni, è finito per strada dopo la separazione dalla moglie; ripete, a quanto pare per l'ennesima volta, la sua storia, perdendo spesso il filo, animandosi e guardando con occhi stralunati. D. conversa con loro, fumando ed offrendo sigarette. Invece le signore del gruppo stanno per lo più un po' a distanza; quelle che, come P., sono lì per la prima volta hanno osservato per tutta la sera tra lo stupito, l'accurato e talora il diffidente e, ogni tanto, mentre guardavano, parlavano tra loro a voce bassa.

Poco più in là siede quasi a terra, sul gradino di una vetrina, una senzatetto anziana, minuta e tutta raggrinzita, dai bellissimi occhi verde smeraldo, vestita di cenci neri e col capo coperto da un cappuccio; il gruppo sa già che non accetta mai cibo. Pare che abbia un disturbo mentale; non parla mai con nessuno, se ne sta muta e solo ogni tanto sibila tra sé parole d'ira incomprensibili. A., una volontaria, si avvicina cautamente per porgerle almeno del tè e anche P. prova ad avvicinarsi, mantenendosi a circa un metro di distanza. La senzatetto lo fissa muta ed immobile per secondi interminabili, in un modo che a P. sembra sempre più cattivo; ma forse è solo una proiezione. Ad ogni modo P. si sente come ipnotizzato da quello sguardo che lentamente, ma inesorabilmente, gli scava dentro e gli sembra come incenerirlo. In vita sua non ha mai visto tanta rabbia, o forse solo immenso dolore, in uno sguardo. Deve sottrarsi ed arretrare.

Prossima fermata: stazione centrale. In due angoli della piazza, senzatetto tra le coperte. Nell'ingresso, ai lati dello scalone che porta ai binari, altre due coperte. P. assiste alla distribuzione

di cibo, tè e parole. Quelle di D. sono all'inizio bonariamente scherzose verso coloro che già conosce; poi, all'occorrenza, miti e serie.

Un maghrebino si apparta a parlare con D.; vuole tornare nella comunità per tossicodipendenti da cui è scappato. Alcuni senz'altro sono ubriachi. Del resto, da soli, all'addiaccio, al gelo, è un modo per riscaldarsi; come quel buon *vin brulé* a Monaco, ai mercatini di Natale... Ma qui si tratta di restare tutta la notte stesi a terra per strada a zero gradi, e di annegare la propria solitudine di reietti della città; ubriacarsi è il minimo, ma è anche l'unico illusorio rimedio a portata di mano. Una signora – non è stata la prima, quella sera, a fare questa domanda – chiede a D. dove può fare una doccia. Sono tre giorni che se la vuol fare, si sente sporca e ripete che puzza, puzza e non vuole più puzzare! In effetti non ci sono docce pubbliche in città, neppure alla stazione.

Quando il giro fu finito, D. e gli altri si salutarono. P. ringraziò per aver potuto condividere per una sera quell'esperienza scioccante e proprio per questo formativa. D. gli rispose che se voleva poteva continuare. Non si trattava di fare gli angeli o gli eroi, ma di dare un minimo di conforto a quelle persone; e, in fondo, aggiunse D., per un bisogno quasi più nostro che loro, perché, come ha scritto qualcuno, chi vive *per* qualcosa, vive *di* quel qualcosa. P. parve titubante e si trincerò dietro una frase interlocutoria che aveva a che fare con una certa mancanza di tempo; però presero appuntamento perché lui potesse vedere la piccola mensa per poveri che quel gruppo allestiva la domenica, quando le altre mense della città erano chiuse.

Al rientro, aprendo la porta di casa, P. sentì il tepore dell'interno e il profumo di parmigiana di melanzane, di quei profumi che si sentono già salendo per le scale e sanno anche dell'amore di chi ha cucinato. Fece una doccia e si addormentò sotto il piumone, a tre minuti dalla stazione ferroviaria periferica. Il giorno dopo, ripensò a quel che aveva visto e cercò, un po' per deformazione professionale, di inquadrare i vari casi. Più o meno per metà quei senz'altro erano stranieri, africani oppure dell'Est europeo, per lo più comunitari. Tra gli italiani, c'erano quelli che avevano perso un lavoro precario; e alcuni anziani che avevano una pensione, ma non potevano pagarci un tetto, se volevano mangiare. Uno era separato, quello che non sembrava molto lucido. Altri avevano dipendenze e qualcuno problemi psichici; alcuni parevano soffrire di entrambi.

Domenica alcuni volontari del gruppo coordinato da D. passarono da un dormitorio, prima di andare alla mensa. Dunque c'erano, i dormitori. Sì, ma i posti erano pochi. Quella sera il gruppo portò del cibo in due di essi, entrambi di proprietà di religiosi. In uno avrebbero dormito, in un solo stanzone, ventidue persone in undici letti a castello, tra i quali si poteva appena passare. L'altro era in pieno centro ed aveva stanze semplici ma accoglienti, da due o quattro letti; però, stranamente, era quasi inutilizzato, e un intero piano era chiuso. Qui il gruppo non si sentì proprio accolto a braccia aperte dai custodi; successivamente, per quanto ne venne a sapere P., ci furono dissapori e il gruppo non ci andò più. Forse non avevano più bisogno di cibo. C'era poi non si sapeva quale problema di cui i religiosi e il Comune discutevano, forse questioni di convenzioni e relativi canoni, condizioni d'uso degli spazi o altro; e tutto questo, ogni anno, rimandava o limitava l'apertura del dormitorio. Comunque, quasi tutti i dormitori aprivano solo nei mesi più freddi; a fine marzo taluni chiudevano, a quanto pare perché i posti letto servivano per il turismo religioso.

Col tempo, divenne evidente che ogni anno si doveva aspettare il grande freddo e una specie di perenne dichiarazione stagionale d'emergenza perché il Comune si attivasse - sempre in ritardo e ogni volta col pericolo che ci scappasse il morto - per trovare dei ripari, che si trattasse di aprire le

stazioni della metro, di predisporre tende o di finanziare l'apertura di dormitori per lo più convenzionati. Ogni anno, verso dicembre, l'assessore alle politiche sociali assicurava pubblicamente circa la sistemazione provvisoria di una parte dei senzatetto. Una parte, non tutti. Relativamente a Napoli, P. lesse di circa 2000 senzatetto e circa 500 posti nei dormitori. Insomma, da aprile a novembre, un senzatetto esposto al freddo e alla pioggia, oppure accampato in mezzo ai topi nelle notti d'estate, per quanto potesse essere malato o sofferente e comunque abbandonato, non interessava quasi a nessuno. Di superare la logica dell'emergenza e dare una casa a chi non l'aveva non se ne parlava.

La testimonianza più eloquente del successo delle politiche sociali erano le decine, centinaia, e persino migliaia di senzatetto, secondo le dimensioni delle città. E nelle cittadine costiere della Campania d'inverno non faceva poi questo freddo polare... ma in occasione di quel convegno di novembre a Torino, in quel gioiellino elegante e monumentale del centro storico, rientrando in albergo di notte, P. ne aveva visti parecchi, di senzatetto, accucciati sotto i portici a zero gradi; vergognosamente troppi per una città piuttosto agiata. E quell'altra volta a Milano, nella capitale economica di uno dei Paesi ricchi del mondo, proprio di fronte a quel ristorante sfizioso in pieno centro, aveva visto addirittura file di piccole tende di senzatetto sull'ampio marciapiede.

Il suo Comune campano non aveva i soldi per un dormitorio pubblico. Non avrebbe avuto i soldi neppure per creare qualcosa di simile a dei gruppi appartamento per persone senza fissa dimora. Chissà se questo si poteva collegare, in qualche modo, all'abolizione dell'imposta comunale sulle prime case. Ormai da diversi anni, P. non doveva più pagarla, e forse neppure D., ipotizzando che la sua casa fosse di proprietà; certo, loro erano due figli di famiglie della piccola borghesia non particolarmente abbienti, ma pur sempre al riparo dal diffuso e crescente rischio di proletarianizzazione della classe media; ad ogni buon conto, probabilmente entrambi avevano una casa di proprietà e non dovevano pagare alcuna imposta. Ma a P. pareva cosa grave che non dovessero pagare un euro neppure i benestanti degli attici più lussuosi o degli appartamenti di 200 mq vista mare, o i residenti delle belle case ristrutturate del centro storico, o i proprietari delle ville dei quartieri residenziali. E le casse del Comune da qualche anno erano vuote. Eppure P. aveva letto la Costituzione, e all'art.53 aveva trovato che «Tutti sono tenuti a contribuire alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività». Quindi, si chiedeva se la proprietà di una casa facesse parte della capacità contributiva e se, per avventura, quell'articolo che aveva letto non significasse anche e proprio questo: che chi ha una casa deve contribuire alle spese pubbliche per aiutare chi non ce l'ha o addirittura dorme per strada.

Per la verità, sui giornali P., ad ogni emergenza freddo per i senzatetto, aveva pure letto che, in realtà, nei dormitori molti non ci volevano andare. Quindi, quella domenica, uscendo dal secondo dormitorio, chiese a D. se era vero.

D. – con la ritrosia che già l'altra volta aveva mostrato, lui che quelle situazioni le conosceva abbastanza, nel rispondere alle curiose domande da inesperto di P. – disse che in parte era così. Però, aggiunse, va tenuto presente che a volte il rifiuto dipende da problemi psichici, altre da problemi relazionali tra senzatetto di provenienze diverse, che possono sfociare in aggressioni, per cui è meglio starsene da soli; altre volte da problemi con i custodi, anche perché ci sono norme da rispettare, ad esempio se sei ubriaco o molesto non entri; e comunque un dormitorio non è una casa, e quindi qualcuno preferisce dormire per strada. Inoltre, nei dormitori non si entra ed esce a proprio

piacimento, ma secondo un orario: e se sei un senzatetto, ma di giorno lavori e, poniamo, alle sei di mattina devi stare a disposizione del datore di lavoro o del caporale, oppure devi lavorare fino a notte fonda per pochi soldi nella cucina di un locale, non puoi andare lì a dormire.

Quest'ultima frase lasciò P. di sasso. Non ci aveva pensato. Quindi una parte di quegli stranieri, per esempio quei rumeni della stazione periferica o quello prestante che dormiva da solo sui cartoni davanti all'Inail; oppure, ad esempio, quegli altri quattro che dormivano in pieno centro in un negozio in ristrutturazione, le cui mura anteriori erano state abbattute, nascosti al freddo buio dietro le grate metalliche di protezione del cantiere; ed altri ancora... ecco, tutti quei senzatetto stranieri di giorno lavoravano, in nero, specie nei campi o nell'edilizia. Oppure avevano qualche lavoretto stagionale o occasionale, come scrostare e riverniciare gli scafi delle barche dei ricchi al porto. Impiegati o, peggio, sfruttati di giorno e lasciati a dormire per strada di notte...

Ecco perché, quando aveva saputo di quella donazione per la spesa solidale pubblicizzata come offerta dall'associazione degli imprenditori delle industrie conserviere agroalimentari, P., pur apprezzando, aveva provato una certa amarezza. Poi andarono alla mensa domenicale dell'associazione, ospitata nei locali per il catechismo di una chiesa. La rete di volontari, coordinata lì da una bella signora alacre e silenziosa, preparava il cibo, che veniva distribuito ai tavoli da altri volontari. Anche alla mensa, oltre metà erano italiani, non tutti senzatetto. C'erano pure le badanti, che la domenica avevano il giorno libero e la cena pure. E poi donne ed uomini dell'Est europeo, del grande Maghreb o dell'Africa subsahariana. L'atmosfera era tranquilla, ma ogni tanto diventava tesa, magari anche per futili motivi - ad esempio se qualche pietanza non era abbastanza calda o arrivava troppo in ritardo o qualcuno dei camerieri non era gentile come sempre o diceva una parola di troppo -; e negli utenti coglievi improvvisamente sguardi, anche verso i volontari, pieni della rabbia e dell'odio di chi è stato umiliato, giorno dopo giorno, non da te ma dalla tua gente⁴. Quella sera ci fu pure un principio di rissa. Un alterco tra rumeni ed ucraini, uno tra un povero maghrebino e il povero Gennaro, l'ultrasessantenne con la gruccia e il cronico mal di stomaco; P. lo vide tremare tutto a lungo e non mangiare più un boccone, chiuso per un'ora in silenzio, con gli occhi lucidi. D. disse a P. che ogni tanto degli screzi capitavano, ma si spegneva tutto in minacce e borbottii a voce sempre più bassa.

P. non trovò più il tempo per seguire quel gruppo. Passarono i mesi e gli anni. Ma quello che aveva visto in quelle due serate gli era rimasto impresso, e quando andava in stazione guardava verso angoli a quali prima non avrebbe mai fatto caso. E così, quando arrivò l'operazione "strade sicure", notò che, invece delle coperte, in quell'angolo della piazza c'era la camionetta militare. Faceva una certa impressione vedere in pieno centro cittadino quell'immagine un po' grottesca della camionetta con i militari ragazzini alle prime armi, col mitra pendente a tracolla come se fosse un'innocua borsa della scuola, e con l'aria annoiata. D'altra parte, i senzatetto in quell'angolo non si vedevano più, ma di certo non avevano vinto alla lotteria, né qualcuno si era curato di accoglierli o addirittura di reinserirli in società; si erano solo spostati, diventando meno visibili. Poi arrivarono i pacchetti sicurezza, fu reintrodotta l'inutile e classista reato di "accattonaggio molesto" e fu esteso il "daspo" urbano, ossia il divieto, per mendicanti, ambulanti e abusivi vari, di essere d'ingombro nelle stazioni o in altre zone 'selezionate' del centro cittadino; e quindi i senzatetto si spostarono ulteriormente e

⁴ Fu lì che P. si ricordò di quella canzone tremenda, *Jenny dei pirati*, da leggere e ascoltare dopo, alla fine del testo.

divennero ancora più invisibili, ma non del tutto, perché avevano il difetto di esistere e di voler mettere in imbarazzo le persone più o meno abbienti, almeno per qualche secondo.

Poi arrivò la pandemia. I dormitori chiusero per il pericolo di contagi, le mense pure. Qualche tempo dopo, nella città di P. fu allestita una tendostruttura; ma molti senz'altro, specie quelli che di giorno riuscivano ancora a lavorare, non ci andavano, perché la regola, volta a prevenire la diffusione del contagio, era che una volta entrati non si potesse più uscire e rientrare. D. e il suo gruppo organizzarono una mensa da asporto e una distribuzione di pacchi alimentari. Ed allora le file si ingrossarono di badanti rimaste senza lavoro e quindi senza cibo; si videro, ad esempio, tante famiglie cingalesi spuntate da non si sa dove.

Un pomeriggio, P. andò alla mensa per rendersi conto della situazione. La fila in attesa al freddo, quella sera, era molto lunga. Davanti all'ingresso della sala mensa, chiusa al pubblico per il pericolo di contagio, era stato sistemato un banchetto, che fungeva sia da possibile appoggio che da distanziatore tra volontari e utenti. A consegnare le buste da asporto con il cibo caldo chiuso in contenitori di alluminio, preparate in cucina, c'erano due giovani volontari, un ragazzo e una ragazza. Quest'ultima era lì la prima volta e, quando guardò negli occhi il primo senz'altro della fila e gli passò la busta, P. la vide sorridere e arrossire contenta nel compiere quel gesto. P. assistette un po' alle consegne e alla fine chiese notizie a D., che fumando una sigaretta di fine serata gli raccontò che il periodo, ovviamente, era particolarmente difficile per i senz'altro, ma che almeno alcuni di loro negli ultimi tempi avevano trovato una casa, grazie al reddito di cittadinanza o di emergenza o alla pensione di cittadinanza.

Mesi dopo glielo confermò Gennaro, l'anziano con la stampella: s'incontrarono per caso e presero l'autobus insieme. L'anziano sembrava più in salute e un po' meno smunto, e raccontò a P. che aveva trovato casa ad un prezzo sostenibile in un paesino; P. gli disse che lo trovava molto meglio e Gennaro, sorridendo tutto contento, gli disse: «Eh, ma guarda, con il letto e una cucina cambia tutto!». Eh sì, pensava P. seduto nell'autobus, basterebbe dare un letto e una cucina a tutti... Gli venne in mente la sua brava professoressa di Storia e Filosofia del liceo, quella che durante un'ora di educazione civica negli anni '80 gli aveva chiesto quali articoli della Costituzione fossero stati effettivamente attuati. Lui aveva esitato un attimo, arrossendo⁵; e allora la professoressa gli aveva fatto un'altra domanda: «Per esempio, è attuato il diritto alla casa?».

Però in molti casi non bastava una casa. P. non ne sapeva abbastanza, ma gli sembrava che, per i senz'altro che avevano disturbi psichici o dipendenze, occorressero servizi socio-sanitari di salute mentale sul territorio, che partecipassero ad unità di strada - qua e là ne esistevano, almeno sulla carta - andando nei luoghi del disagio ed offrendo aiuto; aveva letto di servizi simili offerti in alcuni Paesi europei. Per gli stranieri che lavoravano da precari in nero, forse si potevano prevedere o potenziare misure di emersione dal sommerso ed offrire assistenza socio-sanitaria e legale, abbattendo anche certe barriere normative che li respingevano fuori, lasciandoli soli. Uno strumento previsto dalla legge, di cui aveva sentito parlare, era la residenza virtuale, attuata in diversi comuni: registrando il senz'altro come soggiornante in una certa strada, se ne consentiva l'iscrizione

⁵ Di solito andava benino a scuola, e del resto era un ragazzo fortunato: la madre gli aveva insegnato a leggere ben prima di mandarlo alle elementari, così che in prima leggeva meglio dei bambini di seconda. Una specie di "Pierino del dottore", avrebbe detto L. MILANI, *Lettera a una professoressa* (1967), Firenze 2017. In argomento, v. alla fine del racconto il testo di E.R. ZAFFARONI.

all'anagrafe, senza la quale non si poteva accedere a prestazioni sanitarie che non fossero solo di pronto soccorso, né a prestazioni previdenziali, e addirittura neppure alla carta d'identità. Però pare che la residenza virtuale non venisse riconosciuta, ad esempio, a chi avesse precedenti penali: in tal caso perdeva il diritto alla salute e finanche alla (carta di) identità!

Insomma, P. era convinto che la questione delle persone senza fissa dimora non fosse solo abitativa, ma richiedesse interventi pubblici strutturali, da stato sociale di diritto, che abbracciassero ed integrassero fra loro diversi strumenti di inclusione. Il resto era una ammirevole e salvifica supplezza, resa necessaria dalla situazione drammatica e dall'assenza di quegli interventi strutturali; ma, malgrado i lodevoli sforzi profusi e i preziosi risultati, era pur sempre un rimedio di carattere contingente ed insufficiente a soddisfare i bisogni fondamentali di così tante persone. In effetti, per molti, soprattutto ma non solo stranieri, purtroppo continuava a non andare bene come a Gennaro. Erano arrivati un altro inverno e un'altra emergenza freddo.

Per strada, rientrando a casa in macchina di notte, P. vedeva ancora tanta gente stessa per terra all'addiaccio, sotto i portici del centro e alla stazione, tra i cartoni e sotto vecchie coperte. E tanti altri non poteva vederli, perché dormivano sotto i ponti o in opifici abbandonati di periferia, lontani dagli sguardi, magari dai temuti controlli, ma anche da possibili aiuti; luoghi di cui si parlava solo quando si veniva a sapere che vi era morta qualche persona, fino ad allora invisibile.

(Continua con l'appendice alla pagina seguente)

Loïc WACQUANT, *I reietti della città*, Pisa 2016 (tit.orig. *Urban Outcasts*, 2008), pp.258-259, sulla scorta di un'analisi differenziata dei ghetti nelle metropoli statunitensi e delle *banlieues* operaie francesi, prospetta la possibilità «che le recenti sollevazioni del ghetto statunitense, delle *banlieues* operaie francesi, così come il deterioramento dei centri delle città e/o delle periferie urbane del Regno Unito, della Germania, del Belgio e dell'Italia, siano il presagio della cristallizzazione di un nuovo, ancora in fase iniziale, ma certamente *distinto regime di povertà urbana*, che si discosta sia dal ghetto tradizionale d'America che dallo “spazio operaio europeo” del lungo XX secolo. Visto da questo punto di vista, il “ritorno del rimosso”, il presentarsi di realtà di penuria economica e di miseria sociale, di divisione etno-razziale e di violenza pubblica, il loro cumularsi nelle medesime aree urbane in difficoltà, suggerisce che le città del Primo Mondo sono d'ora in poi di fronte a ciò che si può chiamare *marginalità avanzata*. Queste nuove forme di chiusura escludente che si traducono in una espulsione verso i margini e le fessure dello spazio sociale e fisico sono sorte - o si sono intensificate - nelle metropoli postfordiste, non a seguito di disallineamenti economici o arretratezza, ma, al contrario, come l'effetto delle irregolari, disarticolate mutazioni dei *settori più avanzati* delle economie occidentali, come ricaduta delle mutazioni sulle frazioni inferiori della classe operaia in ricomposizione e sulle categorie etniche subordinate, nonché sui territori da loro occupati nella città duale.

Col qualificativo “avanzato” si intende qui indicare che queste forme di marginalità non sono *dietro* di noi: non sono residui, ciclici o di transizione; e non vengono gradualmente riassorbite dalla espansione del “libero mercato”, vale a dire, da una ulteriore mercificazione della vita sociale, a partire da beni e servizi pubblici essenziali, o dalla azione dello stato sociale (protettiva o disciplinare). Piuttosto, esse si erigono *dinanzi* a noi: sono incise sull'orizzonte del divenire della società contemporanea.

È quindi urgente farne una diagnosi, per darci i mezzi necessari a elaborare nuovi percorsi di intervento pubblico, in grado di controllare o reindirizzare le forze strutturali che le generano, tra cui la polarizzazione della crescita economica e la frammentazione del lavoro salariato, la precarizzazione del rapporto di lavoro e l'autonomizzazione dell'economia di strada nelle aree urbane degradate, la disoccupazione di massa, che equivale alla deproletarizzazione a titolo definitivo per i segmenti più vulnerabili della classe operaia (in particolare giovani sprovvisti di capitale culturale istituzionalizzato), e, ultimo ma non meno importante, le politiche sociali statali di ridimensionamento e di abbandono urbano. Se non vengono messi in atto nuovi meccanismi di integrazione sociale e politica per reintegrare le popolazioni ammassate in questi territori della perdizione, ci si può attendere che la marginalità urbana continui ad aumentare e a diffondersi e, con essa, la violenza di strada, l'alienazione politica, la desertificazione organizzativa e l'informalizzazione dell'economia che affliggono in maniera crescente le ridotte della relegazione nelle metropoli della società avanzata».

A me pare che quello delle persone senza fissa dimora disseminate nei centri urbani sia un fenomeno estremo diverso, ma riconducibile, *mutatis mutandis*, allo stesso contesto di diagnosi e proposte.

(Continua alla pagina successiva)

Haiti

(testo di Caetano VELOSO, musica di Caetano VELOSO e Gilberto GIL, album “*Tropicalia*”, 1993; trad. a cura di A.C.)

(Stupenda registrazione dal vivo al *link*: <https://www.youtube.com/watch?v=QRsOUjgbvqs>)

Quando fosti invitato a salire dall’atrio della Fondazione Casa di Jorge Amado
per vedere dall’alto la fila di soldati, quasi tutti neri
che colpivano alla nuca i furfanti neri, i ladri mulatti
e altri quasi bianchi, trattati come neri,
solo per mostrare agli altri quasi neri - e sono quasi tutti neri -
com’è che sono trattati neri, poveri e mulatti
e quasi bianchi, quasi neri per quanto sono poveri...

E non importa che gli occhi del mondo intero possano essere per un momento rivolti verso il largo
dove gli schiavi venivano castigati,
e oggi un colpo, e ancora un colpo,
con la purezza di bambini in uniforme della scuola secondaria in giorno di parata...

E la grandezza epica di un popolo in formazione ci attrae, ci abbaglia e ci stimola...
Non importa nulla, né le tracce di ciò che è rimasto, né le telecamere di “Fantastico”⁶,
né il disco di Paul Simon:
nessuno, nessuno è cittadino.

Che tu sia stato a vedere la festa del Pelô⁷ o che non ci sia stato
Pensa ad Haiti, prega per Haiti; Haiti è qui, Haiti non è qui.

E se vedi in televisione un deputato in panico mal dissimulato
davanti a qualsiasi, ma proprio qualsiasi, qualsiasi piano di educazione
che sembri facile, che sembri facile e rapido,
e vada a rappresentare una minaccia di democratizzazione dell’istruzione primaria...
E se quello stesso deputato difende l’adozione della pena capitale
e il venerabile cardinale dice di vedere tanto spirito nel feto
e nessuno nel marginale...

⁶ Programma televisivo.

⁷ Festa popolare di Salvador de Bahia.

E se, allo scattare del segnale, il vecchio segnale rosso abituale
noti un uomo pisciare all'angolo della strada su un sacchetto lucido di spazzatura di Leblon⁸
e ascolti il silenzio sorridente di São Paulo davanti al massacro...⁹

Centoundici prigionieri inermi
ma i prigionieri sono quasi tutti neri, o quasi neri,
o quasi bianchi, quasi neri per quanto sono poveri.
E i poveri sono come putridi
E tutti sanno come si trattano i neri...

E quando andasti a fare un giro nei Caraibi
e a scopare senza preservativo
e a presentare la tua partecipazione intelligente all'embargo a Cuba...
Pensa ad Haiti, prega per Haiti; Haiti è qui, Haiti non è qui.

(Continua alla pagina successiva)

⁸ Quartiere elegante di Rio de Janeiro.

⁹ Il massacro avvenuto nel 1992 nel penitenziario Carandiru di Sao Paulo, in cui la polizia militare uccise 111 detenuti dopo una rivolta.

Cold water

(Tom WAITS - Kathleen BRENNAN; Album "*Mule variations*", 1999, trad. a cura di A.C.)

Link:

https://www.youtube.com/watch?v=NvUJtOWnCok&list=PLP0IenmeCOtxEHe7aE4vr4_DZNw9I_VWdn&index=6

Beh, questa mattina mi sono svegliato con l'acqua fredda,
con l'acqua fredda, con l'acqua fredda.

Questa mattina mi sono svegliato con l'acqua fredda,
con l'acqua fredda, con l'acqua fredda.

C'è polizia alla stazione e non hanno un aspetto amichevole,
non hanno un aspetto amichevole, non hanno un aspetto amichevole.
C'è polizia alla stazione e non hanno un aspetto amichevole,
non hanno un aspetto amichevole, non ce l'hanno.

Cieco o storpio, dolorante o intorpidito,
leggo la Bibbia con un bulbo da 40 watt.
A che prezzo la libertà... la sporcizia è il mio tappeto
ma dormo come un bambino, tra i serpenti e gli scarafaggi.

Beh, i negozi sono aperti, ma non ho soldi
Non ho soldi, non ho soldi
I negozi sono aperti, ma non ho soldi
Non ho soldi, non ne ho.

Ho trovato un vecchio cane e sembra che io gli piaccia,
sembra che gli piaccia, sembra che gli piaccia.
Ho trovato un vecchio cane e sembra che io gli piaccia,
sembra che gli piaccia, così sembra.

Ho visto quei compagni con le scritte sul cartone
racimolare qualche spicciolo per comprare una bottiglia di vino.
Donne incinte e veterani del Vietnam continuano
a mendicare in autostrada, per quanto sia duro.

Ho dormito nel cimitero, era freddo e silenzioso,
freddo e silenzioso, era freddo e silenzioso
Ho dormito nel cimitero,
era freddo e silenzioso, freddo e silenzioso, ed era freddo.

Ho dormito tutta la notte nel boschetto di cedri
sono nato per girovagare, nato per vagabondare
Certi uomini cercano il Sacro Graal
ma non c'è niente di più dolce che girare sui treni

Ho una faccia da quarantasettenne, ma ne ho ventiquattro.
Beh, mi hanno cacciato via di qui la volta scorsa
Poi hanno girato le spalle e hanno chiuso le loro porte
E ora guardo la TV nella vetrina di un negozio di arredamento
E mi sono svegliato questa mattina con l'acqua fredda, con l'acqua fredda, con l'acqua fredda...

Bertolt BRECHT, canzone di *Jenny dei pirati* (1927), in *L'opera da tre soldi*
(testo orig. tratto dall'ed. Einaudi 2002, trad. a cura di A.C.)

musica di Kurt WEILL

link consigliato: <https://www.youtube.com/watch?v=qAubworXArg>

1.

Signori miei, oggi mi vedete sciacquare bicchieri
E rifaccio il letto per tutti.
E mi date un penny, e io ringrazio velocemente
E vedete i miei stracci e questo albergo di stracci
E non sapete con chi parlate.
Ma una sera ci saranno delle urla dal porto
E la gente chiederà, che cosa sono queste urla?
E mi si vedrà sorridere tra i miei bicchieri
E ci si chiederà, cos'ha da sorridere?
E una nave con otto vele
E con cinquanta cannoni
Starà alla fonda davanti al molo.

2.

Mi dicono: va', sciacqua i tuoi bicchieri, bambina mia
E mi allungano un penny
E il penny viene preso
E il letto viene rifatto
Nessuno più dormirà qui questa notte
E non sapete ancora chi sono.
Ma una sera ci sarà un gran subbuglio giù al porto
E la gente si chiederà: che cos'è questo subbuglio?
E mi si vedrà in piedi dietro la finestra
E si dirà: che ha da sorridere in quel modo così perfido?
E la nave con cinquanta cannoni
Sparerà sulla città.

3.

Signori miei, allora probabilmente la smetterete di ridere
Perché i muri crolleranno
E la città sarà rasa al suolo
Solo un albergo di stracci sarà risparmiato da ogni colpo
E ci si chiederà: chi vive di così speciale lì dentro?
E in questa notte ci sarà un gran vociare intorno all'albergo
E ci si chiederà: perché l'albergo viene risparmiato?

E mi si vedrà uscire dalla porta verso il mattino
E si dirà: *lei* abitava lì?
E la nave con otto vele
E con cinquanta cannoni
Isserà la bandiera sull'albero.

4.

E verranno in cento verso mezzogiorno a terra
E avanzeranno nell'ombra
E preleveranno ciascuno da ogni porta
E lo incateneranno e lo porteranno davanti a me
E mi chiederanno: quale dobbiamo uccidere?
Ed in quel mezzogiorno vi sarà silenzio al porto
Mentre mi si chiede chi, dunque, deve morire.
Ed allora mi sentirete dire: Tutti!
E quando poi la testa cade, dirò: Oplà!
E la nave con otto vele
E con cinquanta cannoni
Scomparirà con me.

(Continua alla pagina successiva)

Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute* (1989), Napoli 1994, pp.165-166:

«Essere giudice o professore universitario in America Latina significa essere scampato a moltissimi rischi: essere nato (cioè, non essere stato abortito), essere stato alimentato adeguatamente, non aver avuto o aver superato le malattie infantili che causano *handicaps*, aver potuto alfabetizzarsi e, per di più, aver avuto accesso ai livelli d'istruzione medio e superiore, essere sfuggito alle minacce alla vita adulta rappresentate dalle calamità naturali, dalla violenza politica e da quella non politica, non essere “desaparecido”, ecc., ed un'altra infinità di fattori il cui complesso costituisce quel *miracolo* che pone chi lo ha vissuto in una situazione *estremamente privilegiata*.

Dalla posizione privilegiata che questo miracolo consente, è sufficiente guardarsi attorno per rendersi conto che sono molti, moltissimi di più, coloro i quali hanno visto frustrata la loro speranza di vita o coloro i quali, senza vederla frustrata, nonostante tutti i loro sforzi, non hanno potuto raggiungere tale posizione di privilegio.

Questa visione, che mostra brutalmente al “miracolato” il disprezzo per la vita umana praticato dall'esercizio di potere in cui egli si inquadra come operatore, crea un imperativo di coscienza ineludibile, un impegno verso tutti coloro che non poterono essere beneficiati dal miracolo, e neanche da una minima parte del medesimo [...]».



GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio nell'evoluzione giurisprudenziale

ANTONIA CAPRIO

ABSTRACT

This paper aims to analyse the critical points of ne bis in idem and double track of sanctions, with a particular focus on the evolving case-law in this field and the criteria of predictability, the sufficient temporal connection and the proportionality of the overall sanction response.

SOMMARIO: 1. Un nuovo caso di violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU. – 2. La locuzione “materia penale” tra Convenzione e Corte EDU: la sentenza *Engel*. – 3. Il *leading case* *Grande Stevens e altri c. Italia* e la “nuova” concezione di *idem factum*. – 3.1. La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. – 4. Il *revirement* della Grande Camera in materia di *ne bis in idem* e la sentenza *A. e B. contro Norvegia*. – 5. Considerazioni sui criteri individuati dalla sentenza *A. e B. contro Norvegia*. – 6. Conclusioni.

1. Nel 2020 la Corte di Strasburgo ritorna sul tema del *ne bis in idem*, questa volta in relazione ad una fattispecie diversa rispetto a quella degli abusi di mercato o dagli illeciti tributari.

Il 13 ottobre del 2004, il signor *Bajčić* è protagonista di un incidente stradale, dovuto al mancato rispetto del limite di velocità previsto dalla legge croata. Il 25 novembre dello stesso anno viene avviato nei suoi confronti un procedimento amministrativo che culmina con un provvedimento che riconosce il mancato rispetto da parte del signor *Bajčić* di alcune disposizioni previste dalla legge di sicurezza del traffico stradale¹: la mancata impugnazione di tale provvedimento fa sì che lo stesso passi in giudicato nel 2006, precisamente il 31 luglio. Nel 2005, la Procura croata, dopo aver interrogato il ricorrente ed altri testimoni, formula un'accusa nei confronti dello stesso ai sensi dell'art. 272² del codice penale croato per aver provocato un incidente stradale mortale. Il 21 marzo 2011 il Tribunale municipale di Rijeka condanna il ricorrente ad un anno e sei mesi di reclusione.

La sentenza di condanna viene confermata anche in secondo ed in terzo grado. Alquanto significativo è il rigetto costante, nei gradi successivi al primo, di qualsiasi tipo di doglianza inerente

¹ In modo particolare, rispetto a tale legge, erano tre le disposizioni ritenute violate: l'art. 53, relativo proprio al limite di velocità massimo; l'art. 176, poiché il signor *Bajčić* non si è fermato sul luogo dell'incidente né ha avvisato la stazione di polizia più vicina o aspettato l'arrivo di un soggetto autorizzato a compiere un'ispezione *in loco*; l'art. 239 poiché il signor *Bajčić* guidava un veicolo difettoso. Per questo motivo, il ricorrente viene multato per 700 kune croate (circa 95€) per aver superato il limite di velocità; 400 kune (circa 55€) per aver guidato un'auto difettosa; 3000 kune (circa 400€) per aver lasciato la scena senza prestare soccorso e/o informare la polizia.

² Secondo cui: «1. È punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, violando le norme di sicurezza stradale, metta in pericolo la circolazione in modo tale da provocare un incidente in cui un'altra persona subisca gravi lesioni personali o ingenti danni patrimoniali. 2. Se il reato di cui al paragrafo 1 del presente articolo è stato commesso in modo sconsiderato, l'autore è punito con una multa o con la reclusione fino a tre anni [...]. 4. Se il reato di cui al paragrafo 2 del seguente articolo determina la morte di una o più persone, l'autore è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

alla presunta violazione del principio del *ne bis in idem*. La questione perviene alla Corte EDU, che dichiara il ricorso ricevibile. Il ricorrente sosteneva di essere stato giudicato due volte, sia in sede amministrativa che penale, per lo stesso fatto. Più specificamente, si adduceva, da un lato, che l'evento morte fosse stato oggetto di giudizio anche nell'ambito del procedimento dinanzi al Tribunale per reati minori; dall'altro, la non prevedibilità della soggezione ad entrambi i procedimenti; la non proporzionalità della pena; la mancata sufficiente connessione temporale tra i due procedimenti.

Ma procediamo con ordine.

La violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU si configura qualora la sanzione amministrativa rientri in quella sfera di "materia penale" elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo a partire dalla nota sentenza *Engel*; ed è proprio questa la questione preliminare affrontata dai giudici di Strasburgo e risolta in senso positivo, cioè, con il riconoscimento del carattere sostanzialmente penale della sanzione amministrativa. Tuttavia, la Corte riconosce che solo la fattispecie di "eccesso di velocità" era stata oggetto di entrambi i procedimenti³, venendosi a configurare un'ipotesi di *bis in idem*⁴, qualora la stessa sia stata oggetto di contestazione anche in sede penale. Inoltre, richiamando le affermazioni di principio, contenute nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*, la Corte ribadisce che è certamente legittimo, all'interno dei singoli ordinamenti, scindere i procedimenti e dare vita ad un sistema c.d. misto, a patto che questo *modus operandi* non si configuri come sproporzionato e tale da arrecare un pregiudizio al ricorrente. Applicando questi criteri, i giudici di Strasburgo sono in grado di verificare se sussista o meno, nel caso di specie, una violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU. In particolare, rispetto al criterio della complementarità⁵, la Corte osserva come le due sanzioni abbiano avuto cura di perseguire due aspetti complementari della legge sulla sicurezza del traffico stradale: da un lato, riconoscere l'effettiva inosservanza ad opera del ricorrente della disposizione di legge che prescrive una velocità massima, scoraggiando, al contempo, tutti i consociati a non rispettare i limiti di velocità previsti; dall'altro, prevenire la morte di una persona.

I giudici rigettano la doglianza inerente all'imprevedibilità, con riferimento al momento in cui furono commessi i fatti, del doppio procedimento e della doppia pena: non potendo, infatti, il Tribunale per i reati minori perseguire anche fatti che avessero ad oggetto la morte di un soggetto (ed essendo, quest'ultimo, un evento relevantissimo per ogni ordinamento), il ricorrente avrebbe dovuto aspettarsi una sanzione anche e soprattutto di carattere penale. Rispetto all'integrazione probatoria nell'ambito dei due procedimenti, la Corte rileva come, di fatto, il Tribunale penale non solo aveva utilizzato alcune prove raccolte nell'ambito del procedimento amministrativo, ma aveva addirittura consultato interi fascicoli. La ricognizione dei giudici di Strasburgo ha esito positivo anche per quel che concerne la proporzionalità della pena complessivamente irrogata: infatti, a fronte della sanzione

³ Infatti, i reati minori di cui agli artt. 176 e 239 della legge sulla sicurezza stradale croata non erano stati oggetto anche del procedimento penale: rispetto a queste due questioni, la Corte afferma che non esaminerà alcuna questione ulteriore in merito poiché non sussiste, *ab origine*, una ipotesi di *bis in idem*.

⁴ Di fatto, nel caso di specie, la sovrapposizione fra i due procedimenti è solo parziale.

⁵ La complementarità può essere intesa come un criterio-guida nella individuazione delle finalità repressive che le due sanzioni mirano a perseguire. Da questo punto di vista, può sottolinearsi come tale criterio sia violato in tutte quelle situazioni in cui sanzione penale e sanzione amministrativa mirano a realizzare la stessa ed identica finalità, facendo sì che le due sanzioni siano, rispetto all'intento pratico e teleologico, pienamente sovrapponibili.

amministrativa precedentemente inflitta, il Tribunale penale aveva pronunciato una sentenza di condanna a solo un anno e sei mesi di reclusione⁶.

Quanto al criterio della sufficiente connessione temporale, la Corte afferma che, sebbene i due processi siano stati condotti parallelamente per soli quattordici mesi, tale criterio è stato ugualmente osservato poiché, ed è questo l'assunto cui perviene, è inevitabile che il procedimento penale sia destinato ad avere una durata più lunga rispetto a quello amministrativo: le lungaggini processuali, tipiche del sistema penale, sono dovute alle caratterizzazioni intrinseche di quest'ultimo. Ecco spiegato perché, sebbene il processo penale avesse avuto una durata di altri sei anni dal momento del passaggio in giudicato della sanzione amministrativa, si tratterebbe di un periodo che, dal punto di vista della Corte, non può *"to disconnect in time the minor-offence and the criminal proceedings"*, cioè non è tale da spezzare il vincolo cronologico che lega i due procedimenti. Alla luce di questa ricostruzione, e data la contemporanea sussistenza di tutti i criteri necessari ad evitare che possa configurarsi un'ipotesi di *bis in idem* secondo le indicazioni della *A. e B. contro Norvegia*, la Corte conclude affermando che non vi è stata una violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

2. L'analisi sui profili critici dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di *ne bis in idem* necessita di alcune premesse. L'applicazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU richiede, infatti, che sia chiarito, in via preliminare, se la fattispecie per cui si procede rientri o meno nell'ambito della "materia penale" come interpretata dai giudici di Strasburgo.

Nell'ambito della nota sentenza *Engel*, la Corte Europea ha elaborato una nozione autonoma di illecito e di sanzione penale che prescinde dall'aspetto nominalistico per conferire maggior peso alla sostanza. Solo ciò che può essere ricompreso nell'alveo della "materia penale" può davvero porsi al sicuro dal rischio di un nuovo processo, rispetto allo stesso fatto già giudicato e, come conseguenza immediata, dal rischio di subire una nuova sanzione.

L'espressione "materia penale"⁷ è stata definita come "concetto nomade"⁸ che non ha un posto fisso nel sistema costituzionale multilivello, ma che proprio da questa fitta rete di rapporti trae la propria linfa vitale. Se, infatti, in origine, talune garanzie erano riconosciute solo nell'ambito di una sanzione penale in senso stretto, oggi con l'espressione "materia penale" si fa riferimento anche a sanzioni non appartenenti alla sfera penale, almeno sul piano formale, ma ugualmente dotate di una lesività tale da essere equiparate, sul piano sostanziale, ad una sanzione penale a tutti gli effetti.

Questa interpretazione ampia del concetto si sviluppa a partire dalla nota sentenza *Engel*⁹; è in questa sede, infatti, che i giudici di Strasburgo hanno modo di delineare i c.d. criteri *Engel* che si basano, fondamentalmente, su tre pilastri: la qualificazione giuridica dell'illecito nell'ambito del territorio nazionale; la natura dell'illecito; l'effettivo grado di severità della sanzione irrogata. Il primo, a dire il vero, non è rilevante, in maniera significativa, per i giudici di Strasburgo ed il motivo

⁶ Sebbene il codice penale prevedesse, per tale tipologia di reato, un massimo edittale di cinque anni.

⁷ V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988, definisce l'espressione "materia penale" come «il volto di Medusa: una maschera amorfa e ambigua», stante l'effettiva proliferazione di interpretazioni, spesso anche contrastanti, che si avvicinano a tale espressione modificando ed alterandone, il più delle volte, la reale portata.

⁸ In questi termini si esprime, per esempio, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899.

⁹ Si fa riferimento alla nota sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, C-5100/71.

di tale “disinteresse” è di facile intuizione: il concetto di materia penale, in sede convenzionale, ha una portata autonoma rispetto alle singole implicazioni nazionali; pertanto non può dipendere dalla mera qualificazione assegnata dagli Stati alle varie sanzioni esistenti nei rispettivi ordinamenti.

Molto più significativi appaiono, invece, gli altri due canoni di orientamento; una posizione di rilievo merita il criterio che individua il punto di contatto tra le due diverse sanzioni nella severità delle stesse. Una sanzione, sebbene amministrativa, ben può risultare lesiva della sfera personale dell'individuo, dunque, della sua libertà, laddove risulti particolarmente severa.

È evidente che gli ordinamenti nazionali accolgono una nozione di pena in termini squisitamente giuridico-formali, laddove, invece, la Corte EDU ne ha elaborata una di natura propriamente sostanziale. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo vi è, pertanto, un'effettiva parificazione delle sanzioni amministrative a quelle penali; la conseguenza immediata di tale equiparazione emerge con estrema chiarezza nell'obbligo di osservare, in questi specifici contesti, le garanzie processuali previste dall'art. 6 CEDU.

La privazione di tali ultime garanzie, infatti, davanti ad una sanzione che nella sua sostanza è tale da essere equiparata ad una vera e propria sanzione di natura penale, contrasterebbe con lo scopo e con il contenuto di giustizia e tutela della persona racchiuso nell'art. 6 della Convenzione¹⁰. Nonostante la notorietà della sentenza *Engel* e la sua fama di “sentenza spartiacque”, è con il caso *Öztürk*¹¹ che si assiste ad una «autentica “svolta radicale”»¹². È vero che, in buona parte, la sentenza riprende le ideologie di fondo già dettate in sede *Engel*, ma un *quid pluris* è aggiunto al processo di identificazione di ciò che deve essere considerato come “penale”. Nel caso di specie, erano stati considerati come “sostanzialmente penali”, e quindi suscettibili dell'estensione delle garanzie convenzionali, alcuni illeciti stradali; pertanto, in questa sentenza, ciò che risulta essere davvero decisivo, ai fini della qualificazione di “materia penale”, è lo scopo della sanzione¹³.

L'elemento relativo alla “natura” della sanzione risulta essere, ad oggi, quello prevalente per l'individuazione della sanzione penale *stricto sensu*: detto altrimenti, è l'elemento punitivo ad avere la meglio; è la natura punitiva a far sì che vi possa essere una configurazione penale di sanzione¹⁴, a prescindere dal *nomen iuris* affidatole dall'ordinamento. È la sostanza a prevalere sulla forma, eliminando sul nascere qualsiasi tentativo di elusione da parte dei legislatori nazionali, teso a nascondere, dietro un nome, un'essenza che non gli appartiene. Si vuole, cioè, evitare una “truffa

¹⁰ Anzi, la delimitazione della “materia penale” è fondamentale proprio ai fini dell'estensione delle garanzie contenute negli artt. 6 e 7 CEDU: è chiaro che più si estende la nozione di materia penale e più il divieto di *bis in idem* sarà destinato ad operare in macroaree, nel senso che maggiore sarà l'ambito applicativo della garanzia stessa. Rilievi in tal senso sono svolti da G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 469.

¹¹ Corte EDU, 28 aprile 2004 – Ricorso n. 373/02 – causa *Öztürk*.

¹² È un'espressione di V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017.

¹³ M. COLACURCI, *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzione: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2016, 794, parla di valutazione di scopo della sanzione che la Corte «qualifica in termini di “dissuasione” e “repressione”, corrispondenti a un modello general e specialpreventivo». Detto altrimenti, la Corte ravvisa il punto di contatto tra le due diverse sanzioni nel «comune finalismo repressivo, e sulla base di questa considerazione impone il rispetto di un comune livello di garanzie».

¹⁴ L'argomento è ampiamente trattato da F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899.

delle etichette”¹⁵, con un approccio che va ben al di là del dato meramente formale, colpendo la questione nel suo nocciolo duro¹⁶.

Non basta l’individuazione della materia penale perché possa aversi *bis in idem*: la materia penale traccia semplicemente il perimetro di ciò che può concorrere a generare un effetto preclusivo, ma il divieto di doppio giudizio sorge solo nel momento in cui lo stesso soggetto viene sottoposto ad un nuovo giudizio per un fatto già giudicato irrevocabilmente. È allora il caso di occuparsi del concetto di *idem factum*, che pure ha subito le interpolazioni e le ingerenze della giurisprudenza convenzionale.

3. Se con le pronunce analizzate in precedenza la Corte EDU prova a dettare dei parametri di riferimento per l’individuazione della materia penale e, conseguentemente, dei casi di doppio binario sanzionatorio¹⁷, è con la sentenza *Grande Stevens*¹⁸ che vengono delineati con maggior precisione i requisiti in presenza dei quali si genera una violazione del doppio giudizio, pur essendo in presenza di provvedimenti formalmente diversi tra loro¹⁹.

Senza entrare nel merito della vicenda, che pure risulta molto coinvolgente ed interessante, occorre segnalare, in questa sede, immediatamente il *punctum dolens*: la Corte EDU lamenta l’incompatibilità della disciplina del doppio binario sanzionatorio vigente nell’ordinamento italiano con la tutela dei diritti fondamentali di natura sovranazionale, specie dopo le modifiche apportate dalla l. 62/2005 al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria²⁰. La modifica al t.u.f. è frutto dell’adeguamento, da parte del nostro ordinamento, alla direttiva 2003/6/CE,

¹⁵ L’espressione, anche se non è propria dell’Autore, è riportata da P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2018, 1073, il quale continua sottolineando come l’approccio della Corte, svincolandosi dai condizionamenti dovuti al *nomen iuris* delle singole sanzioni ed appannaggio della discrezionalità degli Stati membri, abbia optato per un approccio «sostanzialistico, ipergarantistico o, se si vuole, panpenalistico, che connota, da ormai più di quarant’anni, la sua giurisprudenza in materia».

¹⁶ Tra l’altro, di recente, la Corte ha mostrato un approccio forse troppo estensivo del concetto di “materia penale”, finendo, cioè, per ricomprendervi anche sanzioni amministrative di natura particolarmente “bagatellare”. Detto altrimenti, la Corte, seguendo un’impostazione che può essere definita a «“compasso allargato”», ha, a mero titolo esemplificativo, equiparato alla sanzione penale: una sanzione pecuniaria di natura fiscale di importo pari a 7.000 euro; una sanzione pecuniaria amministrativa per il disturbo della quiete pubblica; una sanzione amministrativa pecuniaria per violazione del codice della strada di soli 31 euro; e una sanzione pecuniaria di appena 3 euro». L’analisi è riportata da P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2018, 1073.

¹⁷ Di fatto, si suole spesso parlare di “rivoluzione copernicana” in materia di *ne bis in idem* con riferimento alla sentenza *Grande Stevens*. Questa tentazione di ravvisare l’origine di ogni cosa nell’ambito della suddetta sentenza, per quanto comprensibile, risulta, tuttavia, fuorviante. Questo rilievo è messo bene in evidenza da L. BARON, *Reati tributari e ne bis in idem: una prima declinazione interna del criterio della sufficiently close connection in substance and time*, in *Giur. comm.*, 2018, 907, nota a: Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993, il quale sottolinea come la sentenza *Grande Stevens* sia solo «l’esito, l’effetto, la deflagrazione ermeneutica determinata dall’interazione di plurimi reagenti che, a loro volta, hanno origini più risalenti», riferendosi, chiaramente, alle pronunce che, nell’ambito della giurisprudenza convenzionale, hanno segnato il processo di trasformazione dei concetti di “materia penale” e “medesimo fatto”. Questi ultimi due concetti sono considerati dall’A. come «i due reagenti concettuali che, sapientemente combinati nel “laboratorio” di Strasburgo, hanno condotto alla “rivitalizzazione speculativa” del *ne bis in idem*, proiettandolo “verso una massima espansione”».

¹⁸ Si fa riferimento a sent. Corte EDU del 4 marzo 2014 – Ricorso n. 18640/10.

¹⁹ È opportuno, tuttavia, precisare che il cambio di rotta nell’ambito della giurisprudenza di Strasburgo, cioè il passaggio dalla nozione “legale” a quella storico-naturalistica di fatto, è inaugurata dalla famosa pronuncia Corte EDU, *Grande Camera, Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009. Il nuovo criterio, che ravvisa l’esistenza dell’identità tenendo conto dei requisiti materiali del fatto, permette di ravvisare un *bis* anche nei casi di concorso formale di reati, senza contare che lo stesso principio, in questa nuova veste, è maggiormente deputato a realizzare quella certezza del diritto, specie in senso soggettivo.

²⁰ Si fa riferimento al t.u.f., disciplinato dal d. lgs. 58/1998.

che, all'art. 14, impone agli Stati membri di predisporre un adeguato meccanismo di sanzioni amministrative nei confronti dei soggetti che ledano le previsioni della direttiva stessa in materia di tutela del mercato e del consumatore, lasciando, tra l'altro, ampio potere agli Stati di individuare, per le stesse fattispecie, anche sanzioni di natura penale.

Tale ultima scelta è stata quella prediletta dall'ordinamento italiano che, nel dare attuazione alla direttiva, ha introdotto un meccanismo di "doppio binario" sanzionatorio. Vi è, infatti, una norma, l'art. 185 t.u.f., che disciplina la fattispecie penale di "manipolazione del mercato", per la quale risulta competente l'autorità giudiziaria; vi è poi l'art. 187 *ter*²¹ che disciplina la fattispecie amministrativa di "manipolazione del mercato", per la quale risulta competente la CONSOB.

Le norme del t.u.f. asseritamente violate, come sottolineato dalla CONSOB, sono, nel caso di specie, l'art. 187 *ter* e 187 *quinquies*. Dopo il rigetto dei ricorsi anche ad opera della Corte di Cassazione, le sentenze della CONSOB diventano definitive. Accade, nel frattempo (nello specifico, a partire da novembre 2008), che gli stessi soggetti protagonisti della vicenda amministrativa, vengono rinviati a giudizio dal Tribunale di Torino, con l'accusa di aver commesso il delitto di manipolazione del mercato cui fa riferimento l'art. 185 t.u.f. (reato di pericolo concreto, punibile solo a titolo di dolo). Nel 2009, dopo la decisione della Cassazione relativa alle sanzioni amministrative e, dunque, dopo la formazione del "giudicato" su queste ultime, le parti chiedono di pronunciare sentenza di non doversi procedere per *ne bis in idem*, sollevando, inoltre, questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui consente la riproduzione del giudizio rispetto a fatti medesimi quando cambia la natura dello stesso, senza cioè ricomprendere tali fattispecie nel divieto di *bis in idem*. La questione viene dichiarata, tuttavia, infondata.

Sono diverse le doglianze prospettate: la violazione del contraddittorio e, dunque, delle norme sul giusto processo (art. 6 CEDU) nel procedimento dinanzi la CONSOB, passando per la violazione del diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU), fino ad arrivare a quello che qui più rileva: la violazione del diritto a non subire un duplice processo per fatti già passati in giudicato (art. 4 Prot. 7 CEDU). La garanzia di tale ultima disposizione sembra essere la trasposizione, in sede convenzionale, della lettera dell'art. 649 c.p.p.: eppure, qualche differenza fra le due disposizioni c'è.

²¹ L'art., tra l'altro, esordisce con l'espressione "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato". Rispetto a tale ultima espressione vi sono due interpretazioni che si contrappongono in dottrina: la sanzione penale esclude quella amministrativa quando vi sono casi di concorso formale fra le due diverse tipologie di illecito; la sanzione amministrativa non pregiudica l'applicazione delle sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, derogando alla disposizione dell'art. 9 l. 689/1981, secondo cui quando uno stesso fatto è punito con sanzione penale e sanzione amministrativa, occorre riconoscere la priorità della sanzione speciale. Questa seconda interpretazione pare essere preferibile. Considerazioni in tal senso sono svolte da M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 704. Come sottolinea l'A., la seconda interpretazione appare preferibile poiché la legge prevede espressamente che i due procedimenti, amministrativo e penale, giungano a conclusione per i medesimi fatti, rimandando proprio alla lettera dell'art. 187 *terdecies* secondo cui quando per lo stesso fatto è stata applicata una sanzione amministrativa pecuniaria, la esazione della pena pecuniaria e della pena pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa. Tale ultima disposizione, inoltre, ha subito una parziale modifica in seguito all'entrata in vigore del d. lgs. 108 del 10 agosto 2018 (che ha recepito la direttiva MAD II): il testo dell'art. prevede ora che nel secondo procedimento si debba tenere conto delle misure punitive riservate al soggetto nell'ambito del primo procedimento, verificando se vi è effettiva proporzionalità tra il complessivo trattamento cui il soggetto è stato sottoposto ed il disvalore del fatto posto in essere.

Come sottolinea parte della dottrina²², vi è, innanzitutto, una diversa considerazione del principio: l'ordinamento italiano non riconosce al *ne bis in idem* il rango di principio costituzionale, pur essendo considerato come una bussola in molti interventi di legislazione ordinaria; il *ne bis in idem* convenzionale, invece, ha natura di diritto fondamentale dell'individuo²³. Occorre precisare che il *ne bis in idem* convenzionale non presuppone l'esistenza di un provvedimento formalmente penale per poter operare: come è stato sottolineato in precedenza, infatti, sin dalla nota vicenda *Engel* lo sguardo di Strasburgo si è posto più verso la sostanza dei fatti, mettendo da parte il dato meramente formale o nominale. È questo il motivo per cui, nel caso di specie, la Corte riconosce la natura sostanzialmente penale delle sanzioni pecuniarie ed interdittive comminate all'esito del procedimento amministrativo dinanzi alla CONSOB, ravvisando il carattere sostanzialmente penale probabilmente nell'eccessiva severità di tali sanzioni amministrative e, quindi, dando spazio al terzo criterio individuato nell'ambito della sentenza *Engel*²⁴. Questo vuol dire che, rispetto alle stesse, non solo trova applicazione il principio del *ne bis in idem*, ma anche il sistema di garanzie previste dall'art. 6 CEDU²⁵.

Il dato certamente più importante dell'intera sentenza è l'interpretazione che la Corte fornisce dell'espressione medesimo fatto. A dire il vero, la posizione che la Corte assume in tale specifico contesto non è una novità della sentenza *Grande Stevens* poiché, già in alcune pronunce precedenti²⁶,

²² Si fa riferimento a F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. N. 18640/2010 e a.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014.

²³ Lo sottolinea l'art. 4 Prot. 7 CEDU, che al comma 3 afferma: «nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'art. 15 della Convenzione», e l'art. 15 della Convenzione fa proprio riferimento alle deroghe che le Parti contraenti possono adottare, rispetto alla Convenzione stessa, in tempi di guerra o in altre situazioni di particolare emergenza.

²⁴ La questione è affrontata da F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. N. 18640/2010 e a.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014, il quale mette bene in evidenza come il carattere sostanzialmente penale di tali sanzioni non derivi solo e soltanto dal grado di severità delle stesse, ma anche e soprattutto dalle sanzioni «astrattamente comminate dal t.u.f., che prevede (nel testo oggi vigente) un importo massimo di 25.000.000 di euro, elevabili però sino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto o il profitto conseguito dall'illecito, allorché esse appaiano inadeguate anche se applicate nel massimo (art. 187-ter co. 1 e 5 t.u.f.); e che prevede altresì pesanti sanzioni interdittive a carico delle persone fisiche (art. 187-quater) e alla confisca anche per equivalente del prodotto o del profitto dell'illecito (art. 187-sexies)». L'A. continua sottolineando come siano proprio questi elevati livelli sanzionatori a far emergere la natura repressivo-punitiva di queste sanzioni amministrative, tali da renderle sostanzialmente penali a prescindere dalla loro qualificazione giuridica all'interno degli ordinamenti nazionali.

²⁵ Come sottolineano G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, in *Ass. it. cost.*, n. 3/2015, il fatto che una sanzione sia considerata come formalmente amministrativa da parte degli Stati, sebbene essa appartenga alla concezione di "materia penale" enucleata dalla Corte di Strasburgo, non vale, *ex se*, ad escludere l'operatività delle garanzie convenzionali all'interno dell'ordinamento; semplicemente, gli Stati hanno piena discrezionalità nell'andare ad individuare il momento in cui tali garanzie debbono operare: a monte, attraverso l'attribuzione al procedimento amministrativo di un carattere "quasi-judicial", o a valle del provvedimento applicativo, dunque della sanzione in senso stretto.

²⁶ La posizione della Corte EDU, tra l'altro, era stata già proposta, nel 2009, dalla Corte di Lussemburgo che aveva precisato come le sanzioni adottate dagli Stati membri, nell'ambito dell'attuazione della direttiva 2003/6/CE, dovessero essere considerate sostanzialmente penali sebbene formalmente amministrative, tenendo conto della natura delle sanzioni e del grado di severità delle stesse. La questione è sottolineata da G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Ass. it. cost.*, n. 3/2014, i quali fanno espresso riferimento a Corte giust., 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group NV e altri*.

i giudici di Strasburgo avevano cominciato a sposare tale indirizzo. Il medesimo fatto cui fa riferimento la preclusione processuale del *ne bis in idem* è il medesimo fatto storico.

Ora, non v'è dubbio che sussistano delle differenze sul piano di tipizzazione prettamente legale delle due fattispecie²⁷, ma questo non ha alcun tipo di rilievo ai fini dell'operatività del *ne bis in idem* poiché, sul piano convenzionale (ma anche ai sensi dell'art. 649 c.p.p.), quello che conta è l'identità del fatto considerato nella sua accezione materiale.

Ciò che si configura in questa sentenza è una forma di concorso formale eterogeneo: con la stessa condotta si violano due diverse disposizioni di legge, dando vita ad un cumulo di sanzioni che ben può essere oggetto della preclusione in esame e non solo perché il concetto di materia penale è, per la giurisprudenza di Strasburgo, più ampio di quello interno ma anche e soprattutto perché, davanti ad uno stesso fatto già giudicato, sebbene con una formula diversa da quella penale, è praticamente inutile avviare un doppio processo solo per ottenere una sanzione anche formalmente penale: il soggetto si troverebbe a dover pagare un prezzo troppo alto.

Inoltre, non bisogna dimenticare che il principio del *ne bis in idem* può essere declinato nella duplice accezione di sostanziale e processuale: ebbene, l'oggetto delle garanzie convenzionali non è solo l'impedimento di un doppio processo ma anche e soprattutto quello di una doppia sanzione²⁸. *Ne bis in idem* sostanziale e processuale in questa specifica situazione sono, detto altrimenti, legati da una stretta connessione funzionale²⁹.

Per questo motivo – nel caso di specie – nell'andare a riconoscere l'inosservanza, da parte dell'ordinamento italiano, del divieto di doppio giudizio, la Corte di Strasburgo ordina la chiusura del procedimento penale nel più breve tempo possibile e senza alcun tipo di ripercussione sui ricorrenti. Il problema, di conseguenza, non è la previsione di una doppia sanzione; anzi, si sottolinea proprio come sia assolutamente pacifica una convivenza tra le due sanzioni, a patto che quella amministrativa non si configuri come sostanzialmente penale alla luce dei criteri *Engel*³⁰.

²⁷ La Corte di Strasburgo fa proprio leva su questo argomento per demolire le ricostruzioni del Governo italiano, secondo cui i fatti non potevano considerarsi i medesimi poiché il reato di manipolazione del mercato, art. 185 t.u.f, si configura solo in presenza del dolo e della idoneità concreta ad alterare i prezzi all'interno di un mercato finanziario; l'illecito amministrativo, art. 187 *ter* t.u.f, invece, si configura in presenza della colpa e della mera identità astratta. Come hanno sottolineato G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Ass. it. cost.*, n. 3/2014, alla Corte di Strasburgo «non interessa se gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte tipizzate dalle due norme siano identici, ma solo se i fatti concreti che hanno dato luogo ai due procedimenti siano i medesimi: e nel caso di specie certamente lo sono. [...] Quello che conta è l'identità del fatto; poco importa che lo si qualifichi diversamente sul piano giuridico, riconducendolo a paradigmi punitivi la cui sfera di prensione non coincide, o coincide solamente in parte».

²⁸ Anzi, come sottolineano G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, in *Ass. it. cost.*, n. 3/2015, «occorre riconoscere che la rimozione delle cause della violazione della garanzia convenzionale passa, prima di tutto, attraverso una energica riaffermazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale».

²⁹ P. P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1410, parla di un "nesso funzionale" che lega il *ne bis in idem* processuale a quello sostanziale, sottolineando come i due concetti finiscano per ricomprendersi a vicenda.

³⁰ Bisogna, tuttavia, sottolineare anche alcune voci discordanti in dottrina, per es. P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia, il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, settembre 2014. L'A. critica questo allineamento solo apparente fra le due Corti, mettendo bene in evidenza come la Corte di giustizia tenda a dare maggiore spazio all'azione del giudice del rinvio nell'andare a verificare l'aspetto sostanziale delle sanzioni tributarie/amministrative, laddove la Corte EDU mira ad arrogare a sé tale compito. Usando le parole dell'A., potremmo dire che «la Corte EDU lavora per l'affermazione del diritto fondamentale, riconosciuto all'individuo in direzione orizzontale, laddove la Corte di Giustizia lavora per

Il merito della *Grande Stevens* è, da un certo punto di vista, quello di aver superato il doppio binario³¹ (sopravvissuto limitatamente a quelle sanzioni amministrative poco afflittive), ravvisando il punto di contatto tra le due diverse sanzioni proprio nell'operatività della preclusione processuale che, è opportuno ripeterlo, opera a prescindere dalla caratterizzazione e dal dato nominale che viene riconosciuto, dagli ordinamenti nazionali, alle singole sanzioni: la netta distinzione fra ciò che è penale e ciò che è amministrativo va ridimensionata³².

In dottrina³³ si avverte la necessità di sviluppare una “teoria generale dell'illecito”, che superi il dato esclusivamente formale per dare maggior spazio all'incisività “sostanzialistica” delle due tipologie di sanzioni, aderendo, tra l'altro, in maniera piena alle istanze provenienti dalla Corte europea. Le indicazioni della *Grande Stevens*, in ogni caso, non hanno avuto vita molto lunga. Già qualche anno dopo, infatti, nella sentenza *A e B c. Norvegia*, la Corte di Strasburgo ha enucleato principi diversi per il riconoscimento della preclusione processuale. Tale ultima sentenza ha fatto riemergere la tematica del doppio binario sanzionatorio e dei problemi legati allo svolgimento di procedimenti paralleli: problemi, questi, che la *Grande Stevens* aveva tentato di eliminare riportando tutto sotto l'alveo di materia penale e, di conseguenza, sotto l'operatività del divieto del doppio giudizio.

3.1 L'orientamento seguito dalla Corte EDU non è certamente segno di un *novum* da parte della suddetta Corte poiché, già in alcune pronunce precedenti³⁴, i giudici di Strasburgo avevano cominciato a sposare l'indirizzo che viene poi, di fatto, ripetuto all'interno della sentenza *Grande Stevens*. Il motivo per cui, tuttavia, il nostro ordinamento è stato profondamente toccato da questa sentenza, al punto da mettere in discussione la portata del dato testuale dell'art. 649 c.p.p., va ravvisato, come è logico intuire, nel fatto che i protagonisti di tale vicenda appartengono tutti al nostro ordinamento e, pertanto, è stata la nostra stessa giurisprudenza ad essere chiamata direttamente in causa.

In realtà, già qualche tempo prima della pronuncia della Consulta sull'illegittimità costituzionale del 649 c.p.p., voci autorevoli in dottrina³⁵ avevano avanzato la presunta

l'affermazione negli Stati del proprio diritto, secondo direzione verticale; che, quindi, si tratta di cerchi concentrici di diametro e forme diverse e che, dunque, non necessariamente ciò che costituisce *bis in idem* per Strasburgo lo debba essere per Lussemburgo».

³¹ Anzi, come sottolinea F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. N. 18640/2010 e a.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014, il doppio binario sanzionatorio è stato proprio «sconfessato» dalla *Grande Stevens*, avendo quest'ultima riconosciuto alle sanzioni “amministrative” del t.u.f. carattere sostanzialmente penale.

³² P. CORSO, *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, in www.archiviopenale.it, gennaio 2017, sottolinea come il merito della *Grande Stevens* sia stato quello di considerare l'illecito amministrativo per quello che sostanzialmente è «e cioè un illecito destinatario di una sanzione penale sotto mentite spoglie».

³³ Per es., G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Ass. it. cost.*, n. 3/2014.

³⁴ Il riferimento è, in modo particolare, a: Corte EDU *Grande Camera*, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*. A partire da questa pronuncia, la Corte EDU sposa una concezione di “stesso fatto” che prescinde dalla tipizzazione legale data allo stesso nell'ambito dei singoli Stati membri e che tende, invece, a valorizzarne maggiormente l'aspetto storico-naturalistico.

³⁵ Per es., F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? A margine di Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. n. 18640/2010 e a.*, in

incompatibilità tra il dato codicistico e la nuova indicazione della Corte EDU, ravvisando una soluzione eventuale nella diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE (che è norma di diritto primario dell'UE e, in quanto tale, dotata di efficacia diretta nei confronti degli Stati membri). Quella dell'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE si poneva, tuttavia, come una delle strade percorribili, non come l'unica. Si segnala che un'altra prospettiva esegetica per il superamento del doppio binario era stata quella dell'interpretazione "convenzionalmente conforme"³⁶ che aveva trovato qualche riscontro, specie nella giurisprudenza di merito, sebbene in settori diversi da quello degli abusi di mercato³⁷.

La terza via, indicata sin dal 2014, anno di pubblicazione della sentenza *Grande Stevens* è stata proprio quella, poi seguita dal nostro ordinamento, di declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117.1 Cost., nella parte in cui afferma che Stato e Regioni esercitano la potestà legislativa nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali, nell'ambito dei quali la CEDU occupa una posizione di primo piano. La pronuncia non si occupa del delicato tema del doppio binario sanzionatorio (per fortuna, si potrebbe affermare, posto che con la sentenza *A e B contro Norvegia* si assiste ad un vero e proprio *revirement* da parte dei giudici di Strasburgo: pertanto, se la Corte costituzionale si fosse pronunciata sul tema del doppio binario sanzionatorio alla luce delle indicazioni provenienti dalla *Grande Stevens*, si sarebbe trovata, dopo poco tempo, a dover smentire se stessa)³⁸, ma affronta la problematica dell'identità del fatto e dell'operatività del divieto in materia di concorso formale eterogeneo, dal punto di vista dell'operatività o meno della preclusione processuale. Si tratta di una problematica risolta, il più delle volte, nel senso della non operatività del divieto di *bis in idem*.

www.diritto penale contemporaneo.it, 30 giugno 2014, che nella parte finale del suddetto articolo indica alcune conclusioni eventuali che l'ordinamento italiano avrebbe potuto adottare (perché nel 2016 c'è stato poi l'effettivo intervento da parte della Corte costituzionale) per risolvere i conflitti interpretativi relativi al doppio binario sanzionatorio e la presunta illegittimità costituzionale dell'art. 649. L'A. stesso sottolinea come la soluzione della diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE sia l'unica strada percorribile: di conseguenza il giudice penale dovrà «pronunciare immediatamente, in diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE, una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere strutturalmente identica a quella che il giudice ha già l'obbligo di pronunciare ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Schengen»: lo stesso obbligo, logicamente, si impone all'autorità amministrativa laddove già esista una decisione penale passata in giudicato.

³⁶ Il tema è affrontato, con dovizia di particolari, da G. M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all' e pluribus unum?*, in *Ass. it. cost.*, n. 3/2015.

³⁷ Il riferimento è ad una nota pronuncia del T. di Brindisi, 17 ottobre 2014. Nel caso di specie, un detenuto era stato condannato, in attuazione delle disposizioni contenute nella legge di ordinamento penitenziario (e relativo regolamento di esecuzione), per danneggiamento di alcune suppellettili nella sua cella. Per il medesimo fatto, lo stesso soggetto era stato chiamato a rispondere, nell'ambito di un giudizio penale, di danneggiamento aggravato. Ebbene, il T. di Brindisi, adottando proprio un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. e riconoscendo alla sanzione disciplinare carattere sostanzialmente, e convenzionalmente, penale ha dichiarato l'improcedibilità dell'azione penale per esistenza di una decisione (sebbene "solo" sostanzialmente penale) già passata in giudicato, concernente lo stesso fatto.

³⁸ Tra l'altro, come ha sottolineato L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, fasc.1, marzo 2017, la decisione *A. e B. contro Norvegia* sembra sancire l'effettivo superamento della nozione di *idem factum*, finendo per valorizzare solo l'elemento del *bis*; «Il che conduce incidentalmente ad osservare come una tale pronuncia, se anteriormente nota, avrebbe potuto forse condurre il nostro giudice costituzionale ad argomentare diversamente la sent. n. 200/2016, considerata, per l'appunto, la rinnovata centralità, nelle ipotesi di concorso formale di reati previste nel quadro delle norme codicistiche, non più tanto dell'"idem" comunque interpretato, quanto, soprattutto, del "bis", e con esso le caratteristiche di quel "cumulo giuridico" in cui consiste, in casi del genere, la sanzione».

Ora, data la preminenza, nel nostro ordinamento, della concezione di *idem* legale, i reati in concorso formale eterogeneo fra loro erano sempre stati considerati come delle monadi, universi a sé stanti e, in quanto tali, autonomamente perseguibili. Vi era, quindi, una (ingiustificata) aprioristica esclusione dell'operatività del divieto in siffatte ipotesi.

La prospettiva muta con la nota vicenda *Eternit bis*³⁹, vero e proprio spartiacque nell'ordinamento italiano per l'individuazione dei requisiti minimi del c.d. *idem factum* e del riconoscimento dell'operatività della preclusione processuale anche nei casi di concorso formale eterogeneo. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal g.u.p. di Torino, il quale aveva ravvisato un contrasto tra la nozione di “stesso fatto” accolta dalla giurisprudenza di Strasburgo, ancorata alla concezione storico/naturalistica, e quella prevalente nell'ordinamento italiano, legata alla tipizzazione giuridica, dunque legale, del fatto⁴⁰ (quindi il *ne bis in idem* sarebbe stato applicato solo in caso di reiterazione del procedimento avverso il medesimo reato). Più precisamente, il giudice rimettente avrebbe dovuto decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio per omicidio doloso nei confronti di un imputato già giudicato in via definitiva per il medesimo fatto storico e prosciolti per prescrizione dai reati di disastro doloso e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro.

Il giudice *a quo* sottolineava, dunque, come, sotto il profilo storico-naturalistico i fatti fossero gli stessi: tali situazioni, infatti, erano tutte scaturite dalla medesima condotta posta in essere. Proprio per questo, allora, si pone il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., dal momento che, nell'ottica del giudice rimettente, se la questione fosse stata affrontata dai giudici di Strasburgo si sarebbe risolta nel senso della piena operatività del divieto del doppio giudizio⁴¹. La soluzione cui perviene la Consulta è, pertanto, volta ad un maggiore allineamento alla giurisprudenza sovranazionale, valorizzando, di conseguenza, la nozione storico-naturalistica del concetto di fatto⁴². Tuttavia, vi è chi⁴³ osserva che il superamento dell'*idem* legale non vuol dire superamento dei criteri normativi che, invece, continuano ad essere un faro nella corretta individuazione del fatto, assumendo

³⁹ La sent. a cui si fa riferimento è la 200/2016.

⁴⁰ Come emerge dal punto 1 del Ritenuto in fatto della sent. *Eternit bis*, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. è posta limitatamente alla parte in cui «tale disposizione limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che al medesimo fatto storico».

⁴¹ Anzi, con un'ampia disamina della giurisprudenza di Strasburgo, il giudice rimettente osserva come, sin dalla sentenza *Zolotoukhine contro Russia*, si è consolidato il principio secondo cui a rilevare è solo e soltanto il “fatto storico”, valutato con riguardo alla condotta dell'agente, con assoluta irrilevanza degli elementi costitutivi del fatto, con particolare riguardo all'“evento giuridico”.

⁴² «Non è idonea a giustificare una nuova iniziativa del pubblico una diversità solo legale della regiudicanda» sottolinea in maniera perentoria D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466, nota a: Corte cost., 21 luglio 2016, n.200.

⁴³ Si fa riferimento a D. PULITANO, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 70, nota a: Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200. L'A. sottolinea come «l'affrancamento dal giogo dell'inquadramento giuridico (cioè dall'*idem* legale) non equivale ad affrancamento da criteri normativi»; inoltre, in questo commento alla nota sentenza della Consulta viene messo bene in evidenza quanto il criterio dell'*idem* legale sia troppo debole per assicurare piena tutela al soggetto, in quanto basterebbe una modifica nella tipizzazione del fatto per far scattare la non – applicabilità dell'art. 649 c.p.p., un po' come era accaduto per i casi di concorso formale eterogeneo: pur essendo una sola la condotta, si realizzano più violazioni di diverse disposizioni di legge. Ergo: si realizzano più fattispecie di reato; è chiaro che non opera la preclusione processuale perché il fatto è diverso. Basarsi sulla diversa concezione di fatto, quella cioè storico-naturalistica, permette di tutelare maggiormente l'imputato e di garantire un pieno allineamento anche con la Corte EDU.

semplicemente una posizione diversa⁴⁴. Il risultato cui perviene la Corte è, pertanto, quello di una piena affermazione dell'identità del fatto sulla base della concezione tripartita: condotta, evento e nesso causale considerati, però, nella loro accezione empirica e non più anche giuridica⁴⁵.

L'interprete è, così, tenuto a prendere in considerazione, per la valutazione della medesimezza del fatto, solo gli accadimenti in senso naturalistico. Il criterio dell'*idem* legale avrebbe, come conseguenza, la proliferazione di imputazioni nei confronti del medesimo soggetto in quanto, per poter operare pienamente la preclusione, vi sarebbe bisogno della sovrapposizione completa della figura di reato. Si tratta di un criterio troppo debole per accordarsi con le premesse costituzionali tese alla tutela dell'imputato e alla celebrazione del giusto processo: proprio in questo, e cioè nella garanzia che un soggetto, già giudicato irrevocabilmente per un fatto, non possa trovarsi imputato in un altro processo per il medesimo fatto storico, Costituzione e CEDU «si saldano».

La triade così individuata permette di cogliere l'identità del fatto pure nel caso del concorso formale eterogeno: la Corte, infatti, accogliendo l'istanza del giudice *a quo*, nell'andare a dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui «esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»⁴⁶, ammette l'operatività della preclusione processuale anche in questi specifici casi, a meno che non vi sia identità del fatto, da ravvisarsi nella piena sovrapposizione di: condotta, nesso causale ed evento⁴⁷.

Riconoscere l'operatività del divieto nei casi di concorso formale non vuol dire, tuttavia, che il fatto debba considerarsi lo stesso semplicemente perché i reati sono in concorso fra loro: come è stato più volte ribadito, e come la Corte ha avuto cura di precisare, all'unicità della condotta non corrisponde la medesimezza del fatto: quest'ultima va, infatti, ravvisata alla luce della concezione tripartita⁴⁸.

Non sono mancate, però, voci contrarie in dottrina, nel senso che questa presa di posizione (quella che, cioè, aderisce alla concezione storico-naturalistica del fatto) rischia di svuotare quasi di

⁴⁴ Come ha ben sottolineato la Corte nella sentenza in esame, il fatto è pur sempre «frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi. Non vi è, in altri termini, alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente».

⁴⁵ N. GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1205, analizza come sia proprio da questa presa di posizione che scaturiva la limitazione dell'effetto preclusivo del divieto del doppio giudizio, «potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa disposizione di legge, ovvero dovendosi valutare la vicenda criminosa alla luce di tutte le sue implicazioni penalistiche con possibile riesame delle ipotesi delittuose rimaste estranee al giudizio precedente».

⁴⁶ Il riconoscimento dell'operatività del *ne bis in idem* anche rispetto ai casi di concorso formale eterogeneo rappresenta un «punto di svolta epocale» e, per questo motivo, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «si è rivelata decisiva per superare un orientamento francamente inaccettabile», sono considerazioni di R. A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3809.

⁴⁷ La questione che viene affrontata nella sentenza riguardava un processo per omicidio scaturito da una sola condotta, già giudicata in relazione ai reati di disastro ambientale e omissione dolosa di cautele. Ora, se l'evento morte fosse stato già valutato nel processo precedente, relativo al disastro e all'omissione dolosa, avrebbe trovato piena applicazione la preclusione processuale. In caso negativo, invece, ci si sarebbe trovati davanti ad un fatto nuovo (perché, pur essendo legato ai due fatti precedenti, già giudicati, dalla medesimezza della condotta e del nesso causale, differisce da questi proprio nella diversità dell'evento): la preclusione di cui all'art. 649 non avrebbe avuto spazio.

⁴⁸ Detto altrimenti, e citando le parole della Consulta nell'ambito della sentenza in esame, è influente, ai fini dell'operatività del divieto, che via sia o meno un concorso formale, in quanto «ai fini della decisione sull'applicabilità del divieto di *bis in idem* rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico».

significato il principio sancito nell'art. 649 c.p.p., posto che è molto difficile trovarsi in una situazione in cui vi sia la perfetta coincidenza dei tre elementi. Tale raffronto sugli elementi costitutivi del fatto, tra l'altro, può essere effettuato solo se si tiene conto del capo di imputazione, ma ciò vuol dire una sola cosa: l'*idem* legale, «seppur in maniera trasversale, torna a rilevare»⁴⁹. Certo, nonostante le tante incertezze interpretative e le difficoltà che spesso gli operatori del diritto riscontrano nell'andare ad individuare la medesimezza del fatto sulla base di tali elementi, quella tracciata dalla Corte sembra essere, almeno al momento, l'unica strada percorribile.

Valorizzare, infatti, il solo elemento della condotta rischierebbe di lasciare molti fatti impuniti poiché vi sarebbe un *bis in idem* che prescinde da ulteriori fattori e che tiene conto unicamente dell'azione/omissione che ha integrato una fattispecie di reato. Vi sono voci nostalgiche⁵⁰ che cercano di tenersi ancorate alla teoria di “medesimo fatto” elaborata da Cordero, una teoria che tiene conto della condotta e che individua l'identità dei fatti sulla base dell'oggetto materiale su cui la stessa cade. È una posizione certamente allettante e risolutiva di molti dubbi, ma che non può essere condivisa alla luce delle recenti indicazioni della Corte costituzionale, soprattutto perché la Consulta riconosce ampio spazio al concetto di evento; ma proprio Cordero ha sempre “sminuito” il ruolo dell'evento nell'individuazione del medesimo fatto, riconoscendo solo la primazia della condotta (e dell'oggetto materiale su cui la stessa ricade)⁵¹. Ora, rimanere ancorati al passato non è certamente d'aiuto, soprattutto rispetto ad un argomento così contingente: bisogna prendere atto del fatto che la posizione dell'Illustre giurista sia stata, oggi, superata dalla sent. 200/2016 e il ruolo che, nella posizione di Cordero, era occupato dall'oggetto materiale, è oggi occupato dall'evento⁵².

È proprio la valorizzazione dell'evento a rendere quasi evanescente l'operatività della preclusione: la diversità degli eventi, pur generati dalla stessa condotta, è, infatti, idonea a legittimare l'esercizio di una nuova azione penale⁵³. È chiaro che lo stesso soggetto (che, a questo punto, potrà

⁴⁹ L'espressione è di R. A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3809. L'A. continua sottolineando come «sarà assai improbabile che una comparazione, compiuta in questi termini, possa condurre al riconoscimento di un *bis*».

⁵⁰ Il riferimento è, ancora una volta, a R. A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3809, che sottolinea come la posizione più convincente, rispetto all'individuazione del fatto, sia proprio quella che tiene conto della condotta e dell'oggetto materiale su cui la stessa ricade: sembra essere questo il metodo migliore, «quello che neutralizza possibili strumentalizzazioni e che meglio degli altri consente di trovare un punto di equilibrio tra esigenza di escludere una doppia persecuzione dell'imputato, garanzia della certezza delle situazioni giuridiche e dovere di fare giustizia». Dello stesso parere è anche D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466, nota a: Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n.200, che ponendosi esattamente sulla stessa scia di Ruggiero, sottolinea come «nell'escludere l'operatività dell'art. 649 c.p.p., conduce a esiti rassicuranti anche la tesi che riduce il fatto alla condotta per poi arricchirne la fisionomia alla luce dell'oggetto materiale».

⁵¹ Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, «Fin dall'incipiente giurisprudenza ottocentesca risulta chiaro cosa significhi “fatto”, quanto al *ne bis in idem*: pura condotta, senza interno psichico, individuata dall'oggetto fisico nei reati cosiddetti materiali; non interessano gli eventi» e ancora «L'avvenimento asserito dall'accusa va decomposto nei dati obiettivi: conta il nucleo, costituito dalla condotta, senza riguardo alla misura dell'evento».

⁵² In dottrina, si veda per es. D. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 70, nota a: Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, è stato messo in luce che, davanti ad una medesima condotta, comunque la preclusione processuale è destinata a non operare laddove vi sia una diversità di eventi. «Il *bis in idem* avrebbe via libera, là dove eventi diversi abbiano portato alla pluralità di procedimenti. Una fotografia naturalistica mostra un *idem* a metà: l'*idem* non c'è negli eventi, ma c'è nella condotta. [...] Ogni nuovo evento dà materia per un rinnovato attivarsi della macchina giudiziaria, che ripropone peraltro anche problemi già oggetto di precedenti procedimenti».

⁵³ Sembra, a questo punto, superfluo precisarlo, ma è opportuno riportare le parole della Corte, sent. 200/2016, in merito alla natura dell'evento che rileva ai fini della operatività della triade: «l'evento non potrà avere rilevanza in termini

essere reiteratamente processato per fatti che, pur essendo stati generati dalla stessa condotta, differiscono rispetto all'evento prodotto) subirà un costo elevato⁵⁴.

Il problema è capire se questo costo, come è stato osservato in maniera provocatoria⁵⁵, sia davvero inevitabile o, quantomeno, accettabile.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella del cumulo dei processi, visto che non è questo ad essere vietato dall'art. 649 c.p.p., ma solo una duplicazione di giudizi⁵⁶. La soluzione migliore sarebbe quella di trovare una perfetta armonizzazione tra le Corti e le disposizioni convenzionali, europee ed interne: invece, ancora oggi persiste una lettura diversa del principio del *ne bis in idem* all'interno di queste ultime⁵⁷. Se si operasse un raffronto tra l'art. 4 Prot. 7 CEDU, l'art. 50 CDFUE e l'art. 649 c.p.p., emergerebbe immediatamente come Convenzione europea e Carta dei diritti fondamentali si preoccupano di scongiurare una seconda punizione per il medesimo fatto, concepito nella sua accezione storico-naturalistica, e non soltanto di impedire un secondo giudizio perché la prima decisione è divenuta irrevocabile. Per l'ordinamento italiano è questa stretta dipendenza dal carattere irrevocabile della sentenza a costituire un punto controverso; senza contare che, sul piano sovranazionale, ai fini dell'operatività del divieto, valgono i criteri *Engel*, cioè il *ne bis in idem* prescinde dal carattere formale di una sanzione e trova applicazione quando si è davanti ad un provvedimento che è comunque penale nella sua sostanza.

Il testo dell'art. 649 c.p.p. riserva, al contrario, l'operatività del divieto esclusivamente alla sede penale, non c'è spazio per le sanzioni sostanzialmente penali ma formalmente amministrative⁵⁸.

giuridici, ma assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente».

⁵⁴ Incorporando l'evento nella nozione di fatto, si va ad incidere in maniera significativa sulla figura del grado, tenendo conto proprio della misura dell'evento e delle variazioni, più o meno gravi, che riguardano quest'ultimo. Come ha sottolineato D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466, nota a: Corte cost., 21 luglio 2016, n.200 «giudicate — ad esempio — in via definitiva le lesioni colpose, è possibile procedere nei confronti della stessa persona per omicidio». L'A. continua mettendo in evidenza i costi di questo cambio di rotta, rispetto al quale c'era e c'è un «silenzio tombale»: non solo, infatti, diviene «lettera morta» il riferimento alla mutazione del grado (irrilevante, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., ai fini della diversità del fatto, poiché quest'ultimo resta lo stesso pur se diversamente considerato per “grado”), ma si creano attriti anche e soprattutto con il *ne bis in idem* sostanziale. Nel caso riportato ad esempio, essendo l'evento “lesioni” diverso dall'evento “morte” ed integrando, pertanto, un nuovo fatto, l'autore di questi due reati sarà sottoposto ad una duplicazione della pena.

⁵⁵ Il riferimento è a D. PULITANO, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 70, nota a: Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200. L'A. sottolinea come la reiterazione dei processi possa essere evitata attraverso lo strumento della riunione processuale; ma ciò, tuttavia, è possibile solo se i fatti sono stati realizzati a breve distanza l'uno dall'altro. Nella vicenda in esame, la reiterazione è apparsa l'unica strada possibile poiché i fatti contestati nel secondo processo, cioè la morte di più persone dovuta sempre alla diffusione delle polveri di amianto, si sono verificati in tempi diversi e sicuramente lontani dalla prima accusa.

⁵⁶ Considerazioni in tal senso sono svolte anche da D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466, nota a: Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 200.

⁵⁷ I rilievi che seguono sono di V. MAIELLO, *Doppio binario sanzionatorio, ne bis in idem e reati tributari*, in *Giur. comm.*, 2017, 348, nota a: Corte cost., 20 maggio 2016, n.112.

⁵⁸ Le differenze tra la versione interna del *ne bis in idem*, una versione totalmente “endopenalistica”, e quella sovranazionale, hanno spinto parte della dottrina a ritenere che il *ne bis in idem* debba essere considerato non come un principio, ma come «un modo attraverso cui un determinato principio, costituzionale o sistematico, può prendere corpo, attuandosi (ma non necessariamente esaurendosi) in un determinato contesto; meglio: di uno dei modi attraverso cui un principio diviene regola, o attraverso cui il bilanciamento di più principi si fissa in una regola»; in questo modo si esprime L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *S.P.*, 03 agosto 2020. L'A. sottolinea come, sebbene esistano più versioni del *ne bis in idem* (che, in quanto tale, non può essere ridotto

Non vi sono, al momento, risposte certe sul piano dell'ordinamento interno, ma solo altre domande che inducono ad un ripensamento della disciplina in esame e che vanno ben oltre i problemi affrontati dalla Corte costituzionale nella sent. 200/2016.

4. Le indicazioni suggestive, contenute nella sentenza *Grande Stevens*, hanno avuto vita breve nell'ambito del panorama convenzionale poiché, a soli due anni di distanza, sono state superate da un cambio di rotta della giurisprudenza di Strasburgo in materia di doppio binario sanzionatorio⁵⁹. Si parla in dottrina di *revirement* proprio perché tale sentenza rappresenta una cesura rispetto al passato⁶⁰.

Nel caso di specie⁶¹, i due ricorrenti erano stati condannati, in via definitiva, per frode fiscale inizialmente nell'ambito di un processo amministrativo; prima che questo giungesse a termine, dunque più o meno parallelamente, era stata esercitata, avverso i medesimi soggetti e per lo stesso fatto, l'azione penale per la corrispondente fattispecie di reato. Il secondo ricorrente aveva proposto appello quando, nel 2009, a soli due anni di distanza dalla sanzione amministrativa (sostanzialmente penale), era stato condannato ad un anno di arresto per frode fiscale; l'appello viene, però, respinto non configurandosi un'ipotesi di violazione del divieto di *bis in idem* poiché il processo penale era già in stato avanzato quando la prima pronuncia è divenuta definitiva.

Secondo la ricostruzione del giudice norvegese, la *ratio* del divieto di *bis in idem* deve ravvisarsi unicamente nell'impossibilità di intraprendere un nuovo giudizio dopo che, per lo stesso

al mero dualismo tra processuale e sostanziale), quello che, anche nell'ambito della legislazione sovranazionale, resta immutato è «solo lo scheletro del divieto: sebbene i contenuti e i significati dei suoi elementi varino a seconda della funzione di volta in volta presa di mira, tutte le versioni si risolvono infatti comunque in un divieto di moltiplicare una determinata azione in relazione ad un medesimo oggetto».

⁵⁹ Quest'inversione di tendenza, questo nuovo confine tracciato dalla giurisprudenza di Strasburgo, sebbene si tratti sempre, quando si parla di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio, di confini che sembrano di sabbia, «perennemente cancellati e nuovamente riscritti», come sottolineano G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 469, non è da salutare con estremo ottimismo, tanto che in dottrina qualcuno ha parlato di una «diffusa delusione per la parabola discendente del *ne bis in idem* nella giurisprudenza europea», si fa riferimento a M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2649, nota a: Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222.

⁶⁰ In realtà, come ha cura di precisare L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *www.sistemapenale.it.*, 03 agosto 2020, la valorizzazione dell'*idem* legale aveva spesso, in passato, escluso l'esistenza della violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU. Le cose cambiano a partire dal noto *leading case* del 2009, *Zolotukhin c. Russia*, con cui viene inaugurata la nozione di *idem factum*. Già in questo periodo la Corte aveva iniziato a porre le basi per «un criterio capace di orientare la successiva valutazione sull'effettiva sussistenza del *bis*, cioè di una “sostanziale” duplicazione del procedimento e/o della sanzione»: tale criterio viene, tuttavia, consacrato solo con la sentenza *A. e B. contro Norvegia*. In modo particolare, il riferimento giurisprudenziale dal quale bisogna partire per comprendere pienamente il criterio poi ufficialmente stigmatizzato all'interno della sent. *A. e B. contro Norvegia*, è il caso *Nillson contro Svezia*. In tale ultima pronuncia, la Corte EDU afferma, per la prima volta, che non costituisce violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU l'irrogazione di una duplice sanzione, da parte di due distinte autorità, frutto di due procedimenti diversi legati da una connessione sufficientemente stretta. È da questa pronuncia che si comincia a parlare di *Nillson test*, cioè del test che viene utilizzato per verificare se fra i procedimenti paralleli sussista una connessione sufficientemente stretta sul piano sostanziale e temporale, necessaria per escludere una possibile violazione della disciplina convenzionale. Il tema è ampiamente trattato, anche con riferimenti ai casi giurisprudenziali successivi alla sent. *Nillson*, da M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decum della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, in *R.r.m.*, fasc.1 2018.

⁶¹ Sent. *A. e B. contro Norvegia*, Grande Camera Corte EDU, 15 novembre 2016, Ricorso n. 24130/11 e 29758/11.

fatto e nei confronti della medesima persona, si sia già formato il giudicato: è, tuttavia, possibile che i due procedimenti si svolgano in parallelo ed è proprio quello che accade nel caso di specie.

Il ricorso alla Corte EDU è giustificato dal fatto che – secondo i ricorrenti – era stato violato il principio sancito nell’art. 4 Prot. 7 CEDU, dal momento che anche il primo procedimento andava qualificato, ai sensi delle indicazioni convenzionali, come penale. Per questo motivo era stato palesemente violato il divieto di doppio giudizio, avendo, gli stessi, subito, successivamente, l’irrogazione di una pesante sanzione anche in sede penale⁶². Quello che la *Grande Stevens* aveva cercato di eliminare⁶³, valorizzando l’elemento della materia penale e dell’operatività piena del *ne bis in idem* davanti a due sanzioni, viene reintrodotta con pieno vigore dalla *A. e B. contro Norvegia*, poiché la Corte di Strasburgo fa salva la duplicazione delle sanzioni, purché vi sia una sufficiente connessione sostanziale e temporale⁶⁴ tra i procedimenti.

Tale connessione implica, in altre parole, non solo che gli obiettivi perseguiti e i mezzi utilizzati per pervenire a tali risultati devono essere complementari in sostanza e svilupparsi parallelamente (nel senso cioè che il secondo procedimento dovrà instaurarsi in un lasso di tempo non troppo dilatato rispetto al momento in cui è stato introdotto il primo), ma anche che le conseguenze derivanti dalla regolamentazione giuridica della condotta, analizzata sia in sede amministrativa che penale, devono configurarsi quale risposta proporzionale alla fattispecie realizzata e, soprattutto, devono essere prevedibili dall’imputato⁶⁵. Si tratta, evidentemente, di una *fictio* volta

⁶² Anzi, in merito alle considerazioni del Governo sulla presunta violazione dell’art. 4 Prot. 7 CEDU, è bene sottolineare come quest’ultimo difenda strenuamente la possibilità di procedere in parallelo avverso un medesimo fatto, sia in sede penale che amministrativa. Nell’ottica del governo, cioè, le procedure parallele sono al di fuori del campo di applicazione dell’art. 4 e, proprio per questo motivo, non si pone alcun problema di violazione del *ne bis in idem*. La conseguenza immediata è che il suggerimento del governo è quello, addirittura, di restringere la portata così ampia di “materia penale” proprio per evitare di generare, ogni volta, problemi siffatti di doppia sanzione penale e sostanzialmente penale ma formalmente amministrativa. Privilegiare il sistema c.d. misto permette di meglio perseguire i reati di frode fiscale: se operasse il *ne bis in idem* anche in questi casi, la definitività del provvedimento amministrativo rappresenterebbe un ostacolo all’avvio di un’inchiesta penale: l’esistenza dei procedimenti paralleli non precluderebbe, invece, questa possibilità.

⁶³ Il giudice Pinto de Albuquerque, nell’ambito dell’opinione dissenziente alla sentenza in esame, afferma, in maniera perentoria che «dopo la consegna del suo certificato di morte nel caso italiano», riferendosi espressamente alla vicenda oggetto della *Grande Stevens*, «un approccio di questo tipo è ora resuscitato come un “approccio regolamentare calibrato”».

⁶⁴ Connessione temporale non vuol dire che i procedimenti devono svolgersi simultaneamente dall’inizio alla fine, ma che comunque devono svolgersi in parallelo per buona parte della loro durata. Più si dilata il tempo intercorrente tra l’avvio del primo e del secondo, più si avvalora l’ipotesi di una violazione del *ne bis in idem*, venendo meno, in tale ultimo caso, quella stretta connessione di cui parlano i giudici di Strasburgo.

⁶⁵ Nel dettaglio, i parametri per l’individuazione della sufficiente connessione materiale sono individuati dalla Corte nel par. 132 della sentenza in esame. È opportuno riportarli completamente: «sapere se le distinte procedure perseguono obiettivi complementari e riguardanti, non solo *in abstracto* ma anche in concreto, aspetti diversi dell’atto pregiudizievole alla società in causa; sapere se il dualismo dei procedimenti risulti essere una conseguenza prevedibile, sia dal punto di vista del diritto che nella pratica, degli stessi comportamenti repressi (*idem*); sapere se i procedimenti in questione si sono svolti in maniera da evitare, per quanto possibile, qualsiasi ripetizione nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova, principalmente attraverso un’interazione adeguata tra le diverse autorità competenti, facendo sembrare che la statuizione dei fatti effettuata in uno dei procedimenti è stata ripresa nell’altro; e, soprattutto, sapere se la sanzione imposta al termine del processo è stata prima presa in considerazione nell’ultimo processo, in modo da non gravare in modo eccessivo sull’interessato, essendo quest’ultimo rischio meno suscettibile di presentarsi esistendo un meccanismo di compensazione che possa assicurare che l’insieme globale di tutte le sanzioni irrogate sia proporzionato». Tra l’altro, secondo un rilievo di N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2019, 662, nota a: *Cass. pen.*, sez. V, 21 settembre 2018, n.49869, gli ultimi tre elementi servono veramente ad identificare la sussistenza della connessione in

a sottolineare l'unicità sostanziale dei due procedimenti e, di conseguenza, la piena compatibilità del requisito della connessione sostanziale e temporale con la disciplina convenzionale.

Questa diversa lettura dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, secondo cui sarebbe ammissibile procedere parallelamente avverso una stessa persona e per il medesimo fatto, rappresenta la vera novità della pronuncia⁶⁶; per il resto, la Corte EDU conferma la piena validità dei criteri *Engel* per l'individuazione di ciò che è da considerarsi come "materia penale" (non accogliendo, dunque, le istanze di quegli Stati che ne avevano invocato una lettura ridimensionata) e, seppur solo velatamente, riprende le ricostruzioni, enucleate nelle precedenti pronunce, rispetto alla natura dell'*idem factum*. Ora, nel caso di specie, la decisione della Corte verteva su due vicende analoghe, ascrivibili però a due ricorrenti diversi. Il primo aveva subito, in sede amministrativa, la condanna a corrispondere un interesse moratorio del 30% per aver omesso un'ingente somma di denaro nella dichiarazione fiscale del 2002 (tra l'altro, il ricorrente, non impugnando il provvedimento contenente tale sanzione, aveva fatto sì che lo stesso divenisse definitivo dopo tre settimane, una volta prescritti i termini per l'impugnazione); lo stesso soggetto, era stato condannato nel 2008, in sede penale, per frode fiscale aggravata (proponendo, questa volta, sia appello che ricorso per Cassazione: entrambi rigettati dalle rispettive Corti).

È importante sottolineare, poiché rientra tra le motivazioni che portano la giurisprudenza di Strasburgo ad escludere che vi sia stata violazione del *ne bis in idem*, che, nell'ambito del procedimento penale, il Tribunale aveva tenuto conto della pesante maggiorazione subita dallo stesso soggetto in sede amministrativa, motivo per cui ha irrogato la pena di un anno di reclusione. I criteri individuati dalla Corte europea sono tutti rispettati nel caso di specie: i procedimenti sono stati portati avanti in parallelo, ed erano inoltre dotati di una sufficiente connessione sul piano materiale; lo svolgimento di procedimenti duali era facilmente prevedibile dal primo ricorrente, «che doveva sapere fin dall'inizio dell'esistenza della possibilità di sanzioni penali così come maggiorazioni di imposte»⁶⁷; la sanzione penale ha tenuto conto della maggiorazione imposta in sede amministrativa, dando vita ad una risposta sanzionatoria complessivamente proporzionale alla gravità del fatto. Non c'è alcuna violazione del divieto del doppio giudizio: pertanto, «nulla indica che il primo ricorrente abbia subito un pregiudizio sproporzionato o un'ingiustizia come conseguenza della risposta giuridica integrata»⁶⁸. Non cambia la risposta della Corte di Strasburgo rispetto al secondo ricorrente, posto che pure in questo caso vi era stata connessione materiale e temporale, proporzionalità della pena (di cui aveva tenuto conto il giudice penale); prevedibilità della duplice risposta sanzionatoria. È

concreto: in altre parole «i primi parametri del test sono funzionali a valutare la struttura degli addentellati disciplinari a confronto, mentre gli ultimi tre risultano propedeutici a saggiare l'effettivo intreccio tra le procedure».

⁶⁶ L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, marzo 2017, rispetto a questa innovazione apportata dalla diversa lettura dell'art. 4, parla di una Corte che «non ha deluso l'auspicio di un superamento degli aspetti più rigidi della sua posizione in materia, facendo leva sulle pronunce concernenti i procedimenti cd. "doppi e paralleli" (o "misti")». Tra l'altro, è bene sottolineare che si parla di novità pure rispetto all'eccessiva importanza riconosciuta all'elemento della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria dal momento che, solo due anni prima, nell'ambito della sentenza *Grande Stevens*, la Corte EDU aveva ammesso che lo scopo dell'art. 4 Prot. 7 CEDU non è quello di garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria, ma proprio quello di impedire la doppia sanzione. È un rilievo sottolineato con estrema perplessità (data l'incoerenza che si pone fra le due pronunce della Corte EDU, a distanza di soli due anni), da G. DE AMICIS -P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 0469.

⁶⁷ Cfr. sent. *A. e B. contro Norvegia*, par. 146.

⁶⁸ Cfr. sent. *A. e B. contro Norvegia*, par. 147.

facilmente intuibile, sulla base dei criteri individuati dalla Corte di Strasburgo, che, ormai, al centro dell'attenzione del corretto inquadramento del *ne bis in idem* non vi sia più tanto spazio per il fatto⁶⁹. La *Grande Stevens* aveva cercato di dettare indicazioni ulteriori rispetto alla corretta interpretazione di *idem factum*: attenzione, tuttavia, non riproposta successivamente, nell'ambito della vicenda *A. e B.*

Il *ne bis in idem*, nello scenario attuale, eleva a parametro di riferimento non tanto il fatto (soprattutto perché vi è la possibilità che, avverso lo stesso fatto, vi sia una duplice sanzione - se l'ordinamento nazionale ha optato per la scelta dei procedimenti misti, incontestabile dalla Corte europea, come la stessa ha sottolineato nell'ambito della sentenza *A. e B. contro Norvegia* - purché i procedimenti si svolgano in parallelo), ma la congruità della pena. Eppure, ad oggi, qualcosa ancora non torna.

5. Sono passati ormai più di tre anni da quando, con la pronuncia *A. e B. contro Norvegia*, sono stati cristallizzati i criteri della sufficiente connessione sostanziale e temporale. In questi tre anni, la Corte EDU, chiamata più volte a dirimere controversie concernenti proprio il tema del difficile rapporto tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio, ha sempre fatto fedele applicazione dei criteri individuati nella ben nota pronuncia. La stessa Corte EDU, tuttavia, ha avvertito, a più riprese, l'esigenza di meglio specificare l'ambito applicativo dei criteri individuati nella pronuncia *A. e B. contro Norvegia*.

Nel 2019⁷⁰, ad esempio, la Corte affronta nuovamente un caso di violazione del doppio binario e, proprio in questa occasione, chiarisce il significato da attribuire all'espressione "decisione definitiva", che costituisce uno degli elementi su cui tale principio si fonda. A tal proposito, la Grande Camera individua in maniera del tutto autonoma il significato da attribuire all'espressione "decisione definitiva", dovendo quest'ultima ravvisarsi ogni qualvolta le parti abbiano esaurito i rimedi ordinari da esperire avverso la decisione stessa o siano inutilmente decorsi i termini all'uopo previsti. Il punto di contrasto sta proprio nella diversa posizione, assunta dalle due Corti, rispetto alla suscettibilità o meno del provvedimento di archiviazione di passare in giudicato. Per Strasburgo, infatti, il momento in cui quel provvedimento *transit in re iudicata* è da ravvisarsi nell'esaurimento dei 20 giorni concessi al destinatario del provvedimento stesso per procedere all'impugnazione; viceversa, per i giudici

⁶⁹ Come sottolinea il giudice Pinto de Albuquerque nell'ambito dell'opinione dissenziente alla *A. e B. contro Norvegia*, «La passata e generosa posizione sull'*idem factum* è stata significativamente ridotta dalla nuova camicia di forza in cui si è limitato il *bis*».

⁷⁰ Si fa riferimento a Corte EDU, Grande camera, sentenza 8 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, ric. n. 54012/10. Nel caso di specie, il ricorrente era stato fermato dalla polizia e sottoposto a test alcolemico. Risultato positivo al test, viene invitato a fornire un campione del suo sangue per verificare il tasso di concentrazione di alcol etilico presente e, di conseguenza, a sottoporsi ai relativi accertamenti in ospedale. Il ricorrente, tuttavia, si rifiuta di sottoporsi a tali controlli e, per questo motivo ed in conformità alle previsioni dell'ordinamento rumeno per siffatta condotta, viene avviato nei suoi confronti un procedimento penale che, ad ogni modo, condurrà il PM a chiedere l'archiviazione del caso dal momento che il fatto non viene considerato così grave da costituire reato. Contestualmente, ed in conformità a quanto previsto dalla legislazione rumena, il soggetto viene condannato ad una sanzione amministrativa di circa 250€. Dopo ben cinque anni il provvedimento di archiviazione viene annullato dall'ufficio inquirente di grado gerarchicamente superiore e, nei confronti del ricorrente, viene avviato un nuovo processo penale che culmina con l'irrogazione di una condanna ad un anno di reclusione. È a questo punto che comincia l'*iter* del ricorrente volto a far annullare questa seconda sanzione, propriamente penale, dal momento che, in relazione allo stesso fatto, egli aveva già subito una sanzione amministrativa. La questione è affrontata diffusamente da A. CARERI, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, in *www.sistemapenale.it*, 12 dicembre 2019.

nazionali il provvedimento di archiviazione è sempre suscettibile di impugnazione, atteso il potere di revisione, da esercitarsi senza limiti temporali, riconosciuto dell'ufficio inquirente gerarchicamente superiore.

Ad ogni modo, quello che più rileva, e che emerge chiaramente dal testo della sentenza in esame, è il richiamo totalizzante ai criteri della *A. e B. contro Norvegia* e, soprattutto, la fedele applicazione di questi ultimi. Tenendo da parte le questioni relative alla necessità che, nell'ambito della risoluzione dei due processi, amministrativo e penale, debba esserci una buona interazione probatoria fra le autorità procedenti e la complementarità⁷¹ degli scopi perseguiti dai due processi (fatta ovviamente salva la necessità di verificare che i due fatti appartengano alla sfera della “materia penale”, tenendo conto dei criteri *Engel*, altrimenti, a monte, non è possibile configurare una ipotesi di violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU), è appena il caso di soffermarsi sui criteri della prevedibilità del duplice processo, della sufficiente connessione temporale e della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria.

a) La prevedibilità del duplice processo

Il paragrafo 132 della sentenza *A. e B. contro Norvegia* annovera, fra i requisiti necessari per andare esente da possibili violazioni dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, anche il criterio della prevedibilità, sottolineando come quest'ultima debba essere intesa nel senso di «sapere se il dualismo dei procedimenti risulti essere una conseguenza prevedibile, sia dal punto di vista del diritto che nella pratica, degli stessi comportamenti repressi (*idem*)».

Ora, con questo richiamo alla prevedibilità, nel senso di necessità di sapere se il dualismo rappresenti una conseguenza diretta della condotta tenuta, i giudici di Strasburgo sembrano riprendere il significato di prevedibilità intesa quale corollario del principio di legalità. Questo principio del diritto penale trova la sua collocazione, in sede sovranazionale, negli articoli 7 CEDU e 49 della Carta di Nizza. Secondo il noto brocardo per cui *nullum crimen nulla poena sine lege*, la prevedibilità risiede proprio in quella esigenza di tassatività, certezza, precisione descrittiva della fattispecie costituente reato (in ossequio ai suddetti articoli) di modo che non solo si riducano gli spazi di arbitrarietà concessi al giudice nell'attività di sussunzione, ma, ed è questo quel che più rileva, un determinato soggetto sia ben consapevole delle conseguenze che una data condotta produce nell'ordinamento. Detto altrimenti, il soggetto deve poter essere consapevole che una data condotta costituisce reato e da quella condotta possono scaturire conseguenze anche e soprattutto di carattere processuale.

⁷¹ La complementarità non può essere agganciata alla diversa finalità delle due sanzioni giacché entrambe perseguono scopi afflittivi e, d'altronde, risiede proprio in questo il carattere penale della sanzione amministrativa. Se così fosse, pertanto, la complementarità non sarebbe diversa dal parametro rilevante della natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative: carattere, quest'ultimo, imprescindibile perché *bis in idem* possa almeno configurarsi. Ed allora è stato sottolineato, cfr. per es. L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in www.sistemapenale.it, 03 agosto 2020, che il *proprium* della complementarità risiede in esigenze di ragionevolezza. Detto altrimenti, il diritto penale ha finalità tendenti direttamente alla rieducazione del reo, alla risocializzazione dello stesso. Di conseguenza, e per dirla con le parole dell'Autore, «La sanzione penale rischia dunque di lasciare “scoperte” talune esigenze pratiche, legittimando così in ipotesi la predisposizione di un secondo apparato sanzionatorio, tutto orientato al profilo degli effetti del reato ed improntato a criteri di sveltezza ed effettività».

Tra l'altro, il principio di prevedibilità sul piano convenzionale si atteggia non solo a prevedibilità della legge scritta, ma anche dell'interpretazione giurisprudenziale⁷² e dei tempi del processo⁷³. Dunque, le conseguenze di un'azione che presenta gli estremi del fatto inteso, almeno, come reato, sono prevedibili dal soggetto che tiene una condotta criminosa. Se non fosse prevedibile, cioè se quella fattispecie non fosse prevista dalla legge come reato, il soggetto, di conseguenza, non potrebbe proprio essere perseguito sul piano penale; come pure non potrebbe esserlo se, sempre facendo applicazione dell'art. 7 CEDU, una determinata azione od omissione viene intesa come una condotta integrante una fattispecie costituente reato solo dopo l'avvenuta commissione. Principio di legalità vuol dire, infatti, anche irretroattività della legge sfavorevole e tale irretroattività è strettamente agganciata al principio di prevedibilità: in applicazione di quest'ultimo, il soggetto deve, in un certo senso, poter calcolare le conseguenze delle sue azioni. Si potrebbe obiettare che queste brevi considerazioni attengono ad una sfera propriamente penale e non anche amministrativa; il che è vero, ma non completamente.

Il problema del doppio binario sanzionatorio si pone, infatti, non già tra una sanzione penale (che quindi deve rispondere necessariamente al principio di legalità e a tutti i suoi diretti corollari) e una sanzione meramente amministrativa, bensì, ed è questo il punto, tra una sanzione penale ed una sanzione solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale. Bisogna allora sottolineare, a tal proposito, che il principio di legalità in sede convenzionale è fortemente agganciato al concetto di "materia penale"⁷⁴ elaborato, nel corso degli anni, dalla Corte europea. Ed allora, proprio in virtù del carattere autonomo della nozione "materia penale", le garanzie previste dall'art. 7 CEDU si estendono al soggetto che abbia posto in essere un illecito sostanzialmente penale, anche se formalmente amministrativo⁷⁵. Ergo: l'art. 7 CEDU⁷⁶ si applica anche alla sfera amministrativa, sostanzialmente penale. Posta in questi termini la questione, la prevedibilità, intesa quale corollario del principio di legalità, garantisce, in un certo senso, anche la prevedibilità cui fa riferimento il paragrafo 132 della sentenza *A. e B. contro Norvegia*. In altri termini: se una data condotta costituisce reato o illecito amministrativo, ed entrambe le fattispecie soggiacciono alla disciplina dell'art. 7 CEDU, vuol dire che per entrambe valgono le regole della prevedibilità intesa come conoscenza del fatto che un nucleo

⁷² Un riferimento può essere fatto al ben noto Caso Contrada, Corte EDU, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, n. 66655/13, secondo cui Contrada non avrebbe dovuto essere condannato dal nostro ordinamento perché, all'epoca della commissione dei fatti (tra il 1979-1988), il reato per il quale è stato ritenuto colpevole, e cioè il concorso esterno in associazione mafiosa, non era ancora previsto dall'ordinamento giuridico italiano e, sostengono i giudici di Strasburgo, non era prevedibile dall'imputato. Il reato di concorso esterno in associazione mafiosa – reato di creazione giurisprudenziale – vede la sua consacrazione, nel nostro ordinamento, solo nel 1994 quando, accogliendo la tesi favorevole alla configurabilità di suddetta fattispecie criminosa, le Sezioni unite con sentenza del 5 ottobre 1994, n. 16, hanno meglio chiarito l'ambito applicativo e di operatività del concorso esterno punibile.

⁷³ Non sembra corretto, infatti, estendere la prevedibilità anche alla durata dei processi. Prevedibilità e sufficiente connessione temporale rappresentano, a ben vedere, criteri diversi dalla ragionevole durata del processo.

⁷⁴ Per la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale concernente il concetto di "materia penale" si rimanda al par. 3

⁷⁵ Quindi, in generale, chi pone in essere un illecito sostanzialmente penale, deve poi essere «in grado di prevedere con reale certezza quale sarà la reazione dell'ordinamento». Si esprime in questi termini M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *federalismi.it*, 22 febbraio 2017, cui si rimanda per una disamina generale sul difficile inquadramento della sanzione amministrativa nel nostro ordinamento alla luce dell'orientamento convenzionale.

⁷⁶ Ovviamente il riferimento non è al solo art. 7, ma viene citato esclusivamente quest'ultimo perché è l'articolo che maggiormente interessa la trattazione in esame.

fattuale attivo od omissivo integra una fattispecie di reato e, conseguentemente, genera l'apertura di un processo che può culminare nella applicazione di una sanzione.

Com'è stato sottolineato in dottrina⁷⁷, il nucleo centrale dell'art. 7 CEDU ruota proprio intorno alla tutela dell'individuo rispetto a situazioni nelle quali egli si trovi ad essere protagonista senza che, tuttavia, le stesse siano prevedibili e calcolabili.

Di conseguenza, prevedibilità sostanziale e prevedibilità del dualismo processuale, in un certo senso, si fondono: se il fatto è previsto dall'ordinamento come reato/illecito amministrativo, è *ex se* prevedibile la duplice risposta sanzionatoria⁷⁸. Alla luce di queste forti garanzie riconosciute all'individuo, supplementari rispetto a quelle proprie del diritto costituzionale di ciascun ordinamento, appare piuttosto difficile che le conseguenze di una determinata condotta non siano prevedibili dal soggetto che l'ha posta in essere⁷⁹.

Considerata, quindi, l'ampia portata che la prevedibilità riveste in sede convenzionale, non sembra fuori luogo concludere nel senso che i giudici di Strasburgo, con quel riferimento alla prevedibilità tra i criteri che devono sussistere ai fini della configurabilità o meno di un'ipotesi di *bis in idem*, abbiano inteso rafforzare questa fondamentale garanzia posta a tutela dell'individuo, che trova la sua disciplina nell'art. 7 CEDU. Esporre l'individuo a conseguenze sanzionatorie di fatto non prevedibili recherebbe con sé l'inconveniente di generare una situazione di conflitto con la previsione di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, dal momento che, è opportuno ribadirlo, per andare esenti da eventuali violazioni del doppio giudizio è necessario che sussistano tutti i criteri individuati dalla *A. e B.*

Una risposta sanzionatoria, *recte* un dualismo procedimentale imprevedibile equivarrebbe, pertanto, ad una violazione del *ne bis in idem* nella misura in cui viene violato il principio della prevedibilità nella sua accezione più propriamente processuale quale prevedibilità della conseguenza sanzionatoria⁸⁰: una conseguenza che passa necessariamente per un processo/procedimento. Di conseguenza, prima ancora che una violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, si avrebbe una violazione diretta dell'art. 7 della Convenzione.

⁷⁷ Si fa riferimento a F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2018, in cui l'Autore sottolinea come il fuoco dell'art. 7 CEDU si trovi «in particolare, nell'interesse dell'individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile», per poi continuare sottolineando come accessibilità del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie siano «le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo che naturalmente legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come diritto dell'individuo, anziché come principio ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici».

⁷⁸ Sempre F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2018, afferma come, nell'ottica convenzionale, «La conoscibilità/prevedibilità non investe, dunque, soltanto la parte precettiva della norma penale, ma anche le conseguenze sanzionatorie», specificando come prevedibile debba essere non solo l'illiceità della condotta, ma anche la sua rilevanza penale ed il tipo/quantità di pena che potrà essere inflitta nel caso di specie.

⁷⁹ Approfondimenti in tal senso sono svolti da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2018, il quale, mettendo a raffronto la garanzia riconosciuta dall'art. 7 CEDU con quelle proprie dell'ordinamento italiano, sottolinea come si tratti di una garanzia che si estende «ben oltre i confini assegnati in genere dalla dottrina italiana al principio della conoscibilità della norma penale, dedotto dall'art. 5 c.p. nella versione modificata dalla Corte costituzionale».

⁸⁰ Cfr. nota 78.

È stato sottolineato⁸¹ che, tuttavia, una lettura siffatta della prevedibilità, sebbene condivisa dalla stessa Corte di giustizia⁸², sia stata ormai superata dalla Corte europea che, al contrario, accoglie una nozione di prevedibilità incentrata sulla duplice giurisdizione, intesa quale precostituzione del giudice naturale che pure, però, troverebbe la propria base normativa nell'art. 6 CEDU. In entrambi i casi, dunque, non v'è elemento di novità poiché, quale che sia l'interpretazione ritenuta prevalente, la prevedibilità trova già la propria disciplina normativa in due articoli fondamentali della CEDU, l'art. 6 e l'art. 7.

Si discute se la prevedibilità faccia riferimento anche alla prevedibilità della durata del processo o di esercizio dell'azione penale laddove sia stato già instaurato un procedimento amministrativo. Se così fosse, sarebbe difficile conciliare la prevedibilità con i termini di prescrizione. È un problema, quest'ultimo, che si pone nel processo penale e quindi relativamente alle conseguenze sanzionatorie di quest'ultimo. Difficile immaginare che possano essere prevedibili i tempi di un processo e, forse, non è nemmeno necessario che dei tempi del processo di occupi la prevedibilità, dal momento che già altre disposizioni, convenzionali ed interne, impongono che, complessivamente, i processi giungano a conclusione in un arco di tempo che possa dirsi ragionevole.

Questo interrogativo ci permette di affrontare un altro criterio molto controverso e che sembra assumere, negli ultimi tempi, un ruolo sempre più rilevante nelle decisioni di Strasburgo. Si fa riferimento al criterio della sufficiente connessione temporale.

b) La sufficiente connessione temporale

Il criterio della sufficiente connessione temporale reca con sé un primo, fondamentale quesito: sulla base di quali parametri si può affermare che i processi si sono svolti in parallelo?

La Corte, a tal proposito, specifica semplicemente che parallelo non vuol dire simultaneo: detto altrimenti, il nesso sussiste quando buona parte dei due procedimenti può essere sovrapposta, sul piano temporale; tant'è che la Corte ha cura di precisare che «tale nesso deve essere sufficientemente stretto per proteggere l'individuo dalle incertezze e dalle lungaggini e dai procedimenti protratti per un tempo eccessivo»⁸³.

Probabilmente, l'unica certezza è data dal fatto che la successione dei procedimenti esclude la possibilità di porsi al riparo da una eventuale violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU: in tale ultimo caso, infatti, il secondo procedimento viene instaurato dopo che il provvedimento, emesso all'esito

⁸¹ Si fa riferimento a L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in S.P., 03 agosto 2020 che, proprio in riferimento al criterio della prevedibilità sottolinea come la Corte EDU riferisca ormai il parametro alla duplicazione dei procedimenti, «che deve essere prevedibile *ex ante* dal soggetto che li “subisce”». In tal senso, prevedibilità equivarrebbe alla prevedibilità della duplice giurisdizione per materia.

⁸² Per es. nell'ambito della sent. *Garlsson Real Estate*, C- 537/16, la Corte di giustizia afferma espressamente che «una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale rispetta il contenuto essenziale dell'articolo 50 della Carta, in quanto consente un cumulo siffatto di procedimenti e di sanzioni solo a condizioni tassativamente fissate, garantendo in tal modo che il diritto sancito a detto articolo 50 non sia messo in discussione in quanto tale» o, ancora, nella sent. *Menci*, C-524/15, «Inoltre, una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, rispetta il contenuto essenziale dell'articolo 50 della Carta, giacché, [...] essa consente un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni unicamente a condizioni fissate in modo tassativo, assicurando quindi che il diritto garantito al suddetto articolo 50 non sia rimesso in discussione in quanto tale».

⁸³ Cfr. sent. *A. e B. contro Norvegia*, par. 134.

del primo, sia divenuto definitivo⁸⁴. Non c'è, di conseguenza, uno svolgimento parallelo dei due procedimenti: *ne bis in idem*, senza troppi giri di parole⁸⁵. Secondo un'altra interpretazione, pure avanzata in dottrina⁸⁶, il parametro temporale sembrerebbe rispondere ad esigenze non legate alla certezza del diritto, ma alla ragionevole durata del processo, seppur connessa a più distinti procedimenti: di conseguenza, ben potrebbe accadere che in futuro le Corti europee inizino a pretendere maggior chiarezza da parte del legislatore, chiamato ad individuare gli estremi temporali entro cui tale parametro è destinato ad operare, senza che vi siano violazioni della disciplina convenzionale.

Si tratta, tuttavia, di un criterio aleatorio, anzi, come sottolinea in maniera piuttosto severa il giudice Pinto de Albuquerque nell'ambito dell'unica opinione dissenziente, «il criterio della “sufficiente connessione temporale” è arbitrario»⁸⁷ e tale arbitrarietà trasforma, inevitabilmente, il *ne bis in idem* in un principio flessibile, facilmente modellabile e modulabile attraverso le diverse posizioni dei giudici (cui ormai è rimessa l'intera responsabilità nell'accertare la sufficiente connessione sostanziale e cronologica).

In altre parole: le recenti pronunce della Corte di Strasburgo hanno trasformato il volto del *ne bis in idem*, passando dalla dimensione *maior* del principio alla sua declinazione *minor*⁸⁸, con ciò di fatto confermando che il principio del *ne bis in idem* è, evidentemente, in crisi. Più volte, negli ultimi anni, la giurisprudenza di Strasburgo ha accordato preferenza ora all'uno ora all'altro criterio, mentre i vicini giudici di Lussemburgo sembrano ormai aver trovato il loro principale punto di riferimento nel requisito della complessiva proporzionalità della pena⁸⁹. A lasciare perplessi è la quasi spasmodica ossessione della Corte EDU nei confronti del criterio della sufficiente connessione temporale. Nella *A. e B. contro Norvegia*, la Corte EDU ammette la possibilità che i due procedimenti non integrino una violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU a patto che essi si svolgano in parallelo, siano cioè dotati di una sufficiente connessione temporale tali da renderli una cosa sola, un unico processo.

⁸⁴ C'è, tuttavia, chi ha avanzato un'interpretazione diversa delle parole della Corte sulla sufficiente connessione temporale. Tra questi, merita di essere sottolineata la posizione di F. VIGANÒ, *La grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, nota a Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11, secondo cui, questa precisazione operata dalla Corte (in virtù della quale non è necessario che i processi siano simultanei, ma è chiaro che un lasso di tempo più dilatato esporrebbe, per una durata forse eccessiva, l'imputato alle lungaggini e, soprattutto, alle incertezze processuali) sembra spalancare le porte «– un po' sorprendentemente, viste le premesse con le quali la Corte pareva aver ristretto il suo esame all'ipotesi, appunto, dei procedimenti paralleli – alla possibilità di escludere la violazione anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi dopo la definitiva conclusione del primo procedimento». Al momento, comunque, sembra doversi preferire l'interpretazione esposta all'interno del testo, secondo cui la successione nell'instaurazione dei procedimenti darebbe vita ad una lesione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

⁸⁵ Detto altrimenti, ed utilizzando le parole di L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, marzo 2017, ciò che risulta da tale pronuncia è che «non di “consecutività”, bensì di “combinazione” procedurale si possa e si debba parlare».

⁸⁶ Si fa riferimento a L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in www.sistemapenale.it, 3 agosto 2020.

⁸⁷ Par. 46 dell'opinione dissenziente alla *A. e B. contro Norvegia*.

⁸⁸ Si esprime in questi termini E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, 129, che parla, a tal proposito, di una «geometria variabile collegata all'incerto criterio della “sufficiently close connection in substance and time” e rimessa all'apprezzamento del giudice (nazionale) nel caso singolo», tale da ridimensionare, in sostanza, la portata garantista del principio in esame.

⁸⁹ È quello che sembra emergere, in modo particolare, dalla sentenza della CGUE, *Garlsson Real Estate*, C-537/16

Si tratta del criterio che, forse più di tutti, subisce le caratteristiche processuali proprie di ogni ordinamento. Sebbene anche a livello convenzionale sia stata più volte ribadita la necessità che i tempi dei processi debbano avere una ragionevole durata, non c'è un limite massimo, valido per tutti gli ordinamenti, entro il quale bisogna chiudere i processi. Sicché resta, inevitabilmente, diversa la modalità di svolgimento e di durata degli stessi all'interno dei singoli Stati. Rispetto a questo criterio, la Corte, nel tempo, ha mostrato un atteggiamento contrastante. Qualche esempio servirà a comprendere meglio la questione. Nella sentenza *Jóhannesson e a. c. Islanda*⁹⁰ (il cui oggetto è, a dire il vero, quasi lo stesso di quello che la Corte EDU si era trovata ad affrontare, poco tempo prima, nell'ambito della sentenza *A. e B. contro Norvegia*⁹¹), il processo penale è avviato quando già il provvedimento amministrativo era divenuto definitivo, e si conclude nel 2011 con una sentenza di condanna (che, tuttavia, tiene conto della sanzione già irrogata in sede amministrativa).

La condanna passa in giudicato nel 2013 ed è a questo punto che, ritenendo di aver subito una palese violazione del divieto del doppio giudizio, la difesa propone un ricorso alla Corte EDU. Quest'ultima si ritrova a dover fare diretta applicazione dei criteri consacrati nella *A. e B. contro Norvegia*, ravvisando il punto debole della questione proprio nella labile connessione temporale. Quello che, dunque, rileva maggiormente all'interno di questa pronuncia, e conferma che i criteri individuati nell'ambito della sentenza *A. e B. contro Norvegia* sono tra loro cumulativi e non alternativi, è proprio la carenza della sufficiente connessione temporale⁹². La critica che, tuttavia, è stata mossa avverso questo itinerario argomentativo è quella di invertire i fattori del problema⁹³. Il problema della violazione del *ne bis in idem* non può ridursi alla celerità dei procedimenti⁹⁴ e al modo in cui questi si sono svolti, altrimenti si dovrebbe concludere che lo stesso principio sia stato posto a baluardo di un altro fondamentale principio che va sotto il nome di "ragionevole durata del processo" e che pure trova ampio spazio all'interno delle garanzie convenzionali. Così, tuttavia, non è.

⁹⁰ Corte EDU (I Sezione), sentenza 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*.

⁹¹ Più precisamente, i due ricorrenti erano stati condannati, tra il 2004 ed il 2005, per omesse dichiarazioni in materia tributaria, al versamento di una sovrattassa pari al 25%; tale provvedimento amministrativo era poi divenuto definitivo nel 2008. Nello stesso anno (per essere precisi, bisogna evidenziare che nel novembre 2004 l'amministrazione finanziaria aveva già trasmesso gli atti all'autorità di polizia che aveva di fatto aperto un procedimento penale per reati fiscali nei confronti dei medesimi soggetti; tuttavia, l'imputazione è stata formulata solo nel 2008, quando già il provvedimento amministrativo era divenuto definitivo) erano stati rinviati a giudizio per la corrispondente fattispecie penale.

⁹² Questo rilievo non è di poco conto. Infatti, vista la presenza di alcuni degli indici più importanti enucleati nell'ambito della pronuncia *A. e B. contro Norvegia*, la risposta della Corte avrebbe dovuto essere positiva. Invece, nel caso di specie, la Corte riconosce l'effettiva violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, «lasciando intendere che, nonostante il positivo riscontro di alcuni tra gli indicatori forniti dalla pronuncia *A. e B. c. Norvegia*, si debba comunque portare a termine la verifica, esaminando tutti i criteri singolarmente»; si esprime in questo modo M. F. CUCCHIARA, *Ne bis in idem: la Corte EDU torna sui criteri elaborati dalla Grande Camera*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2017, 5.

⁹³ Come sottolinea A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, 4578, nota a: Corte EDU., sez. I, 18 maggio 2017, n. 22007, nella sentenza in disamina la Corte EDU «ha sostanzialmente sovrapposto il tema della connessione cronologica con quello della proporzionalità, facendo discendere automaticamente dalla mancanza della prima l'insussistenza della seconda».

⁹⁴ F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 maggio 2017, nota a: Corte EDU, sez. I, sent. 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, ric. n. 22007/11, parla di una valutazione che «disorienta l'osservatore» poiché la Corte sembra non fare riferimento «al quadro normativo che regola i procedimenti medesimi e le loro eventuali connessioni. Il dato che determina la decisione della Corte pare essere qui esclusivamente il fatto che i due procedimenti abbiano avuto in concreto uno svolgimento parallelo per un lasso di tempo molto limitato, e che il processo penale si sia protratto per circa cinque anni dopo la conclusione del procedimento amministrativo».

La garanzia del *ne bis in idem* non può rischiare di trasformarsi in «un improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che "sopravvive" alla definizione del primo»⁹⁵. In realtà, bisogna essere molto cauti e non trarre giudizi affrettati: si tratta, infatti, di un criterio che non va a porsi su uno scalino più alto semplicemente perché, tra gli elementi individuati dai giudici di Strasburgo nella pronuncia *A. e B.*, non vi è alcuna scala gerarchica ma assoluta parità, tant'è che i criteri devono sussistere tutti per rendere il dualismo di procedimenti compatibile con l'art. 4 Prot. 7 CEDU e la vicenda *Jóhannesson* ne è la conferma⁹⁶. Nel 2019, la Corte EDU si è trovata ad affrontare nuovamente il tema della legittimità dei sistemi punitivi a doppio binario sanzionatorio con una decisione⁹⁷ che avrà sicuramente delle ricadute anche all'interno dell'ordinamento italiano⁹⁸.

Con il ricorso alla Corte EDU si lamenta la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, essendo stato – il ricorrente – punito due volte per il medesimo fatto. La Corte fa diretta applicazione dei parametri individuati nell'ambito della sentenza *A. e B. contro Norvegia*, tenendo conto, in particolare, della sussistenza della sufficiente connessione sostanziale e temporale⁹⁹. Nel caso di specie, l'autorità amministrativa ed il giudice penale avevano inteso reprimere i medesimi elementi di dannosità del fatto (manipolazione del mercato) per tutelare i medesimi interessi sociali.

⁹⁵ Sono le parole di F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, nota a: Corte EDU, I sez., sent. 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, ric. n. 22007/11.

⁹⁶ Le stesse conclusioni sono state raggiunte anche nell'ambito di una più recente pronuncia, del tutto analoga a quella in disamina. Si tratta di C. Edu, sez. II, sent. 16 aprile 2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*. In questo contesto, ancora una volta, la Corte di Strasburgo si sofferma sull'assenza di una sufficiente connessione temporale (i due procedimenti, infatti, erano andati avanti in parallelo solo per pochi anni; quello penale si era concluso a distanza di molto tempo dal momento in cui il provvedimento amministrativo era divenuto definitivo). Come sottolinea A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 maggio 2019, in nota proprio a questa sentenza, il criterio della connessione temporale assume sempre maggior rilievo nell'ambito della giurisprudenza europea, scontrandosi però con il dato esistente nei singoli ordinamenti dove «la definizione del procedimento penale anni dopo quello amministrativo costituisce la regola, non l'eccezione». Senza contare che, altra importante questione, affrontata pure nell'ambito della sentenza *Jóhannesson* è quella della forte asimmetria che contraddistingue il piano delle garanzie nei due distinti procedimenti. Stante l'assoluta impossibilità di abbassare il livello di garanzie a base del processo penale (operazione, tra l'altro, che si porrebbe in assoluto contrasto con il dato dell'art. 6 CEDU), si potrebbe pensare, come l'A. suggerisce, di innalzare quelle che governano l'irrogazione della sanzione amministrativa, «O il prezzo da pagare in termini di tempo e risorse renderebbe *tout court* disfunzionale il sistema del doppio binario?». Si tratta di domande «che sono da tempo "sul tappeto". E che, a giudicare dalla pronuncia odierna, conservano tutta la loro attualità».

⁹⁷ Si fa riferimento a Corte EDU, sez. V, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*.

⁹⁸ Il signor *Nodet*, protagonista della vicenda, era stato condannato nel 2007 ad una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 250mila euro perché giudicato colpevole di manipolazione del mercato. Stando alla ricostruzione dell'Autorità amministrativa, *Nodet* aveva posto in essere comportamenti tali da causare un incremento del valore dei titoli di una società quotata. Il provvedimento amministrativo di condanna diviene definitivo nel 2009; nel frattempo, su segnalazione della stessa Autorità amministrativa, aveva preso avvio un procedimento penale per manipolazione del mercato, fondato sugli stessi fatti. Anche tale procedimento si chiude con una sentenza di condanna, che diviene definitiva nel 2014 successivamente alla conferma da parte della Corte di cassazione francese della sanzione irrogata.

⁹⁹ È opportuno ribadire tali parametri, individuati nel par. 132 della sentenza *A. e B. contro Norvegia*: «sapere se le distinte procedure perseguono obiettivi complementari e riguardanti, non solo *in abstracto* ma anche in concreto, aspetti diversi dell'atto pregiudizievole alla società in causa; sapere se il dualismo dei procedimenti risulti essere una conseguenza prevedibile, sia dal punto di vista del diritto che nella pratica, degli stessi comportamenti repressi (*idem*); sapere se i procedimenti in questione si sono svolti in maniera da evitare, per quanto possibile, qualsiasi ripetizione nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova, principalmente attraverso un'interazione adeguata tra le diverse autorità competenti, facendo sembrare che la statuizione dei fatti effettuata in uno dei procedimenti è stata ripresa nell'altro; e, soprattutto, sapere se la sanzione imposta al termine del processo è stata prima presa in considerazione nell'ultimo processo, in modo da non gravare il modo eccessivo sull'interessato, essendo quest'ultimo rischio meno suscettibile di presentarsi esistendo un meccanismo di compensazione che possa assicurare che l'insieme globale di tutte le sanzioni irrogate sia proporzionato».

Non solo. Non c'era stata, tra le due autorità procedenti una sinergia nella raccolta e nella valutazione degli elementi probatori, né una connessione forte sul piano temporale: infatti, i due procedimenti solo per un breve periodo procedono in parallelo. La condanna penale diviene, infatti, definitiva nel 2014, laddove il provvedimento amministrativo aveva raggiunto la medesima stabilità già nel 2008 e di questo ritardo il governo francese non aveva saputo dare una spiegazione plausibile¹⁰⁰.

Dunque, il criterio della connessione cronologica assume importanza decisiva nell'ambito di questa decisione, rendendo però ancora più complesso il dialogo con la Corte di giustizia che, solo un anno prima, aveva riconosciuto al criterio della proporzionalità della risposta sanzionatoria il carattere di elemento imprescindibile e di *condicio sine qua non* al fine di una piena compatibilità con l'art. 50 CDFUE¹⁰¹. Con la sentenza in esame, la Corte di Strasburgo ha mostrato di "prendere seriamente"¹⁰² in considerazione tutti i criteri evidenziati nell'ambito della *A. e B. contro Norvegia*, con delle conseguenze notevoli, arrivando a tacciare di incompatibilità, rispetto all'art. 4 Prot. 7 CEDU, un sistema di doppio binario non rispettoso della sufficiente connessione temporale, sebbene il parametro della proporzionalità del cumulo sanzionatorio fosse stato rispettato *in toto*.

Il problema che si riscontra maggiormente, dunque, è quello dell'assenza della connessione temporale tra i procedimenti; si tratta, tuttavia, di un difetto non ascrivibile tanto al legislatore quanto ad un'impostazione genetica del sistema processuale dei singoli ordinamenti, tra cui quello italiano, e delle lungaggini processuali tipiche di questi ultimi, che vanno ad alterare in maniera significativa la possibilità di condurre in parallelo i due giudizi come fossero una cosa sola¹⁰³.

Ebbene, sembra essere proprio questa la presa di posizione emergente nell'ambito della pronuncia *Bajčić contro Croazia*. Il merito da riconoscere alla ricostruzione che in tale pronuncia la Corte fa, rispetto al criterio della sufficiente connessione temporale, è proprio quello di averlo sganciato dal principio della ragionevole durata del processo. Si ammette, infatti, che il processo penale è per sua stessa natura più lungo di quello amministrativo e da ciò sembrerebbe discendere, come diretto corollario, che i tempi di durata del processo non possono essere prevedibili a monte e che, soprattutto, non è equo collegare la violazione del doppio giudizio ad oscillazioni temporali anche fortemente cangianti da ordinamento a ordinamento.

Poniamo il caso di due soggetti, appartenenti a due Stati diversi, perseguiti in sede penale per un fatto punibile, secondo i rispettivi ordinamenti, sia in sede amministrativa sia in sede penale, rispetto al quale risultano essere già destinatari di una sanzione amministrativa. In base alle peculiarità

¹⁰⁰ La stessa Corte di Strasburgo aveva avuto cura di precisare, nell'ambito della sentenza *A. e B. contro Norvegia*, al par. 134 che «Più il nesso temporale è sottile, più ci sarà bisogno che lo Stato spieghi e giustifichi i ritardi di cui potrà essere responsabile».

¹⁰¹ E, di fatto, nell'ambito della sentenza *Garlsson* è solo questo il punto debole che la Corte riconosce all'ordinamento italiano, censurando, sotto tale prospettiva, il meccanismo del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato. In tal senso, M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 giugno 2019, nota a: Corte EDU, sez. V, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*. Inoltre, come ha cura di precisare l'A. stesso, l'attenzione verso la proporzionalità complessiva del cumulo sanzionatorio è stata assunta come parametro di riferimento anche da parte della Consulta e della Corte di cassazione nell'ambito delle loro ultime pronunce in materia.

¹⁰² Si fa riferimento al titolo usato da M. SCOLETTA, *ult. op. cit.*

¹⁰³ Rilievi in tal senso sono svolti da M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 giugno 2019, nota a: Corte EDU, sez. V, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*.

proprie degli ordinamenti in cui si consumano le due condotte, perfettamente sovrapponibili ed integranti la medesima tipologia di illecito penale ed amministrativo, i due soggetti potrebbero trovarsi: a beneficiare dell'operatività del divieto del doppio giudizio, dunque vedersi riconosciuta la violazione del *ne bis in idem*, se le lungaggini processuali hanno fatto sì che il processo penale si protraesse ulteriormente rispetto alla definizione di quello amministrativo, in modo da eliminare la *fictio*, interrompere la connessione temporale e generare una violazione dell'art. 4 Prot. 7; a non beneficiare della operatività del divieto del doppio giudizio, e quindi a trovarsi in una situazione di piena compatibilità con il dato dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, così da essere legittimamente destinatari della duplice sanzione se, nell'ordinamento processuale di appartenenza, la definizione del processo penale non è, in genere, sottoposta a protrazioni temporali abnormi di modo che, nel caso concreto, i due giudizi sono stati svolti in parallelo e come fossero una cosa sola.

Probabilmente, se la Corte europea avesse fornito parametri temporali validi per tutti gli ordinamenti ed idonei a ravvisare i casi in cui è compatibile con il criterio della sufficiente connessione temporale la prosecuzione in parallelo dei due procedimenti, non ci sarebbero stati troppi problemi rispetto al corretto inquadramento del criterio in esame e, in modo particolare, sarebbe stato aggirato, in tal modo, il rischio di minare la certezza e la stabilità del diritto.

c) La proporzionalità

È forse quest'ultimo l'elemento al quale bisogna prestare maggiore attenzione¹⁰⁴: divenendo, il criterio della proporzionalità della pena, quasi la *condicio sine qua non*, non sembra fuori luogo concludere nel senso che il *ne bis in idem* convenzionale, a partire dalla sentenza *A. e B. contro Norvegia*, abbia assunto la veste di garanzia tipicamente sostanziale¹⁰⁵. Scelta non del tutto opinabile, se si pensa che lo scopo del *ne bis in idem* è anche quello di evitare una reiterata risposta sanzionatoria, se il fatto è stato già punito. Nell'ambito dell'opinione dissenziente, si sottolinea come la proporzionalità rappresenti unicamente «un simulacro di proporzionalità, limitata ad una vaga indicazione di tenere in considerazione le sanzioni amministrative precedentemente inflitte al momento di imporre multe in sede penale»¹⁰⁶.

Anche la proporzionalità è un principio caro al diritto penale sostanziale: di fatto il giudice, nell'andare a quantificare la pena, deve tenere conto di una serie di parametri, il rispetto dei quali conferisce alla pena quel carattere di proporzionalità rispetto alla fattispecie di reato posta in essere e al grado di offensività che quest'ultima reca con sé. Nel contesto convenzionale, nell'ambito dei

¹⁰⁴ Lo si può ricavare anche dal fatto che, nell'ambito del par. 132, nell'andare ad elencare gli elementi necessari per affermare l'esistenza di un nesso sufficientemente stretto sul piano materiale, all'ultimo punto la Corte sottolinea che bisogna «soprattutto» (*sic!*) «sapere se la sanzione imposta al termine del processo è stata prima presa in considerazione nell'ultimo processo, in modo da non gravare in modo eccessivo sull'interessato, essendo quest'ultimo rischio meno suscettibile di presentarsi esistendo un meccanismo di compensazione che possa assicurare che l'insieme globale di tutte le sanzioni irrogate sia proporzionato».

¹⁰⁵ Come ha ben sottolineato N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2019, 662, nota a: *Cass. pen.*, sez. V, 21 settembre 2018, n.49869, la pronuncia in commento «ha impresso una nuova fisionomia al principio del *ne bis in idem* convenzionale [...], enfatizzando la sua impronta sostanziale, tramite svolgimenti argomentativi all'evidenza tendenti a tale approdo nella misura in cui il giudizio di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio è stato elevato a parametro fondamentale di valutazione in materia».

¹⁰⁶ Par. 80 dell'opinione dissenziente alla *A. e B. contro Norvegia*

criteri individuati dall'*A. e B. contro Norvegia*, la proporzionalità assume un volto peculiare, il cui rispetto va ad imporsi direttamente sul giudice del secondo processo (che, nella maggior parte dei casi, è quello penale) il quale dovrà tenere conto della sanzione irrogata nell'ambito del procedimento conclusosi per primo per evitare qualsiasi rischio di *bis*¹⁰⁷.

È proprio su questo principio che fa leva la tesi di quanti ritengono che il volto attuale del *ne bis in idem*, convenzionale ed europeo, sia quello di un principio di natura sostanziale e non più anche processuale. I recenti approdi giurisprudenziali, infatti, sembrano andare proprio in tal senso; il che non è sbagliato. Anzi, l'attenzione verso una dimensione sostanziale del principio è da salutare con ottimismo; quello che più preoccupa, tuttavia, è la sperequazione che si realizza nel bilanciamento fra dimensione sostanziale e processuale.

Sicuramente l'elemento della proporzionalità risulta essere rilevante nel momento in cui si ammette la duplicazione dei processi, e delle sanzioni, a patto che le stesse realizzino una risposta sanzionatoria complessivamente adeguata e, per l'appunto, proporzionale; tuttavia, il *ne bis in idem*, analizzato nella sua veste di principio sostanziale, non mira ad ottenere una sanzione che sia complessivamente ispirata ad un criterio di proporzionalità; mira, piuttosto, ad evitare proprio che un soggetto possa subire una duplice sanzione e, pertanto, un duplice processo, per il medesimo fatto già giudicato. E allora è proprio da quell'"anche" che si può trarre la successiva conseguenza: l'avvenuta "sostanzializzazione" del principio non deve trarre in inganno: il principio sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU mantiene comunque il suo profilo processuale, di talché sembra addirittura superfluo sottolineare che la semplice previsione della "pena proporzionata" non può, di certo, giustificare che un fatto illecito venga punito sempre con più risposte sanzionatorie, sebbene complessivamente proporzionali fra loro, anche all'interno di un unico procedimento¹⁰⁸.

Questo criterio rappresenta, inoltre, l'unico ponte¹⁰⁹ tra Corte EDU e Corte di Giustizia dal momento che i giudici di Lussemburgo hanno valorizzato proprio l'elemento della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria per verificare la sussistenza o meno di una violazione del doppio giudizio. Nell'ambito della pronuncia *Garlsson Real Estate*¹¹⁰, la Corte di Giustizia condanna l'ordinamento italiano unicamente per difetto di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria, dal momento che l'oggetto della questione rappresentava un caso classico di doppio binario sanzionatorio, suscettibile dunque di una sanzione sia in sede amministrativa sia in sede penale. Le motivazioni della Corte, anche a tal proposito, sembrano abbastanza chiare: il principio di proporzionalità implica, infatti, che il cumulo complessivo di sanzioni irrogate sia compatibile non solo con il dato letterale dell'art. 50 CDFUE, ma anche con l'art. 49 della stessa Carta, relativo proprio al principio di proporzionalità: il cumulo della risposta sanzionatoria, cioè, deve essere calibrato sulla

¹⁰⁷ È stato sottolineato in dottrina come questo *modus operandi* riconosca in capo al giudice del secondo processo una sorta di «potere salvifico», mettendosi così al riparo da eventuali contrasti con l'interpretazione attualmente vigente dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, attraverso, tuttavia, «scelte "minimaliste" compiute in sede di commisurazione della pena», si esprime in questo modo A. F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione meta individuale dei doppi binari sanzionatori*, in www.sistemapenale.it, 2020.

¹⁰⁸ È un rilievo di F. A. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, 530, nota a: Corte cost., 2 marzo 2018, n.43.

¹⁰⁹ «La proporzionalità diviene così l'unico criterio che emerge da un coacervo di parametri troppo fumosi e si staglia nel buio scenario del *ne bis in idem*», così è stato sottolineato in dottrina da C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, in www.archiviopenale.it, 2019.

¹¹⁰ C-537/16

base del reato realizzato. Nel caso di specie, il preliminare accertamento in sede penale dell'avvenuta violazione dell'art. 185 t.u.f., e l'applicazione della relativa sanzione, rende eccessiva l'applicazione, da parte dell'Autorità amministrativa, della sanzione prevista dall'art. 187 *ter*.

In altre parole, «la celebrazione del procedimento riguardante la sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccede quanto è strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, qualora tale condanna penale sia idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo»¹¹¹, laddove al punto 46 la Corte richiama espressamente qual è l'obiettivo della risposta sanzionatoria, singola o cumulativa, davanti a situazioni di abusi di mercato: la tutela dell'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Ebbene, proprio questo difetto di proporzionalità all'interno del sistema sanzionatorio italiano, spinge la Corte a rilevare una discrasia rispetto al dato letterale dell'art. 50 CDFUE, che deve essere interpretato nel senso che davanti ad una condanna penale, divenuta ormai definitiva ed idonea (se valutata singolarmente) a contrastare la situazione conflittuale verificatasi, nonché a garantire l'integrità dei mercati finanziari, rappresenta violazione del principio del doppio giudizio l'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale (ma formalmente amministrativa) per la medesima fattispecie¹¹².

Quello che è importante sottolineare è, dunque, il parziale allineamento tra la posizione assunta dalla CGUE in materia di doppio binario sanzionatorio e quella, ormai ben consolidata, della Corte di Strasburgo. Anche la Corte di giustizia, pertanto, ha scelto di fare affidamento a «indici sintomatici e – soprattutto – al prudente apprezzamento del giudice nella valutazione dei casi concreti a lui sottoposti»¹¹³, con la effettiva consacrazione della rilevanza della natura sostanzialmente penale delle sentenze amministrative¹¹⁴ e della necessaria proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria.

¹¹¹ In questo modo si esprime CGUE, alla sent. *Garlsson Real Estate* (C-537/16), par. 57. Nel successivo par. 59, la Corte riprende tale argomento, specificando ulteriormente che «il fatto di proseguire un procedimento di sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ai sensi di tale articolo 187 *ter* eccederebbe quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo di cui al punto 46 della presente sentenza, nei limiti in cui la condanna penale pronunciata in via definitiva, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

¹¹² Riprendendo, testualmente, le parole della Corte, si può affermare che «l'articolo 50 della Carta dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva», par. 63 della sent. in esame.

¹¹³ Le parole sono di A. GALLUCCIO, *La grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 marzo 2018. L'A. sottolinea come la Corte di giustizia abbia scelto di non intraprendere la strada che «sola, forse, avrebbe eliminato ogni incertezza applicativa relativa al *ne bis in idem*, almeno a livello eurounitario» e cioè quella che viene, di fatto, consacrata nella sentenza *Grande Stevens*, tesa a valorizzare maggiormente l'elemento fattuale; detto altrimenti, «al riconoscimento, cioè, dell'automatico divieto del secondo giudizio, teso a infliggere una sanzione di natura sostanzialmente penale in relazione al un medesimo fatto storico, quando il primo giudizio sia giunto ad una pronuncia definitiva di condanna o assoluzione». Le critiche mosse dall'A. sono condivise pure da E. BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, 129, che mette in evidenza come, nell'ambito della risoluzione del tritico scaturito dai rinvii pregiudiziali italiani, la Corte di giustizia abbia omesso di individuare una nozione autonoma di *ne bis in idem*, non ritendendo di «discostarsi dalla (mutata) giurisprudenza convenzionale».

¹¹⁴ Anzi, l'allineamento rispetto al concetto di "materia penale" rappresenta uno dei massimi punti di dialogo fra Corti essendo uno dei pochi parametri di riferimento pacificamente condivisi dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

Le conclusioni cui perviene la Corte di giustizia sembrano non convincere del tutto: esse non solo sembrano «edificate su fondamenta assai fragili»¹¹⁵, ma presentano anche livelli di criticità superiori alle decisioni della Corte di Strasburgo. Non solo, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto un'eccessiva rilevanza alla sanzione penale *stricto sensu*, ma hanno valorizzato, forse più di quanto non avessero già fatto i giudici di Strasburgo, il carattere sostanziale del principio del *ne bis in idem*, rendendolo «una sorta di pleonastica appendice del distinto principio di proporzione»¹¹⁶.

Il nuovo volto del *ne bis in idem* europeo, frutto di una «mutazione genetica»¹¹⁷ dovuta ai ripetuti interventi delle Corti, tende, pertanto, a porre l'accento prevalentemente sull'elemento della generale proporzionalità della risposta sanzionatoria, disinteressandosi del dato concernente la duplicazione dei procedimenti¹¹⁸. Non solo. I giudici di Lussemburgo rafforzano quell'idea, già formatasi in seno alla giurisprudenza di Strasburgo, in virtù della quale l'onere di accertare la generale proporzionalità e necessità del cumulo è rimessa ai giudici nazionali: pertanto, è rimessa alla loro piena discrezionalità¹¹⁹.

Anche abbandonando lo scenario sovranazionale e prestando maggiore attenzione alla giurisprudenza di legittimità interna, emerge come il principio di proporzionalità sia divenuto l'unico «criterio – guida nel disegnare il perimetro del *ne bis in idem*»¹²⁰. Ma esso non può identificarsi con la proporzionalità: si tratta di due aspetti diversi del diritto penale, destinati certamente ad incontrarsi

Come sottolinea E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, 129, «I c.d. *Engel criteria* elaborati dalla Corte EDU costituiscono invero un punto fermo nella giurisprudenza di Strasburgo e sono integralmente recepiti nella dimensione eurounitaria, con piena identità lessicale e semantica [...]. Non sorprende quindi constatare che, ad avviso della CGUE, le misure punitive applicabili in Italia per fatti di *market abuse* rientrano a pieno titolo nella “*matière pénale*”, come già statuito dalla Corte di Strasburgo e dalla Consulta». L'A. continua sottolineando come la sentenza *Garlsson* (ma, ponendosi sulla stessa linea di quest'ultima, anche la sentenza *Di Puma e Zecca*), metta in evidenza che «la draconiana sanzione amministrativa pecuniaria» inflitta per la manipolazione del mercato unitamente alla confisca, non ha funzione meramente risarcitoria, ma carattere anche e soprattutto repressivo, assurgendo, pertanto, nella sua natura intrinseca, ad una sanzione penale a tutti gli effetti.

¹¹⁵ L'espressione è di E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, 129, che parla di conclusioni plausibili, sebbene non totalmente condivisibili. L'A. critica, in modo particolare, l'eccessiva elasticità riconosciuta dalla Corte di giustizia al canone di proporzionalità della pena, la cui valutazione è rimessa al giudice nazionale, ma anche l'eccessiva valorizzazione del carattere penale della sanzione che inevitabilmente produce dei costi non solo per l'imputato, ma anche per la coerenza generale del sistema dal momento che tale *modus procedendi* comporta «gravi incertezze per l'accusato in merito a tempistica ed esiti di due procedimenti separati sebbene comunicanti».

¹¹⁶ Le parole sono, ancora una volta, di E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, 129.

¹¹⁷ È un'espressione utilizzata da N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2019, 662, nota a: *Cass. pen.*, sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869.

¹¹⁸ N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2019, 662, nota a: Cassazione penale, 21 settembre 2018, n. 49869, sez. V, spiega come, appunto, «La mutata fisionomia del *ne bis in idem* europeo mira, dunque, a scongiurare, più che la reiterazione di procedimenti di natura penale, l'inflizione di un trattamento sanzionatorio sproporzionato». L'A. in questo modo spiega come la CGUE abbia aderito, almeno da questo punto di vista, alla posizione della Corte EDU, consacrata nella pronuncia *A. e B. contro Norvegia*.

¹¹⁹ Il tema è affrontato da T. CIMMINO, *Menci: un passo in avanti nell'iter tracciato dalle Corti europee nella definizione del ne bis in idem?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2018.

¹²⁰ È un'espressione di C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, in www.archiviopenale.it, 2019.

ma mai a sovrapporsi, specie per evitare derive arbitrarie in un contesto così fortemente incisivo della sfera personale del singolo. Senza contare che la proporzionalità trova spazio solo nella fase sanzionatoria, di commisurazione della pena: il *ne bis in idem* non può ridursi a questo e ha uno spazio di operatività molto più ampio, come dimostrano i recenti approdi, anche interni, sulla litispendenza. Non sembra quindi fuori luogo l'affermazione secondo cui quel significato ampio che al *ne bis in idem* era stato riconosciuto nell'ambito della sentenza *Grande Stevens* viene ad essere, in virtù dell'orientamento inaugurato con la sentenza *A. e B. contro Norvegia*, decisamente ridimensionato¹²¹.

6. «È destino di alcune tematiche della materia penale di essere in perenne e mai sopito assestamento: di trovare, cioè, solo con grande disagio assetti stabili o, almeno, equilibri accettabili»¹²². Forse è proprio questa la frase che meglio descrive il percorso fin qui delineato, un percorso così profondamente cangiante e mutevole che parlare di conclusioni sembra davvero un'utopia.

E, infatti, non di conclusioni si parla ma di stato dell'arte, uno stato dell'arte intricato, precario, che apre le porte ad ulteriori domande. Non sembra certamente essersi assestato il meccanismo di risoluzione dei casi di doppio binario sanzionatorio e tutto spinge a pensare che, in un futuro non troppo lontano, le Corti si troveranno nuovamente a dialogare e a sviluppare criteri ulteriori per la definizione di meccanismi procedurali in linea con il divieto di *bis in idem*.

L'elemento della proporzionalità della risposta sanzionatoria sembrava (e, nell'ambito della giurisprudenza della CGUE, ancora sembra) essere il principale parametro di riferimento al fine di una piena compatibilità con il divieto di doppio giudizio (e, principalmente, doppia sanzione), ma già le recenti pronunce hanno mostrato un lieve vacillamento, prestando maggiore attenzione al dato della sufficiente connessione temporale, utilizzando, pertanto, un parametro di riferimento fortemente influenzato dalle caratteristiche procedurali tipiche e proprie di ciascun ordinamento e che, tra l'altro, sembra rispondere ad esigenze di ragionevole durata del processo e non, come dovrebbe essere, di compatibilità con la violazione del divieto di doppio giudizio.

Per non parlare dei problemi, che pure sono stati sottolineati, nelle recenti pronunce della Corte EDU, della scarsa interazione fra le autorità procedenti in materia di raccolta e valutazione del materiale probatorio; da questo punto di vista, in dottrina è stata prospettata una possibile soluzione tesa ad innalzare le garanzie del giusto processo anche in sede amministrativa, stante l'assoluta impossibilità di procedere ad un abbassamento delle stesse in sede penale, pena la violazione dell'art. 6 CEDU¹²³.

La critica costante rivolta ai criteri individuati nella sentenza *A. e B. contro Norvegia* è che si tratta, tra l'altro, di criteri che danno vita ad uno schema forse troppo rigido, nella misura in cui è necessario, perché violazione non si abbia, la loro compresenza. Un'alternativa potrebbe essere quella di riconoscere la maggiore o minore rilevanza dei principi cui tali criteri sono sottesi e dare vita ad

¹²¹ Considerazioni in tal senso sono svolte da V. FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione. Note a margine di Corte di Giustizia, cause 20 marzo 2018, Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2018.

¹²² È un'espressione di G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 0469.

¹²³ È un rilievo di A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 maggio 2019, nota a: Corte EDU, sez. II, sent. 16 aprile 2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*.

una valutazione che sia complessivamente basata su un giudizio di bilanciamento fra gli stessi¹²⁴. La sfida dei prossimi anni è quella di tendere ad un ripensamento dei suddetti criteri che, a ben vedere, non hanno generato un sistema scevro da incertezze applicative; anzi, il risultato ottenuto è stato proprio l'opposto. Senza contare che si tratta di criteri e principi già disciplinati altrove e che, pertanto, già in altra sede trovano il proprio referente normativo con la previsione delle conseguenze in caso di violazione.

Il dialogo tra Corti diventa sempre più complicato in un contesto così tortuoso in cui solo il criterio della proporzionalità sembra mettere d'accordo un po' tutti. Ridurre, tuttavia, il *ne bis in idem* alla proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria è un rischio che mal si concilia con la macroarea in cui tale principio è destinato ad operare. È forse il caso di interrogarsi quindi sulla pregnanza dei criteri individuati nella ormai ben nota pronuncia della Corte EDU e domandarsi fino a che punto possa reggersi in piedi un sistema basato su principi così aleatori ed arbitrari.

Ancor prima della verifica delle ripercussioni applicative che quei criteri avrebbero avuto nel contesto convenzionale, il giudice Pinto de Albuquerque ne sottolinea l'assoluta pericolosità e vacuità. Nell'ottica del giudice, la Corte ha abbandonato la funzione *pro-persona* del *ne bis in idem*, in virtù del quale nessuno può essere processato e punito due volte per lo stesso fatto, sposandone la funzione *pro-auctoritate*, da rinvenirsi nel riconoscimento in capo agli Stati della ammissibilità di procedimenti misti, purché sufficientemente connessi sul piano sostanziale e temporale.

Questo cambio di rotta, nell'ottica del giudice, ha fatto perdere al *ne bis in idem* la funzione di principio posto a tutela della persona, divenendo strumento nelle mani dei giudici da utilizzare *ad libitum*, senza più punti fermi. Il rischio è che, senza troppi punti di riferimento, si possa ricorrere a tali criteri per giustificare una reiterata risposta punitiva¹²⁵. Ed è forse un rischio che proprio la Corte europea, per la funzione cui è preposta, non può permettersi¹²⁶.

¹²⁴ Considerazioni in tal senso sono svolte da L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in www.sistemapenale.it, 3 agosto 2020 che sottolinea come l'assunto per cui la violazione anche di un singolo parametro comporta una violazione del *ne bis in idem* rischia di produrre «conseguenze irragionevoli».

¹²⁵ «Il presente giudizio apre la porta a una politica senza precedenti e punitiva leviatana, basata su plurimi procedimenti perseguiti dallo Stato, strategicamente connessi e messi in campo per raggiungere il massimo effetto repressivo possibile», per poi concludere, con un velo di nostalgia, che la Grande Camera «non avrebbe mai acconsentito a degradare il diritto individuale inalienabile del *ne bis in idem* a un diritto così fluido, rigidamente strutturato, in una parola illusorio. Io neanche», par. 80 dell'opinione dissenziente alla *A. e B. contro Norvegia*.

¹²⁶ Come sottolineano G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 469, il rischio è non solo quello di una sensibile ed oggettiva limitazione dell'ambito applicativo del principio del *ne bis in idem* (letto alla luce delle nuove indicazioni europee, quindi in chiave prevalentemente sostanzialistica) ma anche quello di «aprire la strada ad un pericoloso soggettivismo giurisprudenziale» in virtù di «criteri di accertamento alquanto elastici e laschi, di contenuto variabile».

La ‘svalutazione’ del contraddittorio nel cognitivismo processuale

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

Through the years we have witnessed a passage from a strict regulation of the adversarial principle, as a legal assessment method, to an excessive flexibility of derogations, with significant consequences on the defensive guarantees.

SOMMARIO: 1. Premessa: la natura cognitiva del giudizio. – 2. La motivazione come ‘argine’ al libero convincimento. – 3. Modelli ‘coartanti’ di origine giurisprudenziale. – 3.1. Il vaglio di attendibilità dei ‘collaboranti’. – 4. I parametri di legittimità della decisione. – 5. Il metodo legale di valutazione tra retorica, dialettica ed opposte alternative.

1. Si è assistito, negli anni, al passaggio da una rigida normazione del contraddittorio, come metodo legale di accertamento, ad un’eccessiva flessibilità delle deroghe con significativi riverberi sulle prerogative di garanzia dell’accusato¹. Ad essere in gioco è la fedeltà del giudizio agli atti processuali, in virtù di una lapalissiana constatazione: il contraddittorio è strumentale ai bisogni cognitivi del giudice, si sostanzia, cioè, nella metodologia del cognitivismo processuale. Esso è un valore, nella misura in cui impedisce la degenerazione della libertà del giudice in arbitrio, assicurando il rispetto di determinati principi².

Si è, invece, consolidato un *habitus* di tipo emergenziale – dalle origini risalenti – discutibile proprio sul versante della tutela dei diritti. Infatti, sembrano affermarsi modelli funzionali-contestuali, delineati dall’ermeneutica giuridica al fine di rimediare a taluni ‘guasti’ sistemici. Ad attestarlo è anche lo smarrimento della dimensione più concreta ed appagante del contraddittorio – quella dialettica! – che finisce, addirittura, per rimettere l’inosservanza di talune cautele procedurali alla mera valutazione giudiziale.

La cosa non è di poco conto. Sono molteplici le situazioni che possono interferire con il rapporto circolare tra *prova* e *giudizio*; sicché il pericolo di un’alterazione del giudizio e della perdita di autenticità dello stesso è altissimo, soprattutto qualora ad essere sacrificata, in maniera sproporzionata, sia l’immediatezza. Secondo autorevole dottrina³ essa è — «parte del circuito interno alla monade-contraddittorio, indipendentemente dalla dimostrazione della sua

¹ Sul tema, AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino, 2017, *passim*.

² Secondo Nobili, «il principio del libero convincimento – sorto come corollario tipico di una procedura accusatoria e concepito, quindi, in stretta connessione con l’oralità e con l’immediatezza – è oggi complessivamente utilizzato in una direzione antitetica: per ampliare i già estesi confini entro cui sarebbe consentito di decidere e di motivare sulle risultanze della fase di polizia ed istruttoria». M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 413.

³ G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 287 e ss.

inscindibilità con il principio di oralità con cui converge; *condicio* ontologica per l'attuazione di un rapporto corretto tra giudice e prove, la cui formazione è garanzia di imparzialità».

Già sotto la previgente esperienza giuridica di tipo inquisitorio, si riteneva⁴ che non fosse sufficiente apprendere dalla viva voce del testimone quanto avesse da riferire, essendo necessario che il giudice non fosse a conoscenza del risultato probatorio acquisito da un altro soggetto, che avesse raccolto in precedenza la deposizione dello stesso teste. In buona sostanza, l'immediatezza appartiene al metodo conoscitivo e mostra l'insieme dei rapporti tra elementi di prova, parti e giudice, idonei all'esercizio dei poteri dialettici «per il disvelamento degli elementi di convinzione a favore della propria pretesa (= parti), alla percezione delle prove per la formazione del libero convincimento (= il giudice), al controllo su una attività (= la giurisdizione) amministrata in nome del popolo (= il pubblico)»⁵. L'oralità è, invece, considerata la forma naturale dell'immediatezza, pur restando i due concetti idealmente separati quando si interrompe il contatto tra giudice e formazione della prova, essa – l'oralità – sopravvive come forma di rappresentazione del materiale inerente all'oggetto del processo.

Seguendo l'insegnamento di Giuseppe Riccio «il giudizio si forma nel contesto storico della complessiva esperienza processuale in cui si sviluppa; in esso l'intersoggettività diviene lo sfondo logico e il contesto cognitivo entro cui i “fatti” risultano sottraibili alla potenziale incontrollabilità di chi è chiamato a decidere. Sicché la legittimazione del potere punitivo sta nella natura “cognitiva” del giudizio, ma anche nelle garanzie che gli sono funzionali, tra le quali l'immediatezza svolge il ruolo di principio epistemologico fondamentale per la decisione⁶». Dunque, appare superfluo il dibattito sulle ragioni del non esplicito riconoscimento costituzionale alla luce dell'interrelazione tra contraddittorio e immediatezza.

Credo, invece, che sia lecito chiedersi come il giudice, in assenza di tale presupposto, possa emettere una sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio.

La domanda non è capziosa. Essa si origina dalla consapevolezza che una decisione per essere *logica, razionale, completa*, necessiti – sia pure tendenzialmente – della percezione come precondizione del ragionamento sull'apprezzamento delle prove⁷. Il libero convincimento implica la libertà di valutare tutte le prove legittimamente acquisite e di avallare il discorso inferenziale, sul quale si basano le ricostruzioni dell'accusa o della difesa, vagliando la credibilità e l'attendibilità delle fonti, nonché l'idoneità di massime di esperienza e/o di leggi scientifiche⁸.

Tuttavia, la sensazione è che a prevalere sia un esasperato dogmatismo di tipo tecnicistico sui principi/valori alla base del patto sociale in democrazia, i cui riflessi si percepiscono chiaramente quanto al rapporto tra individuo ed autorità nell'esperienza giuridica postmoderna. Non è un caso che la responsabilità di un processo dalla durata 'irragionevole' sia addebitato alle sole parti, divenute il punto di convergenza di tutte le inefficienze. E, stando

⁴ M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 282.

⁵ G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, cit., 286.

⁶ G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, cit., 288.

⁷ P. FERRUA, *La prova nel processo penale, I. Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 43.

⁸ G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, *passim*.

così le cose, non stupisce – da ultimo – la sollecitazione del giudice delle leggi⁹ nei confronti del legislatore in ordine alla previsione di deroghe all'immediatezza per evitare un uso strumentale e dilatorio del diritto della parte alla nuova audizione dei testimoni di fronte al nuovo giudice o al mutato collegio. Si ritiene, quindi, il diritto all'immediatezza "modulabile", sebbene codificato come assoluto¹⁰. E su questa linea si pone anche l'operazione interpretativa di tipo creatrice della Cassazione. Difatti, le Sezioni unite¹¹ non si sono lasciate sfuggire l'occasione per riscrivere l'art. 525 co. 2 c.p.p. nell'intento di restringere il raggio di azione del diritto alla rinnovazione della prova testimoniale alle seguenti condizioni: a) esso spetta solo alla parte che ne abbia chiesto l'ammissione; b) la parte deve indicare le specifiche circostanze che rendono necessaria la rinnovazione della testimonianza per evitare che questa si risolva nella mera ripetizione di quanto già deposto. Eppure, altro prevede la *littera legis*!

2. A ciò si aggiunga che il giudizio circostanziato sul fatto non ha soltanto un substrato tecnico, ma anche umano, culturale e, entro certi limiti, etico nel significato dei contenuti costituzionali della locuzione «la giustizia è amministrata in nome del popolo», ex art. 101 co. 1 Cost. Il fine è quello di consentire anche all'opinione pubblica di ripercorrere il ragionamento del giudice, rafforzando ulteriormente l'obbligo di adeguata ponderazione.

Ed è qui che appare la centralità della funzione della motivazione come 'argine', imponendo la trasparenza del percorso logico-giuridico, svelando la sua *ratio* che va oltre i diretti destinatari del provvedimento, come strumento di controllo diffuso sull'operato del giudice, a riprova della soggezione di quest'ultimo alla legge (art. 101 co. 2, Cost.).

Si ricorda, però, che la motivazione non è un atto processuale, essendo accessoria al dispositivo da cui conseguono gli effetti della sentenza. Il che significa che la mancanza o il vizio di motivazione produce l'effetto interno dell'invalidità della sentenza e, quindi, dell'annullamento degli effetti giuridici esterni, già prodotti dal dispositivo. E se la struttura giuridica della sentenza è composta da dispositivo e motivazione, quella logica si connota per la sussistenza di tre elementi: giudizio, decisione, motivazione. L'ordinamento riconduce le due prime attività logiche – giudizio e decisione – al dispositivo, ma soltanto la motivazione è il luogo giuridico del giudizio¹².

⁹ Corte cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, in *Giur. cost.*, 2019, 1543, con osservazione di M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, ivi, 1551.

¹⁰ P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in www.archiviopenale.it, n.1, 2019; cfr. ID., *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 10; G. SPANGHER, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in www.ilpenalista.it, 11 giugno 2019, D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il giusto processo sulla giostra dei bilanciamenti*, in www.archiviopenale.it, n. 2, 2019.

¹¹ Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2019, p.m. in c. Bajrami, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 136, con nota di A. MANGIARACINA, *Immutabilità del GIUDICE versus inefficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, ivi, 151. Per un ulteriore approfondimento M. BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in www.sistemapenale.it, 6 aprile 2020.

¹² E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 181; F.M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 750.

Ora, la difficoltà del giudizio non risiede nel trarre le conclusioni dalle premesse, ma nel porre le premesse stesse¹³, cioè, risolvere le questioni di fatto, fare scelte di valore, attraverso inferenze logiche, tendenzialmente, di carattere induttivo, anche nella forma abduttiva e soltanto eccezionalmente nella forma deduttiva.

Come è noto, però, nell'argomentazione induttiva il nesso di consequenzialità è più debole o meglio soltanto probabile¹⁴. Ad essere superato è il distinguo, secondo cui la deduzione procede dal generale al particolare, viceversa, l'induzione dal particolare al generale. L'indice differenziale è, invece, costituito del nesso di consequenzialità: assolutamente certo nella deduzione, più o meno probabile nell'induzione¹⁵. A ciò si aggiunga che la scienza del diritto non essendo una scienza esatta, le sue argomentazioni sono ben lontane dalla dimostratività¹⁶, ma si connotano per la dialetticità. Quanto all'argomento per abduzione si parte da un certo fatto ipotizzato a cui segue normalmente una data conseguenza, verificata la presenza di questa conseguenza, che funziona come indizio del fatto ipotizzato, si risale al fatto stesso.

Da un punto di vista più generale, possiamo parlare di una plausibilità graduabile, essendo le premesse non certe e il nesso di consequenzialità induttivo. Il che significa che, da un lato, un argomento può essere molto plausibile, abbastanza plausibile, poco plausibile, implausibile¹⁷; e, dall'altro, che la stessa argomentazione del giudice è aperta alla discussione, in quanto rivedibile nelle premesse, nei passaggi logici e, quindi, nelle conclusioni. Si riproduce qui la prospettiva aristotelica secondo cui dialettica e retorica hanno la stessa struttura logica ed entrambe hanno come fine la ricerca della verità, mediante la tecnica della confutazione per *reductio ad absurdum*¹⁸.

D'altra parte, lo si è detto, il contraddittorio è il metodo 'costituzionale' di ricostruzione 'processuale' di un accadimento storico¹⁹; il presupposto epistemologico su cui si fonda è che la verità si manifesti, anzi si 'tradisca', contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto tra tesi ed antitesi, in un rapporto di immediatezza con il giudice, che escluda intermediazioni con il dichiarante/fonte di prova²⁰.

Stando così le cose, non è sufficiente la mera coerenza formale del ragionamento, ma occorre la congruenza tra premesse e conclusioni. Una logica, dunque, che entra nel merito delle questioni alla ricerca di premesse valide delle deduzioni probatorie, fondandosi sul vaglio critico degli argomenti e sulla persuasività delle ragioni addotte. L'esposizione deve riguardare tutti quei fatti, atti o comportamenti il cui accertamento sia stato fondamentale per la dichiarazione del diritto nel caso concreto. E se i motivi di fatto e di diritto esistono di per sé,

¹³ G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, 51; G. CARCATERA, *La logica nella scienza giuridica*, Torino, 2015, *passim*.

¹⁴ M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.* 1974, c. 90.

¹⁵ G. CARCATERA, *La logica nella scienza giuridica*, cit., 35-36.

¹⁶ G. CARCATERA, *La logica nella scienza giuridica*, cit., 38.

¹⁷ Così, F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, Milano, 2013, 50 ss.

¹⁸ L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano, 1999, 115-116.

¹⁹ Inoltre, G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. it.*, vol. VIII, Agg., 2001, 7;

O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Milano, 2014, 270-271.

²⁰ O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, cit., 247.

la giustificazione e la motivazione *stricto sensu* esistono solo in quanto opera del giudice. In buona sostanza, la conoscenza dei motivi si realizza attraverso l'attività espositiva, qualora non vi sia corrispondenza, all'interno della necessaria concatenazione, si configura il vizio della motivazione, cioè, il vizio del giudizio.

Il vaglio complessivo delle deduzioni delle parti e delle risultanze processuali è richiesto dalla strutturazione normativa della motivazione in fatto, di cui all'art. 546 lett. e) c.p.p., che impone la considerazione di tutti e ciascuno degli elementi processualmente emersi, verificando se essi possano essere ordinati in una costruzione logica, congruente, così da attingere la verità processuale. E, in questa direzione, si spiega anche l'articolazione per punti, finalizzata a rafforzare il nesso esistente tra ciascun punto ed i risultati probatori, nonché la loro valutazione circostanziata in base alla capacità esplicativa. L'affidabilità, invece, di un assunto deriva dalle conferme che esso riceve, presupponendo la ricerca disinteressata e strenua di fatti che lo mettano in crisi, cioè, che lo falsifichino.

Occorre, però, mettersi d'accordo su cosa si intenda per concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto. Sul piano concettuale, la locuzione è la sintesi sia della misura dell'estensione minima del discorso giustificativo, sia del limite ad ogni superfluità ed eccesso dello stesso. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza di legittimità²¹ è pervenuta all'identificazione di tre elementi della motivazione: a) *la completezza*, vale a dire, l'analisi di tutte le risultanze potenzialmente utili ai fini del decidere; b) *la correttezza*, nel significato di corrispondenza tra gli elementi assunti a base della decisione e quelli effettivamente enucleabili dalle acquisizioni processuali; c) *la logicità*, cioè, la conformità ai canoni della ragione e dell'esperienza.

L'interdipendenza tra queste connotazioni è strumentale alla corretta ricostruzione del percorso logico-giuridico che ha condotto il giudice al dispositivo. Il venir meno di una di esse è causa del vizio di motivazione, impedendo l'agevole riscontro delle sequenze e degli sviluppi alla base della decisione, con riferimento a ciò che è stato oggetto di prova o, ancora, non consentendo il controllo sulla razionalità dell'esito decisorio, per l'intrinseca oscurità o l'incongruenza del discorso giustificativo.

In definitiva, le regole dell'esposizione delle ragioni della decisione sono volte a neutralizzare gli squilibri di potere all'interno di un procedimento conoscitivo di tipo induttivo.

3. E se per il giudice conoscere è fissare le premesse, il ragionamento non può implicare una logica formale, bensì una logica degli argomenti, cioè, dei motivi e delle ragioni inerenti alla probabilità epistemica delle ipotesi: esse variano a seconda del contesto probatorio. Lo scenario è reso più complesso da un insieme di valori autonomi, che pongono la questione delle implicazioni etico-ideologiche delle tecniche conoscitive del giudizio²², tra le quali vanno annoverate anche le massime di esperienza, come «ricorso al patrimonio dell'esperienza

²¹ Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2010, n. 7651, Rv. 246172.

²² E. AMODIO, *Persuasività dell'argomentazione giudiziale e limiti del controllo di legittimità*, in AA.VV., *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, Roma, 2012, 21 e ss.; P. FERRUA, *L'argomentazione nel processo penale: paralogismi e fallacie*, ivi, 37 e ss.; M. MANZIN, *Quale logica per il processo penale?*, ivi, 63 ss.

passata, in certe sue forme di organizzazione»²³, attraverso un'attività induttiva e di astrazione non insensibile alle esigenze del caso concreto. Esse svolgono una funzione sussidiaria senza compromettere la dimensione di responsabilità insita nella critica probatoria e sebbene non possano dare la garanzia di un processo *giusto*.

Quanto alle interconnessioni tra struttura e funzione della motivazione, non si possono ignorare i condizionamenti di talune griglie valutative di origine giurisprudenziale, elaborate per compensare l'affievolimento e/o le deroghe al contraddittorio nell'acquisizione della prova "debole". Si tratta di sequenze o di modelli coartanti indicati per l'opera di ricostruzione di un fatto storico processualmente rilevante. Si pensi alle molteplici implicazioni connesse all'accertamento di reati a sfondo sessuale con vittima minorenne²⁴, implicazioni inerenti alla sfera interiore del minore, all'ambito familiare ed extra familiare, nonché alle fasi di rielaborazione delle vicende vissute. Ad assumere rilevanza è, dunque, un più ampio contesto sociale e ambientale, che ha indotto la giurisprudenza²⁵ ad indicare uno schema operativo.

In via preliminare, il giudice può disporre gli accertamenti opportuni per stabilire l'abilità soggettiva a recepire le informazioni, ricordarle, riferirle in modo coerente e compiuto, sebbene la capacità a testimoniare sia presunta. Si passa, poi, ad accertare la credibilità soggettiva per appurare se il narrato possa essere stato contaminato da situazioni attinenti alla sfera personale della fonte di prova, in grado di alterarne la genuinità. Si valuta, infine, l'attendibilità intrinseca, intesa come capacità del racconto di offrire una rappresentazione coerente e logicamente congrua degli eventi evocati.

Sicuramente la distanza cronologica tra l'avvenimento naturalistico e l'assunzione delle prove incide sensibilmente sull'accertamento. Ed è questa incidenza a richiedere una motivazione rafforzata quanto alla inidoneità del fattore temporale a condizionare l'attendibilità delle dichiarazioni, ponendo in evidenza l'assenza di contaminazioni oppure dimostrando, sul piano argomentativo, che l'intervento di fattori esterni non sia stato in grado di alterare la corretta rappresentazione dei fatti. Viceversa, è inficiata da vizio di manifesta illogicità della motivazione quella sentenza in cui il vaglio di credibilità e di attendibilità delle dichiarazioni del minore vittima sia stato condotto esclusivamente riferendosi all'intrinseca coerenza del racconto, senza osservare il modello coartante, cioè, senza tenere adeguatamente conto di tutte le circostanze concrete che possano influire su tale valutazione²⁶. Né può essere altrimenti,

²³ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 190.

²⁴ Con specifico riferimento al minore, in tal senso già GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1023; ^[1] O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, 478; S. BUZZELLI, *La fragilità probatoria del dichiarante minorenne e la giustizia penale in Europa*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2015, 18.

²⁵ Secondo la giurisprudenza di legittimità la testimonianza della persona offesa, al pari di qualsiasi altra testimonianza, è sorretta da una presunzione di veridicità secondo la quale il giudice, pur essendo tenuto a valutarne criticamente il contenuto, verificandone l'attendibilità, non può assumere come base del proprio convincimento l'ipotesi che il teste riferisca scientemente il falso (salvo che sussistano specifici elementi atti a rendere fondato un sospetto di tal genere, in assenza dei quali egli deve presumere che il dichiarante, fino a prova contraria, riferisca correttamente quanto a sua effettiva conoscenza. *Ex multis*: Cass. pen., sez. VI, n. 27185/2014; Cass. pen., sez. VI, n. 3041/2017; Cass. pen., sez. I, n. 7898/2019).

²⁶ Secondo le Sezioni Unite le dichiarazioni della persona offesa – cui non si applicano le regole dettate dall'art. 192 comma 3 c.p.p. – possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento

considerato che il discorso giustificativo funge da limite, descrivendo la trama del convincimento intimo del giudice. Difatti, la sentenza costituisce l'osservatorio privilegiato per sindacare la metodologia del ragionamento seguito, quanto all'osservanza delle regole imposte dal codice e dal diritto vivente: con la violazione delle stesse il giudice si espone al controllo tecnico, in sede di impugnazione e, dunque, alla censura, essendo il processo il mezzo di questa mediazione/acquisizione dei fatti storici, destinati alla valutazione giudiziale.

Da qui la problematicità delle ipotesi in cui la testimonianza non sia stata acquisita davanti al giudice della decisione, situazioni che nella prassi sono destinate a moltiplicarsi, essendo stata estesa l'operatività dell'art. 190-*bis* co. 1-*bis* c.p.p., ad ogni caso di persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità. Si è intrapresa, cioè, la strada della cristallizzazione dell'incidente probatorio, con effetti privilegiati e quasi preclusivi.

L'affermazione non vuole essere provocatoria; si vuole richiamare l'attenzione sulla perdita di immediatezza, il cui recupero eccezionale avviene sulla base di una valutazione giudiziale del tutto discrezionale. Soltanto apparentemente la disposizione (art. 190-*bis* c.p.p.) sembrerebbe indicare requisiti di ammissione rigorosi ovvero criteri normativi stringenti, esercitando il giudice, di fatto, una discrezionalità libera che limita il diritto alla prova delle parti. La constatazione di questi risvolti conferma l'idea che il giudizio immediato sia il modulo procedurale maggiormente rispondente alle esigenze strettamente connesse all'accertamento dei delitti con vittima minorenne o, in generale, vulnerabile, per un duplice ordine di ragioni: esso si presta sia a realizzare l'immediatezza come *spazio* all'interno del quale si realizza il contatto diretto del giudice con la fonte della prova, assicurando l'identità tra giudice che assume e giudice che valuta la prova stessa; sia a garantire l'immediatezza come *tempo* che favorisce la ricostruzione dell'accadimento storico attraverso la memoria di chi l'ha vissuto.

In uno stato sociale di diritto alla differenziazione del metodo di accertamento non può non corrispondere una diversificazione delle forme di tutela, in funzione di una giustizia che, sebbene diseguale nelle variabili modalità del suo esercizio, sia comunque egualmente soddisfattiva dei bisogni di garanzia, sotto il profilo dei diritti fondamentali. Ciò significa che l'uguaglianza delle parti assume un'accezione che va oltre la prospettiva soggettiva, sostanziandosi in una garanzia strutturale del *giusto processo*. Se a mancare è siffatta preconditione, la giurisdizione finisce con l'assumere una caratterizzazione in termini di autoritarismo e il processo perde la sua anima democratica.

3.1. Ora, rimanendo sul versante delle prove deboli, si segnala la linea ermeneutica tracciata dalla Cassazione per il vaglio di attendibilità delle dichiarazioni dei collaboranti. Essa attribuisce carattere prioritario all'analisi della personalità di ogni singolo collaborante, delle

dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, le quali, specie nei casi in cui la persona offesa sia anche costituita quale parte civile, devono essere valutate in maniera più penetrante e rigorosa rispetto al vaglio cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 41461, Rv. 253214; e, nella giurisprudenza successiva, Cass. pen., sez. V, 26 marzo 2019, n. 21135, Rv. 275312; Cass. pen., sez. II, 24 settembre 2015, n. 43278, Rv. 265104; Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2014, n. 1666, Rv. 261730.

sue condizioni socio-familiari, del pregresso delinquenziale, dei rapporti con i chiamanti in correità o con sodali del reato al fine di radicare nel contesto ambientale del soggetto, le modalità di apprensione delle notizie che si vogliono far valere onde testare la “qualità” della fonte probatoria.

L’omissione di queste considerazioni impedisce di accertarne l’affidabilità e di stabilire che le dichiarazioni siano state rese in modo indipendente e spontaneo tra loro; che non siano frutto di strumentalizzazione o di mera concertazione e, infine, che non abbiano un movente calunniatore o di rivalsa o una comune fonte informativa di scaturigine. L’inosservanza di questa griglia valutativa compromette l’autenticità delle operazioni successive inerenti alla credibilità intrinseca, alla coerenza, alla logica interna e di ricerca di riscontri esterni. L’ordine epistemologico descritto è utile nell’individuazione delle informazioni e delle inferenze rilevanti; esso costituisce un reticolato di controllo volto a rafforzare, almeno dall’esterno, la qualità di conoscenza proveniente da una fonte di prova ‘debole’.

E’ chiaro che un così complesso *iter* motivazionale non possa ritenersi osservato a fronte di poche righe apodittiche di stile, prive di un’adeguata esposizione che dia conto del vaglio di affidabilità, né possa essere sostituito dalla mera riproduzione del contenuto delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia. Inoltre, il rinvio al contenuto delle singole affermazioni accusatorie, sia pure evidenziandone la concordanza, non può avere funzione surrogatoria rispetto alla verifica di attendibilità intrinseca, il cui carattere pregiudiziale è un dato acquisito rispetto ai “riscontri esterni”, significativi nell’ambito della “convergenza del molteplice”²⁷.

Di conseguenza, il vizio di motivazione è strettamente connesso alla mancanza di trasparenza in ordine alle ragioni dell’attendibilità di ciascun pentito; il versante implicato è quello del libero convincimento e dei suoi confini, così come la scelta inerente alla prevalenza accordata a taluni elementi probatori, piuttosto che ad altri, ovvero alla fondatezza od affidabilità degli assunti difensivi, circa contrasti testimoniali o l’opzione tra divergenti versioni e interpretazioni dei fatti²⁸. Senza ordine non è possibile una forma corretta di conoscenza.

D’altra parte, i criteri valutativi previsti dall’art. 192 co. 3 c.p.p. prevedono che il giudice risolva la questione della credibilità del dichiarante (confidente e accusatore) considerando, tra l’altro, la sua personalità, le sue condizioni socio-economiche e familiari, il suo passato, i rapporti con i chiamati in correità ed la genesi remota e prossima della sua risoluzione alla confessione e alla accusa dei coautori e complici; in secondo luogo, che verifichi la consistenza e le caratteristiche delle dichiarazioni del chiamante, alla luce della precisione, della coerenza, della costanza, della spontaneità; infine, che esamini i riscontri esterni.

L’indeterminatezza della locuzione “altri elementi di prova”, rinvenibile nell’art. 192 co. 3 c.p.p., attesta l’omessa classificazione dei riscontri, sia con riferimento alla specie sia con riferimento alla qualità; essi possono essere di qualsiasi tipo e natura, idonei a corroborare il mezzo di prova ritenuto *ex lege* bisognoso di conferma nel contesto di una selezione probatoria unitaria. E’ chiaro che il riscontro non configura la prova del fatto, diversamente, perderebbe

²⁷ Cass. pen., sez. V, 16 dicembre 2011, n. 1810; in particolare, Cass. pen., sez. II, 21 dicembre 2004, n. 2350, Rv 230716; Cass. pen., sez. II, 12 dicembre 2002, n. 15756, Rv 225565.

²⁸ Cass. pen., sez. II, 5 maggio 2011, n. 20806, Rv. 25036201; Cass. pen., sez. II, 29 settembre 2017, n. 45090.

la sua funzione ancillare, cioè, sarebbe da solo sufficiente a sostenere il convincimento del giudice con l'effetto del venir meno della necessità di far leva anche sulla prova principale, da sola insufficiente.

In buona sostanza, i riscontri si connotano per l'estraneità, vale a dire, per la loro origine *ab externo* rispetto alle dichiarazioni. Soltanto per questa via si argina il rischio di una verifica tautologica, autoreferenziale ed affetta dal vizio della circolarità. Inoltre, dall'ordine logico descritto dipende l'affidabilità dell'operazione giudiziale nella sua interezza, non potendosi procedere ad una valutazione unitaria della chiamata in correità e degli altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, se prima non si definiscano i dubbi sulla chiamata in sé, indipendentemente dagli elementi di verifica esterni ad essa²⁹. L'inosservanza di tale sequenza pone in discussione le basi fattuali dell'affermazione di responsabilità, esponendo al sindacato di legittimità la motivazione che contenga affermazioni apodittiche, illogiche o incongrue.

L'ordine è finalizzato a scrutinare prove legittimamente acquisite e ad accertarne la conducenta rispetto al *thema probandum*. Non vi sono, pertanto, elementi per ritenere un'effettiva contrazione o, addirittura, il superamento sotto il profilo contenutistico del libero convincimento. Né si è voluto introdurre, surrettiziamente, un limite negativo di prova legale a tale principio e, quindi, una regola di esclusione probatoria; il giudice ha la libertà di utilizzare anche propalazioni di chiamanti in correità o in reità prive di riscontri e legittimamente acquisite – ovviamente in assenza di qualunque indicazione aprioristica di segno contrario – , non per inferirne la sicura sussistenza del fatto a carico dell'imputato – essendo necessaria a tal fine la conferma *ab extra* –, ma ad esempio per evidenziare la trama di mendacio escogitata in danno dello stesso, attinto da chiamate plurime. È inutile dire che in questo caso sia richiesto al giudice un impegno maggiormente rigoroso nel descrivere l'efficacia dimostrativa di elementi cognitivi meno affidabili sotto il profilo dell'affermazione di responsabilità.

Siamo lontani dalla configurazione di una prova legale dall'esito preconstituito; non si confonda quest'esigenza di estrema chiarezza con una contrazione della libertà di valutazione del giudice di merito, trattandosi di parametri razionali volti ad orientare l'attività giudiziale verso un risultato logicamente apprezzabile, in un ambito in cui è facile sconfinare nell'esercizio di una discrezionalità incontrollabile.

D'altro canto, più la verità processuale è disancorata dalla realtà effettuale e fenomenica, tanto più finisce con l'essere una *fictio iuris*; ad esempio la percentuale dell'errore è alta nel processo indiziario, stante la limitatezza e l'opinabilità degli strumenti di conoscenza. L'art. 192 co. 2 c.p.p. difatti, subordina alla sussistenza dei requisiti di gravità, precisione e concordanza l'equiparazione della prova critica (o indiretta) alla prova rappresentativa (o storica o diretta). Equiparazione discutibile per Cordero³⁰, secondo il quale non è possibile tracciare una linea netta di confine tra le inferenze basate sulla scienza e quelle fondate sulle massime di esperienza, pertanto, ad essere praticabile sarebbe il solo distinguo dommatico tra prove dichiarative e prove critico-indiziarie, con la conseguenza che tutto ciò che non sia prova

²⁹ Cass. pen., sez. un., 21 ottobre 1992, n. 1653, Rv. 192465.

³⁰ F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 329 s.; ID., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 576 s.

dichiarativa appartenga al *genus* delle prove critico-indiziarie, individuate per differenza o sottrazione dalla prima. Viceversa, la prova critico-indiziaria continua ad essere identificata con quella indiretta ossia con una prova che ha ad oggetto un fatto secondario, dal quale poi si risale al fatto principale³¹.

4. La convinzione è altra. L'efficacia persuasiva delle prove va accertata in concreto all'interno del singolo processo e alla luce dell'intera evidenza disponibile; è illusorio pensare di definirla in astratto, isolando questa o quella tipologia di prova, come accadeva nel processo inquisitorio; categorie del genere riescono inutili, quando non sono dannose.

Vero è che in mancanza anche di uno solo dei connotati normativi, gli indizi non possono assurgere al rango di vera e propria prova, idonea a fondare la dichiarazione di responsabilità penale³². In tal caso ad essere inficiata sarebbe l'operazione di deduzione di un fatto ignoto da un fatto noto, attraverso un procedimento gnoseologico che si radica su massime di esperienza, ricavate dall'osservazione del normale ordine di svolgimento delle vicende naturali ed umane, alla cui stregua è possibile affermare che il fatto noto è legato al fatto da provare da un elevato grado di probabilità ovvero di frequenza statistica, che rappresenta la base giustificativa della regola di inferenza, su cui si fonda il metodo logico-deduttivo della valutazione degli indizi³³.

Inoltre, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale³⁴, il giudice di merito non può limitarsi ad una valutazione atomistica e parcellizzata, né procedere ad una mera sommatoria degli indizi, ma deve valutare, anzitutto, i singoli elementi indiziari per verificarne la certezza (nel senso che deve trattarsi di fatti realmente esistenti e non solo verosimili o supposti), saggiarne l'intrinseca valenza dimostrativa (di norma solo possibilistica) e poi procedere ad un esame globale degli elementi certi, per accertare se la relativa ambiguità di ciascuno di essi, isolatamente considerato, possa in una visione unitaria dissolversi, consentendo di attribuire il reato all'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio e, cioè, con un alto grado di credibilità razionale, sussistente anche qualora le ipotesi alternative, pur astrattamente formulabili, siano prive di qualsiasi concreto riscontro nelle risultanze processuali ed estranee all'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana.

Da altro punto vista, va ricordato che nel giudizio di legittimità, il sindacato sulla correttezza del procedimento indiziario non può consistere nella rivalutazione della gravità, della precisione e della concordanza degli indizi – dato che ciò comporterebbe inevitabilmente apprezzamenti riservati al giudice di merito – deve piuttosto tradursi nel controllo sulla tenuta logico-giuridica della motivazione, così da verificare se sia stata data esatta applicazione ai

³¹G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VIII ed., Torino, 2013, 210; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, II ed., Torino, 2010, 301 s.

³²Cass. pen., sez. IV, 2 febbraio 2003, n. 2239, Rv. 224962.

³³Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2019, n. 26604.

³⁴Cass. pen., sez. I, 18 aprile 2013, n. 44324, Rv. 258321; Cass. pen., sez. I, 12 aprile 2016, n. 20461, Rv. 266941.

parametri normativi, dettati dall'art. 192 co. 2 c.p.p., e se siano state coerentemente applicate le regole della logica nell'interpretazione dei risultati probatori³⁵.

Pertanto, il perimetro del sindacato di legittimità è determinato dai consueti parametri della completezza, della correttezza e della logicità della motivazione con riguardo all'osservanza delle connotazioni normative imposte dall'art. 192 c.p.p.³⁶. Si richiede al giudice di primo grado di enunciare in maniera circostanziata le ragioni della decisione *ex art. 546 co. 1 lett. e) c.p.p.*, con la descrizione di un *iter* argomentativo, che garantisca uno standard di adeguatezza quanto più elevato possibile.

Spiegare le ragioni a fondamento del convincimento significa dimostrare di aver tenuto presente ogni fatto rilevante, estendendo il discorso giustificativo alle ragioni della non attendibilità delle prove contrarie. Nella prospettiva della condanna è necessario espungere dall'ambito valutativo quelle eventualità remote, che siano estranee alle risultanze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e dell'ordinaria razionalità umana³⁷, sebbene siano astrattamente possibili *in rerum natura*. Ed è proprio il contraddittorio, se effettivo, a stimolare la reattività del giudice, a spingerlo alla verifica di quelle alternative di apprezzabile verosimiglianza e razionalità, soprattutto quanto all'individuazione degli elementi di conferma della rappresentazione fattuale accolta al fine di far emergere l'irrazionalità del dubbio circa l'ipotesi alternativa³⁸, secondo la regola dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*.

5. In definitiva, la retorica e la dialettica conducono alla considerazione di alternative, che si sostanziano in due ordini di ricostruzioni contrapposte, tra le quali il giudice è chiamato a scegliere, soppesando le prove contrarie. Il punto di partenza è la lettura dell'imputazione, che il pubblico ministero cerca di rafforzare con argomenti messi in discussione dalla difesa; e in questa interazione dialettica si ha la raffigurazione della *vis* dei dati cognitivi commisurata alla plausibilità delle ragioni. Siffatto antagonismo funge da sbarramento all'exasperazione del soggettivismo giudiziale, da rimedio al disordine, da mezzo per fare chiarezza mediante l'esaltazione del dubbio. Su di esso si fonda il ragionamento giudiziale.

Il superamento del dubbio implica la separazione tra le ragioni dell'accusa e della difesa: il convincimento si forma proprio vagliando i contrari. L'asserzione è confermata dall'incorporazione della regola generale di cui all'art. 192 co. 1 c.p.p., nello schema legale della sentenza (art. 546 lett. e). L'obbligo di esternare nella motivazione i risultati probatori acquisiti e i criteri adottati, corroborato dall'obbligo di enunciare le ragioni per le quali si ritengono non attendibili le prove contrarie, si sostanzia in un modello retorico di ragionamento giudiziale, che richiede la giustificazione di una tesi e la confutazione dell'antitesi sulla base di

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320, Rv. 245880; Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 1994, n. 1343, Rv. 200238.

³⁶ P. FERRUA, *L'argomentazione nel processo penale: parallogismi e fallacie*, cit., 37 ss. Si veda anche B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss.; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 849 ss.

³⁷ Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 2011, n. 4111, Rv. 251507; Cass. pen., sez. I, 3 marzo 2010, n. 17921 Rv. 247449; Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2009, n. 23813, Rv. 243801; Cass. pen., sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Rv. 240763.

³⁸ Cass. pen., sez. IV, 17 giugno 2011, n. 30862, Rv. 250903; Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320, Rv. 245879.

asserzioni secondo l'*id quod plerumque accidit*, agevolando e garantendo la controllabilità della decisione. Si tratta di vere e proprie norme di comportamento.

Può verificarsi, tuttavia, che il giudice escogiti un criterio *ex novo* oppure manipoli lo stesso nel contenuto o nella *vis* logica al fine di rendere rilevante un'informazione; oppure ricorra ad una mera petizione di principio per colmare il divario fra informazione disponibile e *thema probandum*, con la mutazione dell'oggetto da provare in criterio d'inferenza; o, ancora, applichi un'induzione non rispondente alla situazione. Tuttavia, se le leggi scientifiche si affermano a seguito di esperimenti e controlli, altrettanto non può ritenersi per gli altri criteri d'inferenza, che sono riconducibili per lo più a costumi sociali e a prassi diffuse di azione, di cui non è facile misurarne il consolidamento³⁹.

Stando così le cose bisogna fare i conti con lo spazio di indeterminatezza della prova, che si riversa all'interno delle reciproche implicazioni tra prova e giudizio, rese ancora più problematiche dalle dinamiche strettamente connesse alla prova scientifica e all'espansione dei saperi specialistici⁴⁰, che segnano, per un verso, l'affermazione della prova *lato sensu* documentale e, per altro verso, il ricorso alle neuroscienze come mezzo di interpretativo della stessa testimonianza. Per non dire dei profili patologici di interferenza, che si annidano nel momento di raccolta degli elementi tecnico-scientifici, unitamente all'alta percentuale di errori, contaminazioni e/o manipolazioni dei dati biologici. È risaputo che qui il contraddittorio si configura come discussione sulla controllabilità e sull'affidabilità del metodo scientifico.

Il giudice individua il sapere accreditato con l'aiuto degli esperti, ma è inutile negare il margine di irrazionalità nella scelta finale. Perciò la sola garanzia è l'esaltazione del profilo dialettico della decisione, connaturale alla contrapposizione tra tesi ed antitesi: soltanto il contraddittorio può ridurre l'irrazionalità a scelta ragionevole, che assume i tratti della giustificazione interna ed esterna della motivazione. Sotto il primo aspetto si verifica il giudizio come conseguenza logica delle premesse; laddove, la giustificazione esterna si identifica con la correttezza di quelle premesse⁴¹. Da qui la struttura formale della motivazione. Vero è che il libero convincimento è compatibile soltanto con una indicazione normativa circa i metodi, che possono essere diversi, di acquisizione e di verifica dei mezzi di prova, non incidendo tale indicazione sulla efficacia dei medesimi, che è astrattamente la stessa e deve essere, di volta in volta, liberamente apprezzata e valutata con riferimento al caso concreto.

La conoscenza processuale è un'operazione impegnata nel rispetto dei vincoli giuridici imposti da una scelta di valori. Questo è un primo limite al principio del libero convincimento; limite insito nel concetto stesso di giurisdizione, «limite che forse mai, anche nei momenti di

³⁹ Per l'approfondimento della tematica, F. FALATO, *I saperi del giudice. A proposito dell'uso della scienza privata nel processo penale*, Napoli, 2020, *passim*.

⁴⁰ AA.VV., *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2019, *passim*; AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio, L. Luparia, Padova, 2018, *passim*; AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di G. Carlizzi, G. Tuzet, Torino, 2018, *passim*; AA.VV., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, a cura di M. Bertolino e G. Uberty, Napoli, 2015, *passim*; AA.VV., *L'«operazione decisoria» da emanazione divina alla prova scientifica*, a cura di L. de Cataldo Neuburger, Padova, 2014, *passim*.

⁴¹ Per un ulteriore approfondimento, R. ALEX, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, 176.

più ampia e simbolica affermazione della libertà del giudice, si volle eludere; limite che contribuisce a distinguere il libero convincimento dall'arbitrio»⁴². Il prezzo sarebbe davvero altissimo se si ritenesse di poter invocare la libertà a proposito del ragionamento del giudice e dei suoi rapporti non tanto con le norme, quanto con l'insieme delle conoscenze extragiuridiche.

Non è un caso che l'art. 192 co. 1 c.p.p. preveda il dovere di rendere conto del *quomodo* di quel convincimento, mediante l'indicazione dei criteri adottati e dei risultati acquisiti, essendo molteplici i punti di vista da cui può essere analizzata una prova con l'effetto che molteplici possano essere le conclusioni del ragionamento. Si ricorda, però, che il metodo legale di valutazione della prova non implica indirettamente la regola di esclusione della stessa. Se esso si differenzia, sotto il profilo ontologico-funzionale, dalla regola di esclusione, quest'ultima esplica la sua efficacia nella fase prodromica a quella della valutazione, impedendo l'acquisizione e la valutazione di un determinato dato cognitivo, con la conseguenza sanzionatoria della sua inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. Dunque: è il metodo legale a presupporre la legittima acquisizione della prova, orientando il giudice nell'operazione di attribuzione di un valore epistemologico alla prova.

Eppure, nell'esperienza giuridica postmoderna si assiste alla svalutazione del contraddittorio e alla disaffezione del giudice per le regole. E come se non bastasse, apparizioni concettualistiche vengono presentate come assiomi fondamentali volti a giustificare una versione autoritaria del libero convincimento, segno, non soltanto di oscurantismo culturale e sociale, bensì di mortificazione della razionalità del giudizio. La causa è da rinvenirsi nell'erosione del contraddittorio e nella prevalenza del criterio teleologico sul piano applicativo delle norme processuali, fino a giustificare il recupero e l'utilizzo nel processo di prove acquisite *contra legem*.

Il rischio è l'esaltazione delle componenti irrazionalistiche del convincimento; l'effetto la separazione tra conoscenza e convincimento, aprendo la 'ferita' della sindacabilità in Cassazione del vizio logico, cioè, del vizio inerente all'attendibilità, alla plausibilità, alla coerenza e alla congruità del discorso del giudice. È evidente che ad essere in crisi sia la stessa idea della procedura come metodo.

⁴² M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, 155.

Ancora un *discrimen* tra messa alla prova per i maggiorenni e *probation* minorile

Corte cost., sent. 6 luglio 2020 n. 139

FABRIZIA PAGLIONICO

ABSTRACT

The uncertain relation between Criminal procedure code and Juvenile legislation on the probation has brought to another Constitutional Court's decision. Nevertheless, through a deeper reflection on the main diversion strategies disciplined for minors, the main issue appears to be more complex. While questioning whether the Criminal procedure law should apply to minors in this case, the work aims to adopt a systematic approach and a reform prospective.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura “patteggiata” della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova ex art. 464-ter c.p.p. e la sua incompatibilità col rito minorile. – 3. La complicata interazione tra norme codicistiche e disciplina del processo penale minorile sotto la lente dell’art. 1 d.P.R. 448/88. – 4. La garanzia della collegialità e la centralità dell’udienza preliminare nel rito minorile. — 5. Per un raffronto con il modulo procedimentale dell’irrelevanza del fatto (art. 27 d.P.R. 448/88). – 6. Osservazioni conclusive.

1. Con la pronuncia in commento la Corte costituzionale prosegue nell’*actio finium regundorum* tra la sospensione del procedimento con messa alla prova, prevista per i maggiorenni dal titolo V-bis del Libro VI del Codice di procedura penale, e la *probation* minorile.

La pluralità di questioni di legittimità costituzionale, sui rapporti tra norme codicistiche e disposizioni di cui al d.P.R. n. 448/88, evidenzia le criticità dell’istituto della messa alla prova per i maggiorenni. In particolare, le stesse sembrano causate dalla scelta di disciplinare un istituto del processo ordinario sulla falsariga di una strategia di *diversion* minorile, ma perseguendo scopi differenti. Basti ricordare la difficoltà della Consulta¹ nel giustificare l’inversione della sequenza condanna irrevocabile – applicazione di una pena, nel processo a carico di maggiorenni, in assenza di un valido fondamento come quello costituito dalle istanze educative e protettive del minore, condensate negli artt. 31 comma 2 e 27 comma 3 Cost.²; solo per il minore esse fungono da “controllimi” alla presunzione d’innocenza.

Nonostante l’affermata valorizzazione del consenso dell’indagato/imputato all’inversione della sequenza cognizione-esecuzione sembrano permanere ancora oggi delle ipoteche sull’istituto

¹ Corte cost., sent. 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 91.

² In questo senso già C. IASEVOLI, *Diritto all’educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 135-136 sul progetto di introduzione della sospensione del procedimento penale con messa alla prova nel processo a carico di maggiorenni non approvato nel 2010. Per una prima ricostruzione del neo-istituto della messa alla prova v. G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di “probation” minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, 2866; A. PULVIRENTI, *Sulla consensualità della messa alla prova*, in *Riv. pen.*, 1996, 299.

proprio in ragione della svelata finalità deflattiva³, più che (ri)educativa, perseguita dalla l. 14 aprile 2014, n. 67. Guardando all'intervento normativo nel suo complesso emerge, infatti, piuttosto chiaramente, dalla contestuale pseudo-trasposizione dell'istituto dell'irrelevanza del fatto (art. 27 d.P.R. 448/88)⁴ nel processo penale a carico dei maggiorenni, mediante l'introduzione dell'art. 131-bis c.p. (d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), e dalle disposizioni di depenalizzazione (d. lgs. 7 e 8 del 2016⁵) l'obiettivo di contenimento dell'ipertrofia del diritto penale⁶.

Premessa la lodevole aspirazione, pur sempre confacente al principio di offensività e della finalità rieducativa della pena, nonché della ragionevole durata del processo⁷, le ragioni ispiratrici della novella fugano ogni possibile residuo dubbio sulla diversa matrice del rito speciale disciplinato dagli artt. 464-bis e ss. e della *probation* minorile.

³ Certamente preponderante rispetto all'obiettivo di de-carcerizzazione, dal momento che si tratta di reati per i quali sarebbe già concedibile la sospensione condizionale della pena o suscettibili di conversione in pena pecuniaria o per i quali, in fase di esecuzione, potrà essere disposta una misura alternativa alla detenzione (cfr. G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2017, 643).

Su questi temi R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 661 ss.; G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 61; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1300-1306 e, negli stessi termini, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-18; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1262; A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, 1-11.

Al contrario, nel rito minorile la deflazione rappresenta, secondo alcuni, un effetto "collaterale" rispetto allo scopo primario di minimizzare l'impatto traumatico del procedimento penale sul percorso di crescita e formazione del minore (cfr. C. CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. Dir.*, Ann. IX, 2016, 1009); secondo altri, assolve solo in parte tale obiettivo poiché alla deflazione si associa l'obiettivo dell'educazione v. G. VASSALLI, *Prefazione*, in F. PALOMBA, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano, 1989, IX.

⁴ Sull'istituto dell'irrelevanza del fatto R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro l'ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473 ss., ID, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO – E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002; M. CERATO, *Riflessioni critiche sull'irrelevanza del fatto nel processo penale minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1541 ss.; C. CESARI, *Commento all'articolo 27*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2009; ID, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005; S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, 171 ss.; ID, *Irrilevanza penale del fatto* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, 2008, 518 e ss.; G. RICCIO, voce *Irrilevanza penale del fatto* (dir. proc. pen.), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2008.

⁵ Con il d. lgs. 7 del 2016 vengono, infatti, abrogati i reati di falsità in scrittura privata (485 c.p.), di falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato (486), l'ingiuria (594), la sottrazione di cose comuni (627), l'appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di cose avute per errore o caso fortuito (647). Con il d. lgs. 8 del 2016 viene poi sancita la depenalizzazione di reati puniti con la sola pena pecuniaria, salvo le eccezioni espressamente previste dal decreto. Si tratta delle violazioni punite con l'arresto e la multa, anche quando, nelle ipotesi aggravate, sia prevista la pena detentiva sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria, purché non siano previste dal codice penale (salvo l'art. 726 c.p. ossia atti contrari alla pubblica decenza) e dal t.u. sull'immigrazione (d. lgs. 286 del 1998).

⁶ Sul tema generale dell'ipertrofia del diritto penale C. PALIERO, "Minima non curat praetor. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*", Pavia, 1985, *passim*.

⁷ Cfr. C. CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 1012.

Su questa scia si attesta anche la giurisprudenza costituzionale in materia, non senza qualche contraddizione⁸, nell'escludere l'applicazione estensiva di norme codicistiche (favorevoli) anche al minore che si assoggetti (o voglia assoggettarsi) alla messa alla prova⁹.

L'ultima questione sottoposta allo scrutinio di costituzionalità concerne, difatti, l'impossibilità per il minore di richiedere l'ammissione alla messa alla prova prima dell'esercizio dell'azione penale, a differenza di quanto avviene nel procedimento a carico di maggiorenni per espressa previsione dell'art. 464-ter c.p.p.

Nella prospettiva del giudice *a quo* una simile preclusione determinerebbe una disparità di trattamento a fronte di situazioni analoghe (art. 3 Cost.) ed una violazione dell'art. 27 comma 3 Cost., poiché quanto più ci si allontana dal compimento del fatto, tanto più si disperdono le potenzialità rieducative della *probation*.

Tuttavia, la Corte ricava dall'art. 1 d.P.R. 448/88 un argomento insuperabile: l'assenza di una lacuna normativa preclude l'applicazione sussidiaria delle norme codicistiche. La lettera dell'art. 28 d.P.R. 448/88 è, infatti, chiara nell'affermare che il giudice può disporre la sospensione del *processo* in caso di ammissione alla messa alla prova e che tale ordinanza è ricorribile per cassazione anche dall'*imputato*. Né si giustificerebbe un'interpretazione correttiva applicando analogicamente l'art. 464-ter c.p.p., poiché, per un verso, l'art. 27 disp. att. c.p.p. min. (d. lgs. 272 del 1989), fa riferimento al *collegio* che ha disposto la sospensione del processo e l'affidamento in prova, che non potrebbe essere, dunque, il g.i.p. presso il Tribunale per i minorenni in quanto organo monocratico (art. 50-bis ord. giud.); per altro verso, non potrebbe essere affidata all'organo monocratico una valutazione della personalità del minore per la quale è richiesta l'integrazione del collegio giudicante.

Di qui, la necessità dell'udienza preliminare, punto di convoglio di tutti gli snodi procedurali del processo minorile.

2. Nel ripercorrere nuovamente i profili differenziali tra la messa alla prova minorile e il rito speciale disciplinato dagli artt. 464-bis e ss.¹⁰, la Corte pone in evidenza la natura "patteggiata" della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata dall'indagato, ai sensi dell'art. 464-ter c.p.p., durante la fase delle indagini preliminari. L'ammissibilità del rito è, infatti, condizionata al consenso del pubblico ministero, cui deve seguire la formulazione dell'imputazione, ferma restando la possibilità di avanzare nuovamente l'istanza in sede predibattimentale¹¹.

⁸ Sia consentito un rinvio al nostro, *La sorte della probation minorile in caso di condanna: un problema di discrezionalità giudiziale e finalismo rieducativo*, in questa *Rivista*, 1/2/2020, 88.

⁹ Sull'inapplicabilità dell'art. 657-bis c.p.p. al condannato minorenne in caso di esito negativo della messa alla prova v. Corte cost., sent. 20 febbraio 2019, n. 68; P. TRONCONE, *Il faticoso cammino della funzione rieducativa della pena. la corte costituzionale marchia a fuoco il probation processuale*, in *Cass. pen.*, 2/2020, 806 e ss.; V. BOVE, *La disciplina della messa alla prova minorile supera il vaglio di costituzionalità. Osservazioni a margine della sentenza n. 68 del 2019*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, 1027 e ss.; V. BONINI, *Corte costituzionale e messa alla prova tra giurisdizione minorile e scelte codicistiche: il radicarsi di pericolosi quanto inutili paradigmi*, in *Giur. cost.*, 2019, 898 e ss.; E. SYLOS LABINI, *Scomputo di pena in caso di esito negativo del probation minorile? La Consulta rigetta una questione di legittimità costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2/2020.

¹⁰ Per un confronto tra i due istituti si rinvia a C. CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 1005.

¹¹ Non essendo altrimenti impugnabile l'ordinanza di rigetto dell'istanza di messa alla prova. Risolvono il contrasto sulla possibilità di impugnare con ricorso per cassazione ex art. 464-quater comma 7 c.p.p. le sole ordinanze di accoglimento dell'istanza, optando – al contrario – per l'operatività dell'art. 586 c.p.p. con riguardo alle ordinanze di rigetto le Sez. un., sentenza 31 marzo 2016, n. 33216 (per un commento C. PANSINI, *Impugnabilità delle ordinanze in tema di sospensione*

Al contrario, nel processo minorile l'istituto è ad iniziativa officiosa e astrattamente incondizionata, sia perché la legge non ne subordina l'attivazione alla richiesta dell'imputato, né al consenso del pubblico ministero, sia perché non lo sottopone a limiti oggettivi di pena edittale o a preclusioni di sorta¹².

Tale affermazione non deve, tuttavia, indurre in errore sul valore assunto dal consenso del minore al progetto predisposto dai Servizi minorili, fermo restando che l'iniziativa di aprire le porte alla messa alla prova ben possa essere officiosa.

Nella giurisprudenza di merito, infatti, non v'è alcun dubbio che la volontà del minore di aderire alla *probation* sia un requisito indispensabile, come è desumibile dall'art. 27 disp. att. c.p.p. min., nella parte in cui è previsto che il minore *assume* degli *impegni specifici*, oltre che dall'art. 24 Cost. Tale dato sembra essere, invece, scarsamente considerato nella giurisprudenza costituzionale¹³, che, sin dalla pronuncia sentenza n. 125 del 14 aprile 1995¹⁴, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 comma 4 d.P.R. n. 448/1988, dopo aver incidentalmente sottolineato l'«indubbio "peso" che [...] deve in concreto assegnarsi al parere del minore in ordine all'adozione del provvedimento», conclude affermando che il legislatore non avrebbe «condizionato il provvedimento *de quo* alla prestazione del consenso da parte del minore»; osservazioni condivise, peraltro, anche dalla decisione in commento, ove si sostiene che la finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile avrebbe indotto il legislatore a non subordinarla «al consenso del minore, né a quello del pubblico ministero, viceversa affidandola unicamente alla discrezionalità del giudice».

Eppure, sul ruolo assunto dal consenso del minore alla messa alla prova pare esservi ormai unanimità di vedute, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza di merito. In primo luogo, è lo stesso imputato minorenni a partecipare attivamente alla strutturazione del programma di MAP. In secondo luogo, nella valutazione della personalità del prevenuto rientra anche l'atteggiamento

del processo con messa alla prova, in *Arch. pen.*, 1994, 57; ID., *Scelte funamboliche sulle forme di controllo relative al diniego di messa alla prova per l'imputato adulto*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2017, 113 e ss.).

¹² Tra i primi commentatori, evidenzia tale aspetto A. M. CAPITTA, *Messa alla prova minorile: la Consulta esclude la possibilità di disporla nella fase delle indagini preliminari – Corte cost., n. 139 del 2020*, in www.archiviopenale.it, 2020. Oltre a non essere previsti limiti edittali di pena, essendo, quindi, in astratto la messa alla prova concedibile a prescindere dalla gravità del fatto, vi si può essere ammessi anche più volte senza alcun limite (cfr. C. CESARI, sub *Art. 28. Sospensione del processo e messa alla prova*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2016, 469). Mentre la messa alla prova postula soltanto una prognosi di positiva evoluzione della personalità del soggetto, al contrario, rilevano i precedenti penali e giudiziari nella concessione del perdono giudiziale e dell'irrelevanza del fatto (per la valutazione della tenuità del reato e dell'occasionalità del comportamento delittuoso).

Pur in assenza di preclusioni legali, sul punto v'è chi sottolinea che la valutazione in concreto della gravità del fatto possa indurre, nel complesso della valutazione della personalità del minore, a ritenere inadeguata tale strategia di *diversion* nel caso di specie (cfr. A. CIAVOLA, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di, Torino 2019, 190); inoltre, va valutata la natura occasionale della condotta, che non sia, quindi, espressione di uno stile di vita (cfr. Cass. pen., sez. II, 4 novembre 2003 n. 2879, Modaffari, Rv. 228149; nello stesso senso anche, Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2012 n. 14035, G. e altro, Rv. 256772, secondo cui la concessione del beneficio della sospensione del processo con messa alla prova presuppone un giudizio prognostico positivo sulla rieducazione del minore, per la cui formulazione non può prescindere dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi a delinquere).

¹³ Sulle ragioni cfr. F. P. FASOLI, *Minori di età e maggiorenni. La messa alla prova: un istituto a metà tra il diritto penale e il diritto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 1/2020, 3497.

¹⁴ Corte cost., 14 aprile 1995, n. 125.

propositivo mostrato nei confronti di tale progetto¹⁵; non si può, cioè, prescindere dall'adesione psicologica del minore al programma rieducativo¹⁶, la cui assenza si porrebbe, del resto, in contrasto con la prescrizione contenuta nell'art. 1 comma 2 d.P.R. di far comprendere al minore il significato delle attività processuali e del contenuto delle decisioni che lo riguardano¹⁷. A ciò si aggiunga la previsione contenuta nell'art. 32, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, come modificato dall'art. 22, l. 1° marzo 2001, n. 63, laddove viene prescritto al giudice di acquisire, prima dell'inizio della discussione in sede di udienza preliminare, il consenso dell'imputato alla definizione anticipata del processo¹⁸. Si è attestata su questa posizione anche la più recente giurisprudenza di legittimità nel rilevare la sussistenza di una nullità di ordine generale nei casi in cui il provvedimento di sospensione del processo e di avvio della messa alla prova non sia preceduto dal contraddittorio tra le parti, quindi, da una seria assunzione di impegno da parte del minore dinnanzi al giudice¹⁹.

In altri termini, non si reputa sufficiente una generica adesione alla messa alla prova²⁰, bensì si ritiene necessaria da parte del minore una formale manifestazione del consenso dinnanzi al giudice dopo aver preso atto dei contenuti del programma elaborato dai servizi minorili²¹.

In questa prospettiva, pur non costituendo una condizione di ammissibilità del "rito" (*rectius* della strategia di *diversion*), *mutatis mutandis*, la mancata prestazione del consenso si traduce in una nullità a regime intermedio, per violazione delle norme concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato nel processo (artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p.), con conseguente regressione del

¹⁵ E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003, 69-73; R. RICCIOTTI, *La giustizia penale minorile*, Padova, 2007, 73.

¹⁶ C. CESARI, *I presupposti del probation minorile: dai rischi di un potere arbitrario ai possibili canoni di una discrezionalità temperata*, in AA.Vv., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Milano, 2004, 165.

¹⁷ D. VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, 245 *sub* nota 41; L. FADIGA, *Riti speciali nel processo minorile*, in *QuadCSM*, 1989 (28), 523, sulla necessità di applicare scrupolosamente i principi di cui all'art. 1 comma 2 d.P.R. 448/88.

¹⁸ Questa fase, secondo il d.P.R. n. 448/88, dal momento del consenso trasmuta in sede di controllo sull'esercizio dell'azione penale a sede di accertamento del merito, in «sostituzione tendenzialmente totale al dibattimento» (V. PATANÈ, *In tema di incompatibilità del giudice nell'udienza preliminare del processo minorile (con particolare riguardo alla valutazione negativa sull'irrelevanza del fatto)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1034 ss.), potendo concludersi con un'ampia gamma di decisioni, tra le quali con una sentenza di condanna (art. 32 comma 2).

M. DANIELE, *Il consenso dell'imputato minorenne alla definizione del processo in udienza preliminare*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 276 ss.; F. ERAMO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, in AA.Vv., *Giusto processo e prove penali. Legge 1° marzo 2001, n. 63*, Milano, 231 ss.; C. PANSINI, *L'attuazione del "giusto processo" nell'udienza preliminare minorile*, in P. TONINI (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001, 575 ss.

¹⁹ Da ultimo Cass., sez. IV, 28 gennaio 2020 (dep. 5 febbraio 2020), n. 4926, Rv. 278442.

²⁰ Viene superata così la prassi per cui, anziché richiedersi la prestazione formale del consenso da parte dell'imputato in udienza, si riteneva sufficiente il generico consenso prestato agli operatori dei servizi minorili durante la fase di elaborazione del progetto, cfr. P. GIANNINO - P. AVALLONE, *I servizi di assistenza ai minori*, Padova, 2000, 143.

²¹ In dottrina M.G. COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. V, *Diritto e procedimento penale minorile*, a cura di E. PALERMO FABRIS - A. PRESUTTI, Milano, 2002, 461; M. BOUCHARD, *Processo penale minorile*, in *DigDPen*, X, Torino, 1995, 153; M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Verona, 2010, 111 e ss.; S. DI NUOVO - G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005, 362 e ss.; G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di probation minorile*, cit., 2868; G. DOSI, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino 2010, 420; F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, 469 e ss.; A. GHIARA, *La «messa alla prova» nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 88; A. PULVIRENTI, *Il giudizio e le impugnazioni*, in A. PENNISI (cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, 2a, Milano, 2012, 392; N. TRIGGIANI, *op. cit.*, 37.

Per un commento V. BOSCO, *Il ruolo del consenso nella messa alla prova "minorile"*, www.lalegislazionepenale.eu, 24 novembre 2020.

procedimento. Tale sanzione processuale si giustifica ancor di più se si considera il potere del giudice di disporre una variazione dei contenuti del programma di MAP²², il cui esercizio temporalmente segue all'adesione inizialmente prestata dal minore.

Assumendo questo angolo visuale, non appare dirimente l'argomento che fa leva sulla natura "patteggiata" della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art. 464-ter* c.p.p., secondo cui in virtù della necessità del consenso da parte tanto del pubblico ministero che dell'indagato – non richiesto, invece, dagli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/88 – la disposizione non possa trovare applicazione estensiva in favore del minore, poiché non v'è alcuno spazio in ambito minorile per forme di giustizia negoziata²³.

Al di là delle disquisizioni teoriche sul dato letterale fornito dagli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/88 – già decifrabile mediante una lettura combinata con il richiamato art. 27 disp. att. c.p.p. min. – non persistono più dubbi sulla necessità del consenso di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento penale a carico di un minore, dal pubblico ministero agli esercenti la responsabilità genitoriale (in questo senso l'art. 28 prevede che il giudice, *sentite le parti*, disponga la sospensione del processo).

Altrettanto ambiguo appare l'accostamento operato dalla Corte tra la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art. 464-ter* c.p.p. e il patteggiamento, alla luce della finalità deflattiva e della natura "negoziata" che accomuna i due istituti.

In questo modo, per un verso, si ripropone nuovamente quella commistione tra progetto di messa alla prova e pena, che aveva fatto dubitare della compatibilità dell'istituto con la presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.) e che la Corte aveva cercato di giustificare; per altro verso, si

²² Il progetto viene elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi socio-assistenziali. Il contributo di quest'ultimi è indispensabile per l'elaborazione del progetto, in quanto apportano informazioni riguardanti il contesto sociale, culturale e familiare in cui vive il minore deviante. Ferma restando la competenza funzionale dei servizi minorili nell'elaborazione del progetto di intervento, questo è comunque sottoposto al controllo da parte del giudice, il quale può sempre disporre un'integrazione o correzione, ove non lo ritenga completo o rispondente alle esigenze educative. Si è sostenuto, da una parte, che tali poteri siano comunque limitati (cfr. C. CESARI, sub *Art. 28*, cit., 354) dalla stessa lettera dell'art. 28 comma 2 – secondo cui il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare alle conseguenze del reato e a promuovere una conciliazione con la persona offesa – e, dall'altra, che si sostanzino in un mero controllo di adeguatezza (G. MARRAS, *Sospensione del processo e messa alla prova. Problemi e nodi*, in *Min. giust.*, 3/1994, 86).

²³ L'applicazione della pena su richiesta delle parti e il procedimento per decreto sono espressamente esclusi dall'art. 25, comma 1 d.P.R. n. 448/1988. Le ragioni dell'esclusione del patteggiamento nel rito minorile erano già espresse nella *Relazione al progetto preliminare delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, in G.U. 24 ottobre 1988, 221, dove si sottolineava che «l'applicazione della pena su richiesta delle parti presuppone nell'imputato una capacità di valutazione e di decisione che richiede piena maturità e consapevolezza di scelte», requisiti di cui sarebbe privo un giovane che non abbia raggiunto la maggiore età (cfr. L. CARACENI, voce *Processo penale minorile*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Agg., Milano, 2000, 1039). Secondo L. FADIGA, sub *art. 6*, in P. PAZÈ (a cura di), *Codice di procedura penale minorile commentato*, Roma, 1989, 173, l'inconciliabilità del patteggiamento con il rito minorile deriverebbe dal fatto che l'ordinamento non presume mai la capacità di intendere e volere del minore (arg. *ex art. 98* c.p.).

La Corte costituzionale (sent. 27 aprile 1995, n. 135) ha valorizzato, fermo restando l'aspetto dell'incapacità del minore, le peculiarità delle forme del procedere nel rito minorile: l'istituto non consentirebbe quegli interventi di accertamento delle sue condizioni personali e sociali necessari per l'avvio di una mirata azione di recupero e responsabilizzazione del minore (cfr. S. LARIZZA, *Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, in *Cass. pen.*, 2006, 2975 e ss.). In senso adesivo, chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'art. 25 d.P.R. 448/88, la Corte (sent. 6 luglio 2000, n. 272), escludendo l'ammissibilità del patteggiamento anche se l'imputato abbia raggiunto – nelle more del procedimento – la maggiore età, ha ribadito che la scelta della pena è sottratta alla valutazione delle parti, poiché solo il giudice può individuare la definizione processuale più adatta al recupero del minore.

Per un commento Corte cost., sent. 12 luglio 2000, n. 272, in *Giur. cost.*, 2000, 2125 con nota di F. PERONI, *Ribadita la preclusione a pratiche di negoziato sulla pena nel processo penale minorile*.

finisce per non cogliere il significato del consenso prestato dal pubblico ministero in quella fase, che deve considerarsi funzionale, più che alla formazione di un accordo, alla formulazione dell'imputazione, quale presupposto necessario perché possa procedersi con l'instaurazione del rito alternativo.

A seguito dell'incontro di consensi, difatti, al g.i.p. è, poi, rimessa la valutazione di ammissibilità del rito, tenuto conto delle preclusioni oggettive e soggettive contemplate dall'art. 168-*bis* c.p.p. e della rispondenza del progetto alle finalità rieducative, anche sotto il profilo della gravità del fatto, della riparazione del danno da reato (mediante risarcimento e restituzioni) e di riconciliazione con la persona offesa. La sola circostanza che l'istanza sia avanzata nella fase delle indagini preliminari non muta, dunque, la fisionomia del rito, né priva il giudice del potere di vagliarne l'ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sostanziale, diversamente da quanto avverrebbe a fronte dell'accordo raggiunto dalle parti sull'applicazione della pena negoziata²⁴.

3. Argomento più decisivo nel senso dell'inevitabilità dell'art. 464-*ter* c.p.p. all'indagato minorenne, anche secondo la prospettiva del giudice *a quo*²⁵, è quello rappresentato dall'art. 1 d.P.R. La lettura della norma deve muovere dall'art. 3 (lett. *e*) della legge delega n. 81/1987, con cui il Governo veniva delegato a disciplinare il processo a carico di imputati minorenni al momento della commissione del reato secondo i principi generali del nuovo processo penale, ma con le modificazioni ed integrazioni imposte dalle particolari condizioni psicologiche del minore, dalla sua maturità e dalle esigenze della sua educazione; nonché, dando attuazione, tra i diversi criteri stabiliti, al “dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale [...]”.

La direttiva della legge delega è stata recepita dall'art. 1 d.P.R. 448 del 1988, all'interno del quale si concentrano i principi che connotano il processo penale minorile: dall'autonomia-specialità del sistema²⁶, al principio di sussidiarietà, fino ad arrivare a quello di adeguatezza²⁷, per cui l'applicazione delle regole processuali deve tenere conto della personalità e delle esigenze educative del minorenne; ed è proprio attraverso il principio di adeguatezza applicativa che il rito minorile

²⁴ Per una sintetica ricostruzione del ruolo del giudice in sede di patteggiamento v. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir., Ann.* II (1), 2008, 30-32. Al giudice è rimesso sì un controllo della legittimità e legalità dell'accordo raggiunto dalle parti (pure sotto il profilo di congruità della pena), ma egli è anche chiamato – attraverso una lettura degli atti – a (ri)valutare il progetto di sentenza alla luce della ricostruzione dei fatti; accertamento questo funzionale a verificare la corretta qualificazione giuridica del fatto, nonché l'insussistenza di una causa di immediata declaratoria di non punibilità *ex art.* 129 c.p.p.

²⁵ Nell'ordinanza di remissione il giudice *a quo* correttamente sostiene, ai fini dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, l'impossibilità di interpretare l'art. 1 d.P.R. 448/88 nel senso di estendere la disposizione codicistica anche al minore sottoposto a procedimento penale.

²⁶ Tra le disposizioni *ad hoc* dettate per il minore si ricordino anche quelle in materia di libertà personale (art. 19-24 d.P.R. n. 448/88) di accertamenti sulla personalità (art. 9) e di intervento di soggetti in funzione di sostegno affettivo e psicologico (art. 12).

²⁷ In base al principio di sussidiarietà solo laddove vi sia una lacuna nella disciplina dettata dal d.P.R. 448/88, possono applicazione le norme codicistiche; a tal fine non basta l'assenza di un'espressa statuizione in ambito minorile, ma è sempre necessario verificare quali regole processuali valide per gli adulti siano compatibili con le finalità perseguite dalla legislazione penale minorile. Una volta stabilito, secondo il criterio di sussidiarietà logica, quali siano le disposizioni applicabili entra in gioco il criterio di adeguatezza in fase applicativa (cfr. F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, 66 e 72).

diviene luogo di accertamento del fatto e della personalità²⁸ nella prospettiva della minima offensività²⁹. In questo modo si eleva a presupposto cardine del sistema l'accertamento sulla personalità del minore *ex art. 9 D.P.R. 448 del 1988*, volto all'acquisizione degli elementi relativi alle condizioni e risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore, ovvero a tutti quei fattori che incidono sul percorso di crescita del minorenne e che possono interrompere il suo sviluppo educativo³⁰.

L'accertamento della personalità rappresenta, così, lo snodo centrale dei percorsi di *diversion* processuale, poiché tale valutazione costituisce il presupposto per l'accoglimento della richiesta della sospensione del processo con messa alla prova, per l'emanazione di una sentenza di irrilevanza del fatto e per la concessione del perdono giudiziale (art. 169 c.p.). È lo stesso art. 1 d.P.R. 448/88, quindi, a fungere da clausola identitaria della giustizia minorile e a consentire l'integrazione delle disposizioni ivi contenute solo a condizione che sussista una lacuna normativa – da reputarsi involontaria – e che sia rispettato il criterio di adeguatezza.

Questo aspetto era già stato evidenziato da chi riteneva la clausola di sussidiarietà ostativa all'integrazione delle norme in materia di *probation* minorile da parte delle più recenti disposizioni dettate per il suo omologo nel rito ordinario; ciò in quanto «il modello minorile prevede già l'istituto, puntualmente costruito sui bisogni e le peculiarità della figura speciale di imputato cui è applicabile»³¹.

L'interpretazione letterale, così come quella sistematico-teleologica, ragionevolmente conducono all'affermazione per cui la disciplina dettata dagli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/88 e 27 disp. att. c.p.p. min. può dirsi priva di lacune. Anzi, per certi aspetti essa presenta un *quid pluris* rispetto al più giovane istituto coniato per il processo a carico di maggiorenni. Basti pensare alla possibilità di ricorrere alla messa alla prova pure a seguito di una richiesta di giudizio abbreviato o immediato avanzata dall'imputato minorenne. In quella sede la Corte costituzionale ha ritenuto irragionevole una simile limitazione proprio alla luce del fatto che a venire in rilievo non sono scelte difensive, ormai già esercitate, ed esigenze di economia processuale, bensì la volontà del minore di sottoporsi a tale percorso e la valutazione della sua idoneità³².

Secondo questo inquadramento, quindi, ad entrare in gioco non è il principio di sussidiarietà, pure posto dall'art. 1 d.P.R. 448/88, ma quello di autonomia-specialità, tanto per l'eshaustività della

²⁸ M. BOUCHARD, *cit.*, 140, attraverso il principio di adeguatezza applicativa il rito minorile diviene luogo di accertamento del fatto e della personalità.

²⁹ Il principio trova attuazione in quegli istituti processuali che si pongono l'obiettivo di limitare, e in alcuni casi escludere, l'ingresso del minore nel circuito penale, al fine di ridurre al minimo le ripercussioni negative sul suo percorso di crescita (artt. 27, 28 e 29, art. 27 e in tema di sanzioni sostitutive art. 30 d.P.R. n. 448). Sul punto L. CARACENI, voce *Processo penale minorile*, *cit.*, 1017; F. PALOMBA, *op. cit.*, 96 e ss.

³⁰ A tal fine un ruolo essenziale è svolto dai servizi minorili, sia di assistenza al minore, sia di ausilio al giudice. Ad essi, infatti, compete in primo luogo, l'individuazione delle risorse personali, familiari e ambientali, sulla base delle quali elaborare il progetto educativo; in secondo luogo, sono chiamati a svolgere una funzione coadiutoria nel processo allo scopo di presentare al giudice un'analisi della situazione di vita del minore nella prospettiva della selezione della migliore strategia processuale. Attraverso tale «inchiesta sociale» è possibile apprendere le condizioni di vita del minore, le circostanze in cui ha commesso il reato, l'eventuale esistenza di precedenti; tutte informazioni utili a garantire la finalità educativa e il principio di minima offensività del processo (S. GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto processuale penale minorile*, Milano, 2004, 21).

³¹ C. CESARI, *Le strategie di diversion*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, III ed., Torino, 2019, 218.

³² Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 125 sul contrasto tra l'art. 28 comma 4 d.P.R. 448/88 e gli artt. 3, 31 comma 2 e 24 Cost.; C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione*, *cit.*, 137.

disciplina *ad hoc* dettata per il minore, quanto per la diversa matrice che fonda la strategia di *diversion* rispetto ad un qualsivoglia procedimento speciale con finalità premiale e insieme deflattiva.

4. Elemento centrale nell'*iter* argomentativo della Corte è rappresentato dall'esigenza di garantire la collegialità con riguardo alla decisione di ammettere il minore alla *probation*.

L'art. 50-*bis* ord. giud. investe delle funzioni di Giudice per le indagini preliminari uno o più soggetti, singolarmente, in ogni Tribunale per i minorenni e delle funzioni di Giudice dell'udienza preliminare un magistrato, affiancato da due giudici onorari³³, un uomo e una donna, esperti in problematiche minorili³⁴; per cui il g.u.p. non è altri che il Tribunale per i minorenni in una "particolare formazione", in cui la componente laica prevale su quella togata³⁵.

Come chiarito nella Relazione al Testo Definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni³⁶, tale particolare composizione è strettamente correlata alla centralità dell'udienza preliminare come luogo di snodo degli epiloghi processuali anticipati riservati al minore³⁷, di modo che – nel tentativo di limitare il più possibile il rinvio a giudizio nei processi minorili – sia in ogni caso garantita la collegialità e, con essa, il criterio di specializzazione degli organi³⁸ cui è rimessa la prognosi individualizzante in funzione di recupero del giovane³⁹.

Il valore assunto dalla collegialità nel processo minorile⁴⁰ ha condotto la stessa Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 458 c.p.p. e 1 del d.P.R. 448/1988 nella parte in cui prevedono che in caso di richiesta di rito abbreviato, avanzata dall'imputato in seguito ad un decreto

³³ Al giudice per le indagini preliminari (organo monocratico) sono affidati tutti i provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase preprocessuale (art. 50 *bis* comma 1 ord. giud.). A differenza dell'omologa figura presente nel processo a carico di imputati adulti, gli si vede sottratta la competenza a giudicare in udienza preliminare, attribuita allo stesso tribunale per i minorenni (art. 50 *bis* comma 2 ord. giud.). Sull'argomento v. F. PALOMBA, *op.cit.*, 212 ss.

³⁴ I membri onorari, a norma dell'art. 2 R.D.L. n.1404/1934, vengono reclutati tramite concorso bandito dal Consiglio superiore della magistratura con cadenza triennale e sono nominati tra cittadini «benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia che abbiano compiuto il trentesimo anno di età».

³⁵ L. CARACENI, voce *Processo penale minorile*, cit., 1022.

³⁶ Sub art. 2 disp. proc. pen. min. dalla Relazione al progetto preliminare e al Testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, in G.U., Serie generale, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. Ord. n. 93, (p. 219), «se è vero che prontezza d'intervento e di presenza continua sono tipici requisiti del giudice per le indagini preliminari e militano a favore della monocraticità, è anche vero che esistono ragioni del massimo rilievo a favore della collegialità: prima fra tutte l'esigenza di mantenere la specialità dell'organo, determinata dalla presenza dei componenti privati accanto ai magistrati togati. E tale esigenza è ancor più viva quando si considerino i vari sbocchi dell'udienza preliminare minorile, nella quale la funzione di garanzia della legalità si accompagna a complesse valutazioni sulla personalità del minorenne che richiedono l'apporto della componente laica del collegio. Opportuna appare quindi la scelta effettuata nell'art. 14 delle Norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario [introduttivo dell'art. 50-*bis*], dove si rimettono a un collegio composto da un magistrato togato e da due giudici onorari i provvedimenti da assumere in udienza preliminare, limitando la monocraticità ai soli provvedimenti di competenza del giudice delle indagini preliminari».

³⁷ In questo senso depone l'art. 32 d.P.R. 448/88 nel contemplare le diverse formule di terminazione anticipata del processo.

³⁸ G. BATTISTACCI, *Il processo minorile*, in *Questioni nuove di procedura penale. Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario* coordinato da G. FUMU, Padova, 1991, 8; F. PALOMBA, *op. cit.*, 215.

³⁹ Cfr. Corte cost., 2 maggio 1996, n. 143; in dottrina V. PATANÈ, *L'individualizzazione del processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese*, Milano, 1999, 151 e ss.

⁴⁰ Sul tema G. BOUCHARD, *Il diritto a una specializzazione differenziata: punti fermi e orizzonti di una nuova specializzazione*, in G. GIOSTRA, *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenne*, Milano, 2005, 59.

di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante sia quella monocratica del g.i.p. e non quella collegiale prevista per il g.u.p. minorile dall'articolo 50-*bis* ord. giud.⁴¹.

In quella sede la Consulta ha aderito alla posizione assunta dalle Sezioni Unite⁴², il cui intervento si era reso necessario a causa dell'applicazione nel rito minorile dell'art. 458 c.p.p. *sic et simpliciter*⁴³; infatti, rilevata la mancanza di una previsione specifica sul punto nell'art. 50-*bis* ord. giud., si era ritenuto che in virtù dell'art. 1 comma 1 d.P.R. 448/88, il giudizio abbreviato a seguito di immediato disposto nei confronti di un minore dovesse seguire la disciplina generale dettata dal codice, anche sotto il profilo della composizione monocratica o collegiale dell'organo giudicante⁴⁴.

Proprio il principio di adeguatezza applicativa aveva consentito, invece, all'organo nomofilattico di escludere un simile approdo interpretativo e di affermare l'imprescindibile valore della collegialità a fronte di uno dei possibili epiloghi decisori del procedimento penale a carico di minorenni. Peraltro, è lo stesso art. 441 comma 1 c.p.p. a richiamare, in quanto applicabili, le disposizioni in materia di udienza preliminare per lo svolgimento del rito abbreviato. Ne deriva che, anche in base all'art. 1 comma 1 d.P.R. 448/88, debba intendersi richiamata nel rito minorile la disciplina dell'udienza preliminare delineata dall'art. 31 d.P.R. 448/88.

Non costituirebbe, inoltre, un valido argomento l'osservazione per cui la specializzazione degli organi⁴⁵, attiene tanto al piano della struttura quanto a quello della preparazione professionale dei componenti; per cui sarebbe in ogni caso soddisfatta, anche in assenza della componente non togata, dalla specializzazione specifica richiesta al giudice di primo grado, da attuarsi mediante la partecipazione a corsi di formazione e di aggiornamento (art. 5 disp. att. c.p.p. min.). Se così fosse, difatti, non si comprenderebbe la scelta del legislatore di riservare all'organo collegiale misto la

⁴¹ Corte cost., 22 gennaio 2015, n. 1; per un commento v. F. SIRACUSANO-A. MARANDOLA, *Giudizio abbreviato richiesto a seguito di giudizio immediato: imprescindibile l'interdisciplinarietà del giudice collegiale minorile* (commento alla sent. Corte. Cost. 22 gennaio 2015, n. 1), in *Giur. cost.*, 1/2015, 9 e ss.

Prima dell'intervento della Corte già in dottrina M. ANSELMi, *Giudizio abbreviato dopo decreto di giudizio immediato e imputato minorenne*, in *Giur. it.*, 2008, 466; C. PANSINI, *Nuovi ambiti operativi della competenza funzionale del g.u.p. "minorile" tra specializzazione e specialità del rito*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 50.

⁴² A seguito della rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale mediante tre ordinanze di analogo tenore, ha anticipato la decisione della Consulta Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2014, n. 1292; in quella sede si è ritenuta sussistente nel caso di specie un'ipotesi di incompetenza funzionale, che si tradurrebbe in un'ipotesi di nullità assoluta, pur non rientrando nel caso di cui all'art. 178 lett. a (inosservanza delle disposizioni concernenti il numero dei giudici necessari per costituire i collegi stabiliti dall'ordinamento giudiziario).

Per una distinzione concettuale tra competenza in senso tecnico (in specie per materia) e competenza funzionale, come quella stabilita dall'art. 3 d.P.R. 448/88 a favore del giudice minorile per i fatti commessi dal minore di anni diciotto, quest'ultima integrante un difetto di capacità (generica) del giudice ex art. 178 lett. a) c.p.p., quindi una nullità assoluta, v. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione*, cit., 2012, 91-94; ID., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 306 e ss.

⁴³ Seppure alla luce dell'art. 34 comma 2 c.p.p. per il profilo di incompatibilità del giudice che emesso di decreto di giudizio immediato.

⁴⁴ Si è sostenuta l'inutilità di procedere ad apprezzamenti negativi in ordine all'applicabilità delle norme codicistiche, poiché sarebbero assistite da una presunzione assoluta di compatibilità (v. G. GIOSTRA, *Sub art. 1*, in ID., *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. n. 448 del 1988*, Milano, 2009, 9).

⁴⁵ «Gli organi specializzati, espressamente previsti nell'art. 102, comma 2 Cost, si distinguono dai giudici speciali per l'esistenza di un nesso organico, di una compenetrazione istituzionale con la struttura giudiziaria ordinaria. [...] Nel contempo, gli organi specializzati si distinguono dagli organi della giurisdizione ordinaria per la particolare competenza in specifici settori; per gli adattamenti del rito ai particolari interessi che devono essere tutelati; per la presenza nel collegio giudicante di esperti sui problemi oggetto della decisione giudiziaria [...]» A.C. MORO, voce *minorenni (tribunale per i)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 567.

funzione di udienza preliminare, sede ove non necessariamente si pronunciano sentenze sul merito della imputazione, come al contrario avviene all'esito di giudizio abbreviato.

Non può ignorarsi, poi, che la composizione mista, e con essa l'interdisciplinarietà del giudice minorile, assicurano “uno sguardo attento, esperto e sensibile” che associa alla specializzazione del giudice togato una visione corale, attraverso cui è possibile cogliere tutte le sfumature della personalità del giovane in formazione tenuto conto delle sue risorse personali e familiari⁴⁶.

Cionondimeno, quelle Sezioni Unite hanno giustificato l'emissione della sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità del minore infraquattordicenne (art. 26 d.P.R. 448/88) e della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (art. 27 d.P.R. 448/88) da parte del g.i.p., come organo monocratico, osservando che «si tratta di competenze [...] che sfociano in provvedimenti liberatori per l'imputato che, lungi dall'implicare un giudizio di colpevolezza, sono tesi anzitutto ad assicurare, quando è possibile, l'anticipata fuoriuscita del minore dal procedimento». Mancando una componente afflittiva⁴⁷, quindi, sarebbe «meno forte (ed evidentemente recessiva rispetto all'interesse alla definizione anticipata) l'esigenza di un apporto qualificato di esperti, pur se in linea generale determinante nella elaborazione di programmi rieducativi adeguati alla personalità in formazione dell'imputato, che si affianca alla valutazione prevalentemente tecnico-giuridica del magistrato togato»⁴⁸.

Va rilevato, tuttavia, che secondo l'orientamento maggioritario l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità (art. 26)⁴⁹, così come la declaratoria di irrilevanza del fatto (art. 27)⁵⁰, postulano un implicito accertamento di responsabilità, in assenza del quale il *favor innocentiae* imporrebbe un proscioglimento nel merito. Pertanto, l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità del minore infraquattordicenne – anche alla luce della possibilità di applicare in via provvisoria una misura di sicurezza ex art. 224 c.p.p.⁵¹ e dell'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale sino al raggiungimento della maggiore età – in assenza di una previa instaurazione del contraddittorio costituirebbe una palese violazione del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.) e del giusto processo (artt. 111 Cost. e 6 CEDU)⁵².

⁴⁶ C. MAZZUCATO, *Commento a Cass. 38481/08*, in *Fam. e min.*, 11/2008, 63.

⁴⁷ Anche sotto il profilo dell'(in)efficacia extra-penale – sul piano civilistico – dell'accertamento implicito di responsabilità contenuto in tali decisioni.

⁴⁸ Cfr. C. PANSINI, *Nuovi ambiti operativi della competenza funzionale del g.u.p. “minorile”*, cit., 48, secondo cui si tratta di pronunce che “lambiscono, se non ontologicamente escludono, una valutazione personologica del minore”; evidenziano la componente “tecnica” e la prevalente componente oggettiva di tale giudizio C. CESARI – G. LA GRECA, Sub art. 25, in G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, cit., 279.

⁴⁹ Sull'art. 26 D.P.R. 448/88 e la sua problematica formulazione, C. PANSINI, *Art. 26*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 9016.; A. TASSI, *Art. 26*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/88 del 1988*, Milano, 2009, 283.

⁵⁰ Sull'art. 27 d.P.R. 448/88, V. PATANÈ, *L'irrilevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esperienze di giustizia minorile*, 3/1992, 67; D. SILVESTRI, *Irrilevanza del fatto nel processo minorile e (alcune) riflessioni costituzionali orientate*, in *Cass. pen.*, 2003, 4006; M. NUNZIATA, “La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto nel processo penale minorile: considerazioni critiche”, in *Crit. dir.*, 1997, 71 ss.; A. DIDI, “Irrilevanza penale del fatto”. *Inconfigurabilità del reato o autore non punibile?*, in *Giust. pen.*, 3/1998, 267 e ss.

⁵¹ C. PANSINI, *Applicazione provvisoria di misure di sicurezza nel nuovo processo penale minorile (a proposito di C. cost. 182/1991)*, in *Giur. cost.*, 1991, 4133 ss.

⁵² Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario la sentenza ex art. 26 D.P.R. 448/1988 postula il positivo accertamento della colpevolezza dell'imputato, nonché la puntuale indicazione, nella motivazione del provvedimento, delle ragioni del mancato proscioglimento nel merito. Seguendo l'interpretazione letterale della norma, l'immediata declaratoria di non imputabilità finirebbe per violare il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, nonché a limitare

Su questa scia⁵³, la giurisprudenza di legittimità ha finito per sposare l'orientamento che si oppone all'emissione *de plano* della sentenza *ex art.* 26 d.P.R. 448/88, poiché obiettivo primario – e prevalente rispetto all'immediata fuoriuscita del minore dal circuito penale⁵⁴ – è assicurare all'indagato il diritto ad una difesa effettiva; ciò al fine di scongiurare, mediante la partecipazione al processo nel pieno contraddittorio (in sede di udienza preliminare), qualsiasi effetto pregiudizievole in assenza di responsabilità⁵⁵.

Da un lato, quindi, si impone l'osservanza del principio del contraddittorio, dall'altro si ripropone la stessa esigenza di collegialità sottolineata dalla Corte costituzionale (sent. n.1/2015) nell'affermare che l'interesse del minore nel procedimento penale minorile trova adeguata tutela proprio nella particolare composizione del giudice specializzato (composto cioè da magistrati togati ed onorari-esperti). Proprio la componente non togata assicura, per la sua specifica professionalità, un'adeguata considerazione della personalità e delle esigenze educative del minore, contribuendo anche all'osservanza del principio di minima offensività.

Occorre sottolineare che gli accertamenti sulla personalità *ex art.* 9 d.P.R. 448/1988 sono funzionali, non soltanto all'accertamento della capacità di intendere e di volere (in caso di presunzione relativa di non imputabilità del minore infradiciottenne), ma costituiscono la precondizione anche rispetto ad altre possibili decisioni, quali l'adozione di misure di sicurezza o eventuali provvedimenti civili o rieducativi. La celebrazione dell'udienza preliminare, ai fini della pronuncia di cui all'art. 26, risponde, dunque, non solo all'esigenza di assicurare il contraddittorio e l'effettività del diritto di difesa, ma anche all'accertamento della personalità del minore per l'adozione

l'attività di indagine; ciò pur in presenza della possibilità di applicare al minore infraquattordicenne le misure di sicurezza del riformatorio giudiziario e della libertà vigilata (in base all'art. 224 c.p.) e che la sentenza venga iscritta nel casellario giudiziale fino al raggiungimento della maggiore età.

⁵³ In dottrina rilevava già la violazione di tali parametri normativi C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione*, cit., 101.

⁵⁴ L'orientamento minoritario argomentava la possibilità di emettere *de plano* sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità del minore guardando alla lettera della rubrica dell'art. 26 D.P.R. 448/88 e ispirandosi al principio di minima offensività e di non stigmatizzazione; inoltre, la norma dispone che “in ogni stato e grado del procedimento” possa emettersi sentenza di non luogo a procedere per non imputabilità del minore, quindi non sarebbe necessario l'esercizio dell'azione penale, né il passaggio per l'udienza preliminare. Potendola dichiarare “d'ufficio” se ne desume che non sia necessaria l'instaurazione di un contraddittorio tra le parti.

In alcune pronunce la Cassazione esclude valutazioni di merito in ordine alla sussistenza del fatto e all'attribuibilità dello stesso al minore, essendo superflue indagini relative ad un fatto che non si intende perseguire (Cass. pen., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 49863).

⁵⁵ Cass. pen., sez. V, 23 aprile 2014 (dep. 11 giugno 2014), n. 24696, Rv. 260572, per cui “la sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità del minore postula il necessario accertamento di responsabilità dell'imputato e delle ragioni del mancato proscioglimento nel merito”. L'orientamento contrario, che consente di dichiarare *de plano* la non imputabilità del minore di anni quattordici, si pone in contrasto con principi di rango costituzionale (in particolare con l'artt. 3, 10 e 24 comma 2 Cost., comma 2, artt. 76, 111, 112 Cost.) e con norme internazionali, quali l'art. 40 della Convenzione di New York e l'art. 6 CEDU, non consentendo il pieno esercizio del diritto di difesa. Si richiama, inoltre, Corte EDU, 11 dicembre 2008, 4268/04, *Panovits v. Cyprus*, ove si afferma che il diritto di un minore accusato alla partecipazione effettiva al suo processo penale richiede che sia trattato con il dovuto rispetto per la sua vulnerabilità e capacità fin dalle prime fasi del suo coinvolgimento in un'indagine penale; a tal fine le autorità devono garantire che il minore accusato comprenda fino in fondo la natura dell'indagine, delle conseguenze che possono derivarne e quali sono i suoi diritti di difesa (in particolare il suo diritto al silenzio).

Per un commento L. CAMALDO, *La Cassazione nega l'ammissibilità della declaratoria de plano del difetto di imputabilità del minore infraquattordicenne*, in www.sistemapenale.it, 25 giugno 2020.

di una decisione in ordine all'applicazione provvisoria di una misura di sicurezza, quindi al giudizio di pericolosità del soggetto⁵⁶.

Il predetto passaggio argomentativo della pronuncia delle Sezioni Unite (n. 1292/2014), interpretato *cum grano salis*, e l'evoluzione giurisprudenziale sull'art. 26 d.P.R. 448/88 inducono a rivedere oggi quelle riflessioni sulla garanzia della collegialità, aprendo le porte ad un possibile raffronto tra la dinamica processuale descritta dall'art. 27 d.P.R. 448/88 e quella risultante dagli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/88, nonché 27 disp. att. c.p.p. min.

5. Differentemente dalla sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità del minore – secondo l'ultimo approdo raggiunto dalla giurisprudenza di legittimità – ai fini della declaratoria di irrilevanza del fatto nella fase delle indagini preliminari non è garantita la collegialità dell'organo giudicante. Le stesse *rationes* che hanno indotto a ritenere necessaria l'udienza preliminare per l'emissione della sentenza *ex art.* 26 d.P.R. 448/88 si pongono alla base della previsione per cui ai fini della declaratoria di irrilevanza del fatto – in sede di indagini preliminari⁵⁷ – si impone la fissazione di un'udienza camerale (art. 27 comma 2), quindi la formulazione dell'imputazione e l'instaurazione del contraddittorio tra le parti.

Ragioni di coerenza processuale e di effettività del diritto di difesa hanno probabilmente indotto il legislatore a prevedere come “correttivo” al tipo provvedimento descritto dall'art. 27 d.P.R. 448/88 il contraddittorio camerale *ex art.* 127 c.p.p.

Da un lato, infatti, l'emissione di una sentenza postula necessariamente la formulazione dell'imputazione con conseguente esercizio dell'azione penale, dall'altro, le formule di proscioglimento fondate sull'irrilevanza del fatto presuppongono un accertamento implicito del fatto tipico, antigiusuridico e colpevole⁵⁸.

Ferme restando le persistenti criticità sulla configurazione giuridica dell'epilogo decisorio⁵⁹, la prospettiva che si intende privilegiare in questa sede muove dall'affermazione secondo cui l'assenza di un contenuto afflittivo nella decisione giustificerebbe la composizione monocratica dell'organo giudicante; al contrario, la stessa formula potrebbe essere pronunciata dall'organo collegiale misto, in sede di udienza preliminare, qualora il pubblico ministero, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, ritenga di esercitare l'azione penale nelle forme ordinarie anziché richiedere l'emissione di una sentenza *ex art.* 27.

⁵⁶ La soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità non accoglie, quindi, la visione di chi in dottrina auspicava ad una integrazione – per opera dell'art. 1 d.P.R. 448/88 – dell'art. 26 da parte degli artt. 408, 409, 127 e 411 c.p.p. qualificando il difetto assoluto di imputabilità come una causa di improcedibilità, cui dovrebbe corrispondere un provvedimento di archiviazione. In difetto di *legitimitas ad causam*, infatti, non potrebbe verificarsi il mutamento di *status* da indagato a imputato in capo al minore infraquattordicenne (cfr. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione*, cit., 103-121).

⁵⁷ In caso di esercizio dell'azione penale il g.u.p. può valutare l'irrilevanza del fatto, salvo quanto disposto dall'art. 129 c.p.p. cfr. I. PICCOLO, *L'irrilevanza del fatto nell'ordinamento minorile tra (in)esercizio dell'azione penale e aporie di sistema*, in questa *Rivista*, 1/2/2020, 99.

⁵⁸ L'indagato, gli esercenti la responsabilità genitoriale e il difensore possono opporsi dalla declaratoria di irrilevanza del fatto qualora ritengano di poter ottenere il proscioglimento con una formula maggiormente liberativa.

⁵⁹ Sarebbe stato più opportuno configurare l'irrilevanza del fatto come causa di improcedibilità e così garantire la più rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale secondo C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione*, cit., 176 ss.; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit., 1494.

La composizione mista del giudice minorile è rimessa, dunque, alle determinazioni del pubblico ministero a fronte di un'analoga valutazione giudiziale sulla tenuità del fatto, sull'occasionalità del comportamento e sul pregiudizio alle esigenze educative del minore⁶⁰.

Già l'assenza nell'art. 27 d.P.R. 448/88 di limiti edittali all'operatività dell'irrelevanza del fatto – per cui la gravità del fatto è disancorata dal titolo del reato e della pena per esso comminata – manifesta la centralità delle valutazioni incentrate sulle caratteristiche personali del minore. Anche al di fuori del campo della messa alla prova, infatti, si affianca al concetto di “progetto educativo” l'elaborazione del “progetto processuale”, consistente in quel programma elaborato dagli organi coinvolti nel procedimento minorile (giudici e servizi minorili), tenuto conto di tutte le risorse familiari e sociali del minore di cui è possibile avvalersi nel perseguimento delle strategie di *diversion*.

Pur trattandosi della medesima valutazione sulla sussistenza dei requisiti posti dalla norma ai fini della declaratoria di irrilevanza del fatto, si è sinora ritenuta legittima la composizione monocratica del g.i.p. Non si è ravvisata una disparità di trattamento sotto il profilo della garanzia di collegialità e specializzazione del giudice minorile, ciò in quanto la sentenza *ex art. 27* determina, in ogni caso, l'esclusione della pena. All'aspetto concernente il trattamento *quoad poenam*, tuttavia, si affianca quello relativo agli accertamenti della personalità del minore, necessari al fine di stabilire quali siano in concreto le sue esigenze educative; esse costituiscono il *file rouge* dell'intero procedimento e caratterizzano l'udienza preliminare come luogo di giudizio individualizzato sul minore «attraverso la sua audizione, l'acquisizione delle indagini sociali e la presenza attiva degli interlocutori privilegiati nell'assistenza affettiva e psicologica»⁶¹.

Solo attraverso tale spettro il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare minorile, emesso dal collegio in composizione mista, potrà dirsi confacente alle esigenze educative del minore. Sotto questo profilo, dunque, è evidente la volontà del legislatore di privilegiare, con l'emissione della sentenza *ex art. 27* d.P.R. 448/88 da parte del g.i.p., la più rapida fuoriuscita del minore dal procedimento penale; ciò anche al costo di sacrificare la garanzia di collegialità e specializzazione nella prognosi individualizzata del minore sottoposto alle indagini.

Nel perimetro delle formule decisorie favorevoli, al principio di minima offensività sembra essere, così, attribuita una posizione di supremazia all'interno della gerarchia dei principi generali sul processo penale minorile. Adottando questo angolo visuale pare legittimo domandarsi se sia ancora coerente con le finalità del sistema affidare la scelta di ammettere il minore alla messa alla prova al solo organo collegiale. Sul piano normativo, il mancato esercizio dell'azione penale non ha evidentemente costituito un impedimento all'emissione della sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità o per irrilevanza del fatto, seppur con dei discutibili correttivi. Alla stessa soluzione (fissazione dell'udienza camerale) potrebbe ricorrersi qualora si ritenga di anticipare già nella fase delle indagini preliminari la decisione sull'ammissione del minore alla *probation*.

Quanto alla garanzia di collegialità-specializzazione, se nel caso del difetto di imputabilità del minore si pone, correttamente, come ostacolo alla sua rinuncia la possibilità di applicare

⁶⁰ Sugli (scarsamente determinati) requisiti posti dall'art. 27 d.P.R. 448/88 M. COLAMUSSI, *Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 5/1996, 1669.

⁶¹ M. BOUCHARD, *Processo*, cit., 149.

provvisoriamente una misura di sicurezza, diverso è il caso delle strategie di *diversion* che comportano un'esclusione della pena. A fronte del giudizio di pericolosità, infatti, il minore non potrebbe essere sottratto al suo giudice naturale (collegiale) cui è rimessa ogni valutazione di merito. Inoltre, a voler condividere l'assunto per cui in assenza di afflittività si giustifica la composizione monocratica del giudice minorile, si potrebbe ammettere che la decisione sull'avvio del percorso di MAP sia rimessa allo stesso g.i.p., al quale sarebbero affidati degli accertamenti sulla personalità non dissimili da quelli presupposti dall'art. 27. Qualora, poi, l'esito della messa alla prova dovesse essere negativo, non v'è dubbio che prosecuzione del procedimento, con apertura del giudizio di merito, debba avvenire dinnanzi al giudice collegiale.

6. Da tentativo di *reductio ad unum* delle norme che compongono la giustizia penale minorile emerge l'esigenza di rimeditare il complessivo assetto delle strategie di *diversion*.

Dal campo della sperimentazione⁶² si è giunti, in un trentennio di esperienza applicativa, attraverso innumerevoli interventi integrativo-correttivi ad opera della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, ad una configurazione del processo minorile indubbiamente più complessa rispetto a quella delineata originariamente dal legislatore. Nell'opera di riempimento dei contenuti delle disposizioni legislative un ruolo fondamentale è stato svolto dai giudici di merito, chiamati a confrontarsi con principi processuali nuovi⁶³ e con un approccio giudiziale "a misura di minore".

A ciò si aggiungano le criticità evidenziate dalla dottrina in ordine all'ambigua configurazione giuridica dei richiamati istituti⁶⁴, che non appaiono più giustificabili a seguito di decenni di sperimentazione e della loro acquisizione anche nel processo ordinario⁶⁵.

In un contesto di complessiva riforma, che miri all'adeguamento delle disposizioni processuali alle innumerevoli pronunce del Giudice delle leggi e alla chiarificazione dei precetti indeterminati o di dubbia interpretazione⁶⁶, nel perseguire anche un intento di razionalizzazione del sistema, sarebbe ipotizzabile la modifica delle norme in materia di messa alla prova delineando, come per l'irrelevanza del fatto, un duplice modulo procedurale. Da un lato, così, si attribuirebbe al g.i.p. minorile un'ulteriore competenza funzionale nel caso in cui le parti siano orientate a perseguire una strada alternativa al processo. Dall'altro, si potrebbe mantenere ferma la garanzia della collegialità in caso esito negativo della prova, con conseguente richiesta di rinvio a giudizio e inizio del processo dinnanzi al g.u.p. in composizione mista.

La questione irrisolta, in conclusione, non pare essere quella dell'estensione delle norme codicistiche in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova al rito minorile, quanto la necessità di rivedere la complessiva disciplina delle strategie di *diversion* – di per sé già

⁶² G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune* (2001), in ID., *Diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 145 ss.

⁶³ F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., 59-64.

⁶⁴ Sull'art. 26 d.P.R. 448/88 v. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione*, cit., 103-121; sull'art. 27 d.P.R. 448/88 v. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione*, cit., 176 e ss.; ID., "L'irrelevanza penale del fatto: il diritto del minore al non processo", in questa *Rivista*, 1/2012, 74 ss.; R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, cit., 1494.

⁶⁵ La configurazione dell'irrelevanza del fatto come causa di improcedibilità è ancor più sostenibile oggi se si guarda all'inclusione della particolare tenuità del fatto tra le cause di archiviazione (art. 411 comma 1-bis c.p.p.).

⁶⁶ Con riguardo, ad esempio, alle questioni insorte sul ruolo del consenso del minore alla messa alla prova, quindi all'interpretazione della lettera dell'art. 28 d.P.R. 448/88.

autosufficiente e, pertanto, insuscettibile di integrazione – alla luce della posizione gerarchica assunta dal principio di minima offensività nel complesso sistema di garanzie apprestate per il minore autore di reato.

Per questa via, ma come effetto riflesso o indiretto della modifica, si realizzerebbe altresì la finalità deflattiva auspicata per i fatti scarsamente offensivi e di modesto allarme sociale.

Da una simile operazione rimarrebbe, comunque, inalterata l'inviolabile garanzia della collegialità del giudice minorile a fronte di un giudizio di merito cui possa seguire una decisione dai contenuti afflittivi.

L'ambito di attività dell'art. 578 bis c.p.p. nell'opera nomofilattica della Cassazione

ILARIA PICCOLO

ABSTRACT

This work analyzes the judgement with which the Court of Cassation extended the art. 578-bis c.p.p. to urban confiscation. By doing so, it established that, in the event of a declaration of extinction due to the prescription of the crime, the judges of impugment are required to decide on the proportionality of the confiscation, in accordance with the provisions of the European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Il dialogo tra le Corti: un rapido *excursus* sul rapporto tra prescrizione e confisca “senza condanna”. – 3. Il contrasto e le opzioni percorribili. – 4. La soluzione: le Sezioni Unite estendono l'art. 578-bis c.p.p. – 5. La garanzia dell'art. 129 c.p.p. e le preclusioni in caso di inammissibilità del ricorso. – 6. Un riepilogo sui moduli procedurali nelle singole fasi. – 7. Brevi considerazioni sull'ermeneutica delle norme processuali.

1. Con la sentenza n. 13539 del 2020, le Sezioni unite si sono pronunciate sulla seguente questione: “se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia”.

Il contrasto ermeneutico, oggetto della sentenza *de qua*, postula un delicato bilanciamento tra la misura ablatoria della confisca lottizzatoria, la declaratoria di maturata prescrizione del reato e i poteri del giudice. La pronuncia rappresenta, da una parte, l'occasione per ripercorrere gli indirizzi formatisi sulla *quaestio* e vagliare la soluzione accolta dall'organo della nomofilachia; d'altra parte, la trasversalità dei suddetti temi consente di indagare ulteriori profili, tra cui i rapporti tra l'inammissibilità dell'impugnazione e l'immediata declaratoria della prescrizione di cui all'art. 129 co. 1 c.p.p., nonché l'interpretazione estensiva della norma processuale penale.

Occorre, però, muovere da una premessa di ordine generale. La confisca urbanistica trova il referente normativo nell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001¹, che impone al giudice di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, qualora abbia accertato, con sentenza definitiva, la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva².

¹ Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia.

² È principio consolidato in giurisprudenza che la contravvenzione di lottizzazione abusiva si configura come reato a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia quando manchi un provvedimento di autorizzazione, sia quando quest'ultimo sussista ma contrasti con le prescrizioni degli strumenti urbanistici, in quanto grava sui soggetti che predispongono un piano di lottizzazione, sui titolari di concessione, sui committenti e costruttori l'obbligo di controllare

Come è noto, la «proteiforme fisionomia»³ della confisca non rende agevole ricostruirne la natura giuridica, la disciplina applicabile e le irrinunciabili garanzie processuali⁴. Prima di analizzare il contrasto che ha originato l'intervento del Supremo Consesso, si ritiene utile passare brevemente in rassegna i principali approdi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e delle Corti nazionali, sul rapporto tra confisca e avvenuta prescrizione del reato.

Quanto alla *species* “urbanistica”, in una prima fase, la Corte di cassazione ha ritenuto si trattasse di una misura amministrativa obbligatoria a carattere reale, indipendente dalla condanna penale⁵ e, in quanto tale, sottratta al regime della prescrizione e applicata a prescindere da qualsiasi valutazione sull'elemento psicologico.

In sostanza: nessuna valutazione di merito era richiesta ai fini dell'applicabilità della misura, che si traduceva nel difetto di qualsiasi onere motivazionale in capo al giudice. È solo con la celebre sentenza *Sud Fondi c. Italia*⁶ – relativa ai cc.dd. ecomostri di Punta Perotti – che la Corte di Strasburgo, al fine di scongiurare il rischio di una “truffa delle etichette”, ha qualificato espressamente la confisca urbanistica quale misura sostanzialmente penale⁷, in quanto essa «non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge».

È noto, del resto, come la giurisprudenza sovranazionale funga da «fucina giuridica»⁸, orientata a scovare la dimensione sostanziale del fenomeno giuridico, che si nasconde al di là del dato formale che ammantava gli istituti. La siffatta operazione di riqualificazione giuridica implicava la riconduzione, della misura ablatoria, al presidio dell'art. 7 della Convenzione e, in particolare, alla necessità di un accertamento sulla sussistenza di un legame psicologico – quantomeno in termini di colpa – tra il fatto di lottizzazione abusiva e il presunto autore-destinatario della confisca.

Secondo i giudici della Corte europea, è necessario un legame tra la confisca e l'accertamento di un reato nell'ambito del procedimento penale che, per essere conforme al principio di legalità sostanziale e processuale deve essere completo ed effettuato in un procedimento nel quale l'accusato può esercitare tutte le prerogative dell'equo processo.

Negli arresti successivi alla citata sentenza, la Cassazione ha tentato una mediazione con i principi affermati in sede convenzionale. Da un lato, ribadendo la natura amministrativa della confisca urbanistica e ammettendo la relativa applicabilità anche in assenza di una sentenza di condanna irrevocabile; dall'altro lato, per evitare lo scontro con l'impostazione “sostanzialistica” dei

la conformità dell'intera lottizzazione e delle singole opere alla normativa urbanistica e alle previsioni di pianificazione. *Ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1163; Cass. pen., sez. III, 15 giugno 2009, n. 24671. Per un maggiore approfondimento sui lineamenti generali della fattispecie, si rinvia a D. GUIDI, *Lottizzazione abusiva e sindacato del giudice penale sulle decisioni degli enti territoriali in materia di pianificazione attuativa*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2019, 4, 353.

³ Così, Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654.

⁴ L'espressione è di E. MEZZETTI, *Profitto e prezzo confiscabili e confisca per equivalente nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *www.diritto penale contemporaneo.it*, 21 febbraio 2014.

⁵ In questi termini, Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2005, n. 10037, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001 per violazione degli artt. 27 e 42 Cost., affermando che la confisca urbanistica prescinde da una sentenza di condanna proprio in virtù della natura amministrativa, per la quale in presenza di un contrasto tra l'interesse collettivo alla corretta pianificazione territoriale e quello del soggetto privato a non vedere vulnerato il proprio diritto di proprietà, la prevalenza sarebbe stata da assicurare al primo.

⁶ C. eur. dir. uomo, sez. II, 30 agosto 2007, n. 75909, *Sud Fondi c. Italia*.

⁷ Si rinvia ai criteri elaborati da C. eur. dir. uomo, Grande camera, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

⁸ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 2015.

giudici europei, ne ha circostanziato le condizioni di applicabilità. In particolare, si è precisato che l'adozione della confisca urbanistica, nel caso di prescrizione del reato presupposto, postula, sotto il profilo sostanziale, l'accertamento della sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nonché – quando si tratta della confisca di un bene appartenente a terzi, potenzialmente estranei al reato di lottizzazione abusiva – l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza. In sede processuale – in conformità con quanto espresso dai giudici di Strasburgo – si è ritenuta indispensabile la celebrazione di un giudizio idoneo ad assicurare il contraddittorio e la più ampia partecipazione dei diversi soggetti interessati⁹.

Idealmente, si entrava così in una “seconda fase”, dove il problema della “confisca senza condanna” si trasformava in quello della “confisca con condanna sostanziale”¹⁰.

2. Con la nota sentenza *Varvara c. Italia*¹¹ del 2013, la Corte EDU, sulla base della natura “penale” della confisca urbanistica, ne ha escluso la possibile applicazione in assenza di condanna – anche in caso di estinzione per avvenuta prescrizione del reato urbanistico – onde evitare una contrazione illegittima dell'art. 7 della Convenzione. Detta disposizione, invero, non si limiterebbe a richiedere la necessità di una base legale per i reati e per le pene, ma comporterebbe l'illegittimità dell'applicazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri ovvero qualora la stessa non postuli un giudizio di colpevolezza «*consignée dans un verdict de culpabilité*»¹².

All'equazione della confisca quale “pena”, i giudici ricollegavano, quale logico corollario, la necessità di un pieno accertamento degli elementi costitutivi del reato, nel rispetto dello *standard* di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p. Nel panorama nazionale, le Sezioni Unite, con la sentenza *Lucci*¹³, hanno esteso i principi espressi dalla sentenza *Varvara*, affermando «che il Giudice nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240 c.p., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter c.p.p., la confisca del prezzo del prezzo o del profitto da reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto del reato». Ciò, in virtù di una sorta di rapporto di contenenza, dove ciò che vale per il caso più “grave” (confisca-sanzione penale), non può non valere per il caso “meno grave” (confisca-misura di sicurezza), tenuto altresì conto del punto di contatto fra le due fattispecie, rappresentato dall'apprezzamento preventivo della pericolosità del bene ablato, tradotto nella “obbligatorietà” di entrambe le misure, sia pure con il correttivo che in caso confisca obbligatoria la prescrizione dovesse seguire ad un accertamento pieno in primo grado.

⁹ *Ex multis*, Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2009, n. 20243; Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2009, n. 21188; Cass. pen., sez. III, 19 maggio 2009, n. 30933; Cass. pen., sez. III, 9 luglio 2009, n. 36844.

¹⁰ C. BARON, *La confisca con “condanna sostanziale”: verso un nuovo “principio generale” in materia ablatoria?*, in *Cass. pen.*, 2020, 12, 4799.

¹¹ C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 29 ottobre 2013, n. 17475, *Varvara c. Italia*.

¹² Come affermato da F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 novembre 2013, la pronuncia rappresenta un'ulteriore tappa nell'interpretazione evolutiva dell'art. 7 Cedu e, in particolare, un rilancio del processo di “convenzionalizzazione” del principio di colpevolezza.

¹³ Cass. pen., sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617.

L'eccessivo rigore del *dictum* Varvara ha portato all'intervento della Corte costituzionale¹⁴, con la sentenza n. 49 del 2015, in cui i giudici delle leggi hanno dichiarato inammissibile la questione, poiché la pronuncia della Corte EDU, non rappresentando una decisione espressiva di un indirizzo consolidato, non costituiva un parametro vincolante da porre a fondamento di un processo interpretativo. In tal senso, la Corte ha, sostanzialmente, lasciato ai giudici nazionali il compito di decidere se accedere o meno ad una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 44 co. 2, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo i principi di diritto affermati nella sentenza Varvara.

Il passaggio indubbiamente più rilevante, tuttavia, attiene ai rapporti tra la sentenza di proscioglimento e l'accertamento della responsabilità penale¹⁵. Invero, secondo la Consulta, non verrebbe in rilievo alcuna incompatibilità logica o giuridica tra i due elementi della relazione. In sostanza: nel nostro ordinamento giuridico, l'accertamento sulla responsabilità può essere contenuto anche in una sentenza penale di proscioglimento.

Si verifica una crasi tra forma e sostanza, o meglio tra formula e contenuto. E d'altronde, diversamente non potrebbe essere, dal momento che la categoria delle sentenze di proscioglimento non costituisce un *genus* unitario, ma abbraccia ipotesi marcatamente eterogenee, quanto all'attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del prosciolto.

La formula "proscioglimento = assoluzione" non regge, dal momento che vi sono sentenze idonee ad arrecare significativi pregiudizi, sia di ordine morale che di ordine giuridico¹⁶. Si pensi, a titolo esemplificativo, al proscioglimento per totale infermità di mente o per cronica intossicazione da *alcohol* o da sostanze stupefacenti, anche quando non venga applicata una misura di sicurezza¹⁷. In tal senso si pone, in maniera ancor più evidente, il proscioglimento per particolare tenuità del fatto, la cui formula postula proprio il riconoscimento della responsabilità per il fatto (*tenue*) commesso. Punto fondamentale nella panoramica in esame è rappresentato dalla sentenza G.I.E.M. c. Italia, con cui la Corte EDU – prendendo le distanze da quanto affermato in occasione della vicenda Varvara – mostra una maggiore apertura alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sent. n. 49 del 2015.

In detta sede, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la compatibilità della confisca urbanistica con gli artt. 6, 7, e 1 Prot. add. CEDU, qualora l'ablazione sia stata disposta a seguito di un accertamento che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali. Cioè, vale a dire, qualora vi sia stata la positiva verifica, in sentenza, della sussistenza di tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, del reato di lottizzazione abusiva, all'esito di un processo che abbia assicurato la piena partecipazione, in contraddittorio, di tutti gli interessati.

¹⁴ Ord., Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2014 (ud. 30 aprile 2014), n. 20636 aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001 così come interpretato dai giudici della Corte EDU nella sentenza Varvara, nel senso che la confisca ivi prevista non può applicarsi nel caso di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi, per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma Cost. – i quali impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà.

¹⁵ Sul tema, C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, 2018, 105 e ss.

¹⁶ In siffatti termini, Corte cost., 4 aprile 2008, n. 85.

¹⁷ Sul punto, cfr. Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 151.

La valutazione di compatibilità con i principi di legalità e di colpevolezza sanciti dall'art. 7 CEDU deve prescindere dal diverso "vocabolario utilizzato" nei vari ordinamenti e dal "dispositivo", valorizzando la portata della motivazione, quale parte integrante della decisione¹⁸.

Secondo la prospettiva fatta propria dalla Corte europea nella sentenza G.I.E.M., la confisca è ammissibile, dunque, anche nell'ipotesi di intervenuta prescrizione del reato presupposto, a maggior ragione se la causa estintiva si realizza dopo la pronuncia di una sentenza di condanna non definitiva (di primo o di secondo grado), sempre che il provvedimento ablativo sia adottato nell'ambito di un "processo giusto", cioè informato al rigoroso rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU. Cioè, sempre nel rispetto della garanzia del contraddittorio tra le parti, quale elemento imprescindibile ai fini dell'accertamento, e sempre che la misura ablativa sia proporzionata rispetto alla tutela della potestà pianificatoria pubblica e dell'ambiente.

A tal fine, secondo i giudici di Strasburgo, occorre prendere in considerazione: «la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta ed il reato in questione»¹⁹.

Se così stanno le cose, a seguito di un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 44 co. 2 D.P.R. n. 380 del 2001, la norma andrebbe così letta: la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, nel rispetto delle forme del giusto processo e del canone di proporzionalità della misura.

3. Così delineato lo stato dell'arte sui rapporti tra confisca urbanistica e avvenuta prescrizione, l'ulteriore quesito che si è imposto all'opera risolutrice delle Sezioni Unite attiene alla possibilità, per la Corte di cassazione, di disporre, all'esito della declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, e quindi di annullamento della sentenza di condanna da disporsi ai sensi dell'art. 620, co. 1, lett. a) c.p.p., un giudizio di rinvio limitato ad una valutazione sulla proporzionalità della confisca²⁰.

¹⁸ C. eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, § 261: «Qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato».

¹⁹ C. eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, § 301.

²⁰ Per una ricostruzione del caso di specie A. QUATTROCCHI, *Le Sezioni Unite su confisca urbanistica e poteri del giudice dell'impugnazione in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: tra i punti fermi, permane insoluto il nodo della proporzionalità della misura*, in *Sistema Penale*, 2020, 7, p. 203. Brevemente, in primo grado, il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto dichiarava l'imputato colpevole del reato di lottizzazione abusiva ex art. 44, lett. c), T.U. Edilizia, e lo condannava alla pena di anno 1 e mesi 2 di arresto ed euro 60.000,00 di ammenda. Sentenza di condanna confermata, poi, dalla Corte d'Appello di Messina. Avverso tale decisione, l'imputato proponeva ricorso per cassazione deducendo, tra i vari motivi, che la disposta confisca aveva attinto beni di proprietà di terzi, estranei alla vicenda processuale ed in buona fede con riferimento alla sussistenza di un legittimo piano di lottizzazione. La trattazione del ricorso dinanzi ai giudici di legittimità veniva rinviata, in attesa della sentenza della Grande camera della Corte Edu, sino all'udienza del 15 maggio 2019. Con ordinanza del 2 ottobre 2019, la Terza sezione della Corte, appurata l'estinzione del reato per prescrizione, rimetteva il ricorso alle Sezioni unite, sulla scorta del potenziale contrasto interpretativo concernente la facoltà, in capo alla medesima Corte, di disporre l'annullamento della sentenza con rinvio, limitatamente alla statuizione sulla confisca ed ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura.

In altre parole, a seguito dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001, il giudice nazionale è chiamato a operare una valutazione di merito e, dunque strutturare una motivazione, quanto all'applicazione e proporzionalità della confisca. In caso di relativa violazione – essendo stata la misura ablativa disposta in via automatica, secondo l'interpretazione dell'art. 44 co. 2 d.P.R. 380 del 2001, prevalente all'epoca delle decisioni di merito – ci si chiede se la Corte di cassazione, inerte sulle questioni di merito, possa annullare la sentenza, con rinvio circoscritto al vaglio di merito sulla confisca.

Come evidenziato dalla Terza Sezione rimettente, invero, siffatta valutazione potrebbe esigere necessari accertamenti di fatto. Si pensi, ad esempio, che nel caso di specie si trattava di un'illegittima realizzazione di un piano di lottizzazione regolarmente autorizzato, rendendo evidente la regolarità di una parte degli edifici e delle trasformazioni realizzate²¹. La questione, del resto, postula un discorso più ampio e di dommatica generale del processo penale: la possibilità che, in caso di annullamento senza rinvio, residuino singole statuizioni “immuni” dalla demolizione.

Preliminarmente, occorre evidenziare che le Sezioni Unite aderiscono, in sintonia con la giurisprudenza convenzionale e costituzionale, all'orientamento secondo cui sarebbe possibile disporre la confisca dei terreni anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché vi sia un accertamento effettivo quanto alla sussistenza del fatto. Il passaggio è tutt'altro che superfluo, dal momento che – come asserisce il Supremo Consesso – solo la soluzione positiva a tale questione preliminare permette di affrontare quella oggetto del caso di specie. In altri termini, se l'applicabilità in astratto della misura reale fosse preclusa dalla causa di estinzione della prescrizione, *a fortiori* la Corte non potrebbe annullare con rinvio per statuire sulla confisca.

Tale *modus procedendi* si pone come logico ed inevitabile corollario del suddetto principio, onde contrastare una sua declamazione solo virtuale: la possibilità di coesistenza della prescrizione e della confisca acquista un valore concreto, in quanto si consenta che, nonostante la intervenuta prescrizione maturata nel corso del giudizio di impugnazione, il giudice possa ugualmente disporre la misura in oggetto²².

In sostanza: il problema trasla dal piano dell'*an* a quello del *quomodo*. La Corte, infatti, è chiamata a individuare il viatico processuale che consenta di disporre il suddetto annullamento con rinvio. Un primo orientamento²³ ne ravvisa il fondamento nell'art. 578-bis c.p.p.²⁴. Trattasi di una norma introdotta, nel codice di rito, ad opera del d.lgs. n. 21 del 2018, in attuazione della delega conferita al Governo dalla L. n. 2013 del 2017. Essa ha previsto che, quando sia stata disposta la confisca prevista dall'art. 240 *bis* c.p., comma 1, o da altre disposizioni di legge, il giudice dell'impugnazione (Corte di Appello o Corte di cassazione), nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, deve operare un accertamento incidentale di responsabilità, valido ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato, onde verificare se essa debba essere disposta, confermata o meno.

ablatoria, conformemente al principio di diritto enunciato dalla giurisprudenza convenzionale nel caso G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia.

²¹ Cass. pen., sez. III, ord. 15 maggio 2019, n. 40380, § 15 Considerato in diritto.

²² Cass. pen., sez. un., 30 gennaio 2020, n. 13539, § 5 Considerato in diritto.

²³ *Ex multis*, Cass. pen., sez. III, 8 novembre 2018, n. 5936; Cass. pen., sez. III, 4 dicembre 2018, n. 14005; Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2019, n. 14743; Cass. pen., sez. III, 11 aprile 2019, n. 22034.

²⁴ Rubricata «Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione».

Ebbene, secondo una prima opzione ermeneutica, l'inciso contenuto dalla norma «da altre disposizioni di legge» rappresenterebbe una clausola di estensibilità, idonea ad abbracciare le plurime forme di confisca previste nell'ordinamento²⁵.

Un secondo orientamento²⁶ è partito dall'opposta premessa che il menzionato art. 578-*bis* non faccia riferimento anche alla confisca urbanistica, avuto riguardo all'*iter* legislativo che ha portato alla sua introduzione. La citata norma, invero, sarebbe il prodotto del trasferimento ad opera del D.Lgs. n. 21 del 2018 – che ha attuato la delega per la riserva di codice²⁷ – della confisca cd. “allargata” di cui all'art. 12-*sexies* co. 4-*septies* del D.L. n. 206 del 1992. Vi era, quindi, la necessità di estendere l'ambito applicativo della norma anche alle confische previste nelle leggi speciali e, in particolare, alle confische in materia di contrabbando e di sostanze stupefacenti. In altre parole, l'inciso «da altre disposizioni di legge» sarebbe servente ad estendere l'art. 578-*bis* c.p.p. anche a detti casi, ma non alla confisca urbanistica.

Ciò troverebbe altresì conferma nel dato per cui, successivamente, la l. 3 del 2019 (cd. Spazzacorrotti) ha aggiunto l'inciso «o la confisca prevista dall'art. 322-*ter* c.p.», estendendo la norma processuale anche all'ipotesi di confisca per equivalente. Da tale modifica si dedurrebbe che, ove il legislatore avesse inteso estendere la norma anche alla confisca di cui al T.U. Edilizia, avrebbe modificato opportunamente l'art. 578-*bis* c.p.p. Inoltre, dall'utilizzo della congiunzione “o” diversa dalla precedente “e”, conseguirebbe che le confische richiamate dall'art. 578-*bis* c.p.p. possono essere di soli due tipi: da un lato, la confisca “allargata” e, per effetto della prima congiunzione “e”, quelle analoghe previste da altre disposizioni di legge, e, dall'altro, la sola confisca per equivalente, che, in virtù della seconda congiunzione “o”, sarebbe insuscettibile di estensione.

Così opinando, detto orientamento ha individuato il fondamento giuridico della possibilità di emettere una pronuncia di annullamento con rinvio limitatamente alla confisca sulla base di casi analoghi, passando in rassegna sia le ipotesi di confisca quale misura di sicurezza patrimoniale per illiceità intrinseca della *res*, sia la pronuncia sulla falsità dei documenti. Detti casi, unitamente all'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p., dimostrerebbero la necessità del proseguimento del processo penale. In particolare, l'obbligo di accertamento imposto dal giudice per l'adozione del provvedimento ablativo prevarrebbe su quello generale della immediata declaratoria della causa di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p. «La valenza, rispondente a principi di ordine costituzionale, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., unicamente derogabile, *in melius*, dal comma 2 della stessa norma, laddove già

²⁵ Così, Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 2018, n. 6141. In detta occasione, il Supremo consesso – aderendo all'indirizzo minoritario – ha affermato l'ammissibilità (anche agli effetti penali) della revisione della sentenza del giudice di appello che, decidendo ai sensi dell'art. 578 c.p.p., abbia prosciolto l'imputato per intervenuta prescrizione del reato, e contestualmente confermato le statuizioni civili disposte in primo grado. Secondo la pronuncia, invero, precludere all'imputato prosciolti per estinzione del reato, ma al tempo stesso ingiustamente condannato agli effetti civili, la possibilità di accedere alla revisione, significherebbe negare a tale soggetto qualunque forma di tutela giurisdizionale, posta l'impraticabilità – proprio in ossequio al principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione – dell'istituto della revocazione civile al di fuori dei casi previsti dall'art. 622 c.p.p. Per un approfondimento sulla pronuncia, si rinvia a G. DI PAOLO, *Proscioglimento per prescrizione del reato e revisione: le Sezioni Unite estendono l'esperibilità del rimedio straordinario riconoscendo legittimazione attiva al prosciolti condannato agli effetti civili*, in *Cass. pen.*, 2020, 2047.

²⁶ *Ex multis*, Cass. pen., sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282; Cass. pen., sez. III, 13 luglio 2017, n. 53692.

²⁷ L'art. 3-*bis* c.p. dispone che, se una materia è disciplinata in un Testo Unico, le disposizioni che la riguardano devono essere inserite all'interno di tale *corpus* normativo. Il riferimento è agli artt. 301 T.U. Doganale e 73 T.U. Stupefacenti. Per una più compiuta disamina del principio *de quo*, si rinvia a M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-*bis* c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in www.legislazionepenale.it, 20 novembre 2018.

risulti con evidenza la sussistenza di una causa di proscioglimento nel merito e, *in peius*, nel senso, cioè, di consentire ugualmente la prosecuzione del processo ai fini dell'adozione di provvedimenti *lato sensu* sanzionatori, solo in presenza di norme che espressamente statuiscono in tal senso».

I fautori di tale ultimo indirizzo pongono in rilievo il dato letterale dell'art. 44, co. 2, T.U. Edilizia, che non fornirebbe alcuna indicazione sulla sussistenza di un accertamento nonostante la prescrizione già maturata, in tale direzione non deponendo neppure le menzionate pronunce della Consulta e della Corte Edu²⁸. Un terzo e ultimo orientamento, invece, facente capo all'ordinanza di rimessione, riteneva che non vi fosse alcuna disposizione che legittimasse la Corte di cassazione ad annullare con rinvio, limitatamente alla statuizione sulla confisca, in caso di reato di lottizzazione abusiva dichiarato prescritto.

La Terza Sezione giustifica detta "chiusura" con una pluralità di argomenti, così sintetizzabili. *In primis*, coerentemente all'orientamento precedente, ritiene che l'art. 578-bis sia frutto del trasferimento, nel codice di procedura penale, della confisca c.d. allargata, propria della normativa antimafia. L'inciso "estensivo" sarebbe da riferire specificamente alla confisca "allargata" in materia doganale e di stupefacenti, che, in quanto disciplinate entrambe da Testi Unici, non avrebbero potuto, per il principio della riserva di codice, essere espressamente menzionate nel Codice penale. Inoltre, la confisca urbanistica non sarebbe assimilabile alle forme previste dalla norma – quella allargata e per equivalente – in quanto misura "sostanzialmente penale" connotata da un vincolo pertinenziale rispetto al reato di lottizzazione abusiva.

L'ordinanza di rimessione non dubita del fatto che, anche in caso di proscioglimento per estinzione del reato, il giudice di merito possa procedere ad ulteriori accertamenti potenzialmente prodromici a effetti ablatori, purché non di natura penale. In tal senso, appare legittima l'applicazione della confisca *ex art.* 240 c.p., in quanto misura di sicurezza, nonché la statuizione sulla responsabilità civile *ex art.* 578 c.p.p. Tuttavia, quanto alla prosecuzione del giudizio ai fini della confisca urbanistica, mancherebbe, nel sistema processuale, una norma che attribuisca alla Corte di cassazione il potere di annullare con rinvio al giudice di appello al fine di verificare la conformità della disposta confisca al criterio di proporzionalità imposto dalla sentenza G.I.E.M. Non sarebbe d'aiuto, in tal senso, neanche l'art. 622 c.p.p., norma che disciplina l'annullamento della sentenza, ad opera della Cassazione, ai soli effetti civili.

A differenza dell'orientamento precedente, la Sezione rimettente afferma che il granitico principio elaborato in sede convenzionale, quanto alla necessità di un vaglio di proporzionalità della confisca, non sia sufficiente a imporre al giudice nazionale di merito l'obbligo di proseguire l'esercizio della giurisdizione anche *ex post* alla declaratoria di prescrizione del reato, ai soli fini di disporre la confisca ovvero conformarla alla giurisprudenza convenzionale. Del resto, sussisterebbe intatta la potestà amministrativa di cui all'art. 30 d.P.R. n. 380 del 2001.

In conclusione, la Terza sezione ritiene che sarebbe viziata da eccesso di giurisdizione la statuizione di annullamento con rinvio limitato alla confisca, non risultando applicabile al caso nessuna norma del codice di procedura penale o di leggi speciali.

²⁸ A. QUATTROCCHI, *Le Sezioni Unite su confisca urbanistica e poteri del giudice dell'impugnazione in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva*, cit., 210. «Da un lato, infatti, l'art. 44 nulla dice in ordine ai rapporti – in punto di successione temporale – tra l'accertamento del fatto e la prescrizione, in modo del tutto coerente rispetto alla natura sostanziale della disposizione. Dall'altro lato, nessun riferimento la Corte costituzionale e la Corte Edu hanno operato circa detti aspetti di ordine prettamente processuale».

Ciò significa che, una volta disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essere il reato di lottizzazione estinto per prescrizione, non residuerebbe alcun potere al giudice dell'impugnazione al fine di vagliare la proporzionalità della misura.

4. Le Sezioni unite, con la sentenza n. 13539 del 2020, aderiscono sostanzialmente al primo dei menzionati orientamenti, affermando che «in caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusive per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di Cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 DPR 380/2001».

Sul piano motivazionale, il Supremo consesso, pur condividendo l'assunto secondo cui l'art. 578-bis c.p.p. costituirebbe il sostanziale trapianto della confisca allargata di cui al Codice Antimafia, evidenzia come, rispetto all'art. 12-sexies co. 4-septies ha aggiunto l'inciso «da altre disposizioni di legge» di valenza generale, «capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del Codice penale»²⁹, tra cui anche quella urbanistica. A parere della Suprema Corte, il richiamato principio della riserva di codice è volto ad evitare che nuove fattispecie incriminatrici siano introdotte in fonti diverse dal Codice penale e dai Testi Unici, al fine di salvaguardare il principio di conoscibilità del precetto penale. Nella specie, tuttavia, «non si sarebbe trattato di introdurre nuove fattispecie di reato ma solo di menzionare, ai fini della regolamentazione della confisca per esse prevista, fattispecie già contemplate dall'ordinamento».

Non avrebbe portata dirimente la rubrica dell'art. 578-bis c.p.p., la quale si riferisce alla «confisca in casi particolari», con una formula sovrapponibile alla rubrica dell'art. 240-bis c.p. Ciò in ossequio al brocardo per cui *rubrica legis non est lex*: «le partizioni sistematiche di una legge, in particolare titoli, capi e rubriche, non fanno parte, né integrano il testo legislativo e quindi non vincolano l'interprete, in quanto la disciplina normativa sulla formazione delle leggi prevede che solo i singoli articoli siano oggetto di esame e di approvazione da parte degli organi legislativi»³⁰.

La Corte sconfessa altresì l'argomento secondo cui, dalla successiva riforma integratrice avente ad oggetto il richiamo alla confisca di cui all'art. 322-ter, si ricaverebbe la *voluntas legis* di circoscrivere l'ambito applicativo della norma alle sole ipotesi richiamate espressamente, ovvero implicitamente a quelle già considerate nell'art. 12-sexies. L'interpolazione, invero, avrebbe rafforzato l'estensibilità della norma processuale alla confisca urbanistica, includendo espressamente anche dei «provvedimenti ablatori aventi portata *lato sensu* sanzionatoria, come indubbiamente è la confisca per equivalente e come è la confisca urbanistica».

La sentenza in commento esclude, inoltre, un possibile conflitto tra l'interpretazione estensiva dell'art. 578-bis c.p.p. con l'art. 76 Cost. ed il principio di suddivisione dei poteri, posto in rilievo dall'ordinanza di remissione. Le Sezioni unite, invece, rinvergono la copertura normativa nell'art. 1, co. 82, della Legge Delega Orlando n. 103 del 2017, che ha delegato il Governo all'adozione di norme per la riforma dei giudizi di impugnazione nel processo penale.

L'estensibilità dell'art. 578-bis c.p.p., del resto, sarebbe corroborata da un «criterio di evidente razionalità», ossia l'esigenza legislativa di disciplinare, in una singola norma processuale, le regole procedurali in caso di prescrizione del reato e vaglio sulla confisca.

²⁹ Cass. pen., sez. un., 30 gennaio 2020, n. 13539, § 5.1. Considerato in diritto.

³⁰ Cass. pen., sez. I, 20 marzo 2015, n. 16372.

5. Una volta stabilita l'estensibilità dell'art. 578-*bis* c.p.p. alla confisca urbanistica, la Corte dedica una cospicua parte della motivazione per sottolineare la portata inderogabile e le *rationes* dell'art. 129 c.p.p. Le Sezioni unite confutano l'orientamento secondo cui il principio espresso in occasione della sentenza G.I.E.M. c. Italia sarebbe *ex se* idoneo a imporre al giudice nazionale di vagliare la proporzionalità della misura. Una siffatta lettura implicherebbe una deroga al *praeceptum legis* di cui all'art. 129 c.p.p. e all'implementazione di una sorta di "azione penale complementare" – *rectius*, supplementare – al fine di proseguire l'accertamento della responsabilità penale, ai soli fini della confisca.

La Corte riafferma, invece, la portata inderogabile dell'art. 129 co. 2 c.p.p., ovvero derogabile unicamente *in melius* dal comma 2 della medesima norma, laddove già risulti con evidenza la sussistenza di una causa di proscioglimento nel merito. Essa è espressione di un obbligo, per il giudice, di pronunciare con immediatezza, nel momento di sua formazione ed indipendentemente da quello che sia "lo stato e il grado del processo", sentenza di proscioglimento, non lasciando alcun spiraglio aperto a una possibile prosecuzione del giudizio ai fini dell'adozione di provvedimenti *lato sensu* sanzionatori. Le Sezioni unite, in particolare, hanno (ri)affermato il rilievo costituzionale dell'art. 129 c.p.p. Detta norma sancisce il principio dell'immediata operatività della causa estintiva, ponendosi quale espressione del generale principio del *favor rei*, prevedendo l'obbligo della declaratoria della causa di non punibilità "in ogni stato e grado del processo". Inoltre, tale regola permette di agevolare l'*exitus* del processo, «evitando la prosecuzione infruttuosa di un giudizio e nella finalità di assicurare la pronta definizione dello stesso, evitando così esasperati, dispendiosi ed inutili formalismi». Infine, sarebbe proiezione, sul piano processuale, del principio di cui all'art. 1 c.p.

Tale ultima norma, disponendo che nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, impone la previsione di istituti finalizzati a troncare l'*iter* procedimentale e sbarrare qualsiasi attività processuale ulteriore, addivenendo immediatamente al giudizio, anche se fondato su elementi incompleti ai fini di un compiuto accertamento della verità da un punto di vista storico. Dette affermazioni sono pienamente condivisibili, ma si impone una precisazione. Invero, la granitica e indefettibile portata garantistica – costituzionalmente imposta – dell'art. 129 c.p.p. non sembra collimare con l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione preclude la rilevabilità della prescrizione. Ciò salva l'ipotesi in cui l'intervenuta prescrizione del reato, maturata prima della sentenza di appello, costituisca specifico motivo di ricorso per Cassazione.

Un ricorso *ab origine* inammissibile impedisce, ai giudici di legittimità, il vaglio di qualsiasi altra questione. L'operatività del precetto di cui all'art. 129 c.p.p. diviene operativo solo in caso di esito positivo del previo scrutinio sull'ammissibilità dell'impugnazione, che deve coniugarsi col principio dispositivo delle impugnazioni. Ciò poiché l'art. 129 c.p.p. non sarebbe idoneo ad attribuire al giudice un potere di giudizio ulteriore e autonomo rispetto a quello già riconosciutogli dalle specifiche norme che regolano l'epilogo del processo, ma si limiterebbe ad enunciare una regola di condotta, per il giudice, che presuppone il pieno esercizio della giurisdizione³¹. Secondo la

³¹ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40150, § 4.4 Considerato in diritto.

giurisprudenza, un assetto così congegnato non si pone in tensione con i diritti fondamentali sul giusto processo garantiti dalla CEDU, in quanto è la parte interessata ad essere onerata di attivare correttamente il rapporto processuale di impugnazione, con la conseguenza che il mancato rispetto delle regole finisce per paralizzare i poteri cognitivi del giudice³².

Le cause di inammissibilità di cui agli artt. 581, 591, 606, co. 3, c.p.p., comportano una pronuncia meramente dichiarativa, che ha la funzione di consolidare il giudicato sostanziale già formatosi, con «l'effetto di rendere giuridicamente indifferenti fatti processuali come l'integrazione di cause di non punibilità precedentemente non rilevate perché non dedotte oppure integrate successivamente al giudicato stesso». Quanto detto va, però, ridimensionato.

Secondo l'elaborazione giurisprudenziale³³, invero, la mancata instaurazione del rapporto giuridico processuale di impugnazione non impedirebbe di rilevare l'*abolitio criminis*, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, la morte del reo, l'estinzione del reato per remissione della querela ex art. 152 c.p. perfezionatasi in pendenza del ricorso per cassazione, quella delle modifiche normative sopravvenute in termini di attenuazione della pena, nonché la particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.p. Trattasi di cause individuate, non da una norma di legge, ma dalla giurisprudenza, che, così facendo, ha scisso la nozione di giudicato di cui all'art. 648, distinguendo il tipo "formale" da quello "sostanziale"³⁴.

Quanto alle ipotesi di *abolitio criminis* e dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice³⁵, la prevalenza dell'art. 129 c.p.p. si spiega poiché, in concreto, si anticipano gli esiti obbligati della successiva fase *in executivis*. La morte del reo, invece, poiché determina l'immediata risoluzione del rapporto processuale. La remissione della querela si spiega in ragione della sua capacità di paralizzare la perseguibilità stessa del reato, con la conseguenza della massima estensione da attribuire al termine ultimo per la sua rilevazione, secondo il disposto dell'art. 152, co. 3, c.p., cioè fino alla condanna irrevocabile in senso formale. Trattasi di un'evenienza processuale sicuramente posteriore e indipendente dal fatto in sé della presentazione di un ricorso inammissibile e utile ai fini in esame, salvo il caso della inammissibilità per tardività³⁶.

Ancora, le Sezioni unite³⁷ hanno ritenuto rilevabile la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p., anche in caso di inammissibilità del ricorso, ponendo in evidenza la capacità di operare come una depenalizzazione in concreto. Infine, a prevalere sulla inammissibilità del ricorso sarebbe altresì l'illegalità della pena per effetto della pronuncia di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio³⁸, in quanto motivo "costituzionalmente imposto"³⁹ ex artt. 1 c.p., 25 co. 2 Cost. e 7 § 1, CEDU, del quale la Corte di legittimità, anche a fronte di un ricorso inammissibile, deve "auto investire".

³² Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40150.

³³ *Ex multis* Cass. pen., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 24246.

³⁴ L. SCOLLO, *Le Sezioni Unite sulla procedibilità a querela sopravvenuta in pendenza del giudizio di cassazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 novembre 2018.

³⁵ Cass. pen., sez. un., 22 marzo 2005, n. 23428.

³⁶ Cass. pen., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 24246.

³⁷ Cfr. Cass. pen., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681.

³⁸ Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858.

³⁹ Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653.

Non sarebbe, invece, in alcun modo idonea a prevalere sulla inammissibilità la categoria della improcedibilità, in quanto la mancanza di siffatta condizione viene comunemente configurata come una questione di fatto, soggetta alle regole della autosufficienza del ricorso⁴⁰.

Al riguardo, le Sezioni unite hanno escluso che la declaratoria ex art. 129 c.p.p. possa prevalere sullo sbarramento di inammissibilità sia quando detta causa estintiva sia intervenuta in data anteriore alla pronuncia di appello, e non sia stata né dedotta né rilevata dal giudice, sia quando la prescrizione sia maturata nel periodo compreso tra la decisione impugnata e la proposizione del ricorso: «la porzione di processo che si svolge tra il momento in cui si sollecita l'instaurazione del grado superiore di giudizio e quello in cui tale sollecitazione è dichiarata inammissibile rimane circoscritta al solo accertamento della questione processuale relativa alla sussistenza del presupposto di ammissibilità e, in difetto di questo, non riserva spazio ad altre decisioni»⁴¹.

Una regola di non poco rilievo, se si richiama la possibilità, a seguito delle recenti riforme⁴² in materia di impugnazioni, di dichiarare il ricorso inammissibile per manifesta infondatezza dei motivi. Invero, la regola secondo cui il vaglio formale di inammissibilità sarebbe prodromico rispetto a quello sostanziale nel merito finisce per incrinarsi, sino a una irreversibile fenditura, dal momento che si fa retroagire, alla fase di accesso, una valutazione che attiene all'(in)fondatezza della doglianza⁴³. In sostanza, vi è stato l'abbandono della tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute, per dare luogo a una *reductio ad unum* della categoria, comprendente, oltre alla mancanza di specificità dei motivi e alla proposizione di motivi non consentiti o non dedotti in sede di appello, anche la loro manifesta infondatezza⁴⁴.

Ciò posto, il mito garantista dell'art. 129 c.p.p. – enfatizzato dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento – viene sfatato, se si considera il potere della Corte di cassazione di precluderne gli effetti, con un vaglio di mera infondatezza. La contrapposizione è evidente. La natura oggettiva della prescrizione, legata allo scorrere del tempo, imporrebbe che il meccanismo processuale di declaratoria sia anch'esso connesso a presupposti oggettivi, e non alla (manifesta) discrezionalità di un vaglio di infondatezza.

Le suddette considerazioni valgono anche per la proporzionalità dell'ablazione. In altre parole, l'inammissibilità del ricorso preclude la corretta instaurazione del rapporto processuale, con conseguente preclusione quanto al potere di annullamento con rinvio ad opera dei giudici di legittimità. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, poiché la doglianza di cui all'atto di impugnazione faceva riferimento a soggetti terzi, ossia i pretesi titolari dei beni oggetto della misura ablatoria disposta dal Tribunale in primo grado. Un eventuale annullamento con rinvio, effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe in un annullamento *ad explorandum*, estraneo al ruolo e ai

⁴⁰ Così Cass. pen., sez. III, 14 ottobre 2010, n. 39188.

⁴¹ Cass. pen., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602. Si segnala, inoltre, il principio di diritto espresso da Cass. pen., sez. un., 27 maggio 2016, n. 6903, secondo cui «In caso di ricorso avverso una sentenza di condanna che riguardi più reati ascritti allo stesso imputato l'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione impedisce che l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rapporto processuale anche per i reati in relazione ai quali l'impugnazione sia inammissibile e preclude per detti reati, in relazione ai quali si è formato il giudicato parziale, la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello».

⁴² Il riferimento è alla L. n. 103 del 2017.

⁴³ Sul punto si rinvia alle considerazioni di C. IASEVOLI, *Il giudice delle leggi nelle strettoie processuali del ricorso per manifesta infondatezza*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, n. 5.

⁴⁴ Cfr. A. MARANDOLA, *Prescrizione, effetti collaterali e rimedi*, in *www.sistemaprocessuale.it*, 23 luglio 2020.

compiti del giudice di legittimità, laddove presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte di cassazione è l'emersione, nelle sentenze del merito, di relativi elementi di fatto che lo giustificano⁴⁵. Resterebbe, tuttavia, salva – sottolineano le Sezioni Unite – la possibilità di proporre ogni doglianza in sede di incidente di esecuzione ex art. 666 c.p.p., sia con riguardo alla possibilità di revoca della misura ablatoria, sia in ordine alla latitudine – quanto al mancato utilizzo di misure diverse e di invasività inferiore – nonché le modalità esecutive della confisca stessa.

Sempre in tal sede, i terzi estranei al fatto e al conseguente rapporto processuale, che si ritengano lesi dalla misura ablatoria, possono ricorrere all'opposizione dinanzi al giudice dell'esecuzione, che sarà tenuto ad accertare, dal punto di vista oggettivo, l'effettiva esistenza della lottizzazione illecita e, dal punto di vista soggettivo, l'insussistenza della buona fede nella condotta del terzo, sulla base di quanto provato dalla pubblica accusa⁴⁶.

Anche l'“uscita di salvezza” dell'incidente di esecuzione, tuttavia, non è scevra di rilievi critici. Come condivisibilmente affermato, lo strumento di carattere generale di cui agli artt. 666 ss. c.p.p. è finalizzato ad un controllo sulla legittimità del titolo esecutivo. Attribuire, invece, al giudice dell'esecuzione il vaglio sulla proporzionalità della misura ablatoria, sulla sua applicazione o le modalità esecutive, rischia di attribuire al giudice dell'esecuzione un irrituale potere di ripetere la cognizione *in idem factum*, precluso dal divieto di *bis in idem* processuale⁴⁷.

6. *Rebus sic stantibus*, la pronuncia del Supremo Consesso permette di tracciare un paradigma, in cui, a ogni fase – del procedimento, del processo e dei gradi di impugnazione – corrisponde un tipo di provvedimento e l'(im)possibilità di disporre/scrutinare la confisca.

Se la prescrizione si verifica nel corso delle indagini preliminari, la natura primigenia di tale segmento – privo di qualsiasi accertamento – implica l'impossibilità di disporre la confisca urbanistica. Il modulo procedurale, com'è noto, è quello dell'archiviazione per intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 411 c.p.p. In detta fase, non può trovare applicazione la *regula iuris* contenuta all'art. 129 c.p.p., la cui operatività postula l'esercizio dell'azione penale, ergo consentita soltanto nella fase processuale vera e propria.

Seguendo la “filiera”, se il reato di lottizzazione dovesse estinguersi nella fase dell'udienza preliminare, parimenti non vi sarebbe possibilità di applicare la misura ablatoria. Il giudice dell'udienza preliminare, in detta circostanza, emanerà una sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. Negli atti preliminari al dibattimento, il proscioglimento per intervenuta prescrizione osta alla confisca del bene lottizzato poiché la causa estintiva del reato deve essere dichiarata con sentenza predibattimentale ex art. 469 c.p.p. Invero, le caratteristiche di questa non permettono di compiere quell'accertamento incidentale sulla sussistenza dell'illecito – nei suoi aspetti oggettivi e soggettivi – necessario per poter disporre la misura ablatoria⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. Cass. pen., sez. un., 26 marzo 2003, n. 25887.

⁴⁶ A. QUATTROCCHI, *Le Sezioni Unite su confisca urbanistica e poteri del giudice dell'impugnazione in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva*, cit., 221, evidenzia come la pronuncia delle Sezioni Unite sia un'occasione mancata, in quanto «nulla dicono in merito ai termini in cui il giudizio di proporzionalità dovrebbe essere impostato, perdendo dunque l'occasione per fornire preziose ed unitarie indicazioni al riguardo su un tema reso quanto mai attuale dalla sentenza G.I.E.M.».

⁴⁷ Così G. GAETA, *Cassazione vs. Corte europea in tema di confisca: la storia infinita*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 4.

⁴⁸ Così, Cass. pen., sez. III, 14 novembre 2018, n. 1514, *ric. Bernardini*.

Se l'istruttoria dibattimentale è *in fieri* – vale a dire, con un accertamento ancora inconcluso – il giudice, proprio in ossequio all'art. 129 c.p.p., deve pronunciare sentenza di non doversi procedere⁴⁹. Qualora la causa estintiva del reato maturi all'esito del giudizio di primo grado, cioè ad istruttoria ormai conclusa, allora il giudice del dibattimento potrà emanare una sentenza di non doversi procedere ex art. 529 c.p.p., ma – chiariscono le Sezioni Unite – avrà il potere di disporre la confisca. Questo è uno dei punti più significativi della sentenza in commento, che smentisce la necessità di una sentenza di condanna in primo grado, ai fini dell'operatività dell'art. 578-bis c.p.p., dato che «la formulazione letterale della norma in sé considerata non contiene alcun espresso riferimento a tale presupposto (venendo unicamente menzionata la necessità di una previa confisca)».

La confisca, dunque, può essere disposta anche dal giudice di primo grado con la sentenza in cui dichiarare prescritto il reato, purché *ex post* all'accertamento della lottizzazione illecita. Se la prescrizione matura nel corso del giudizio di appello, o di cassazione, il giudice dell'impugnazione dovrà emanare una sentenza di non doversi procedere, ma avrà la possibilità di pronunciarsi ai soli fini della confisca, proprio mediante l'estensione dell'ambito operativo dell'art. 578-bis c.p.p. In sostanza, la Corte di cassazione, anche a seguito della maturata prescrizione del reato, può disporre la confisca, purché, nei precedenti gradi di giudizio, vi sia stato un accertamento, anche formale, di responsabilità. Ciò che non può fare è prosciogliere l'imputato e, al contempo, irrogare la misura ablatoria, qualora vi sia stata sentenza di assoluzione nel merito da parte del giudice precedente.

7. La sentenza in commento si inserisce nel *trend* giurisprudenziale in materia di prescrizione e confisca, che si riconferma «un vero e proprio *unicum* nel panorama sanzionatorio, caratterizzato quale è da un intreccio di problemi dogmatici e difficoltà operative che non si ritrova in nessun'altra sanzione penale»⁵⁰.

L'ampliamento della portata operativa dell'art. 578 bis c.p.p. alla confisca urbanistica, se da un lato sugella il potere, dei giudici dell'impugnazione, di disporre la confisca anche a reato prescritto, d'altra parte, genera un rafforzamento delle garanzie, nonché un'armonizzazione con quanto espresso in sede convenzionale, poiché emargina forme “oggettive” di ablazione, consacrando uno scrutinio di proporzionalità. La conclusione presta il fianco a rilievi critici.

Le manipolazioni interpretative, ad opera di una giurisprudenza sempre più sovente in supponenza di un legislatore in affanno⁵¹, scontano il rischio di allargare le “maglie normative”, in *vulnus* al fondamentale principio di legalità, *sub specie* di tassatività.

pur attraverso il riferimento a quanto imposto specificamente dall'art. 469 c.p.p., abbia ravvisato, a fronte di maturata prescrizione del reato di lottizzazione, l'impossibilità, nella fase degli atti preliminari al dibattimento, e, dunque, ad azione penale già esercitata, e dunque in un momento processuale tale, in teoria, da consentire di accertare il fatto nelle sue componenti oggettive e soggettive, di protrarre oltre il giudizio.

⁴⁹ In tal senso, si richiama Cass. pen., sez. I, 6 luglio 2004, n. 33129, con cui la Corte ha ritenuto abnorme il decreto del giudice dell'udienza preliminare che, proprio al fine di consentire successivamente l'accertamento finalizzato a detta confisca, abbia disposto ugualmente il rinvio a giudizio per un reato, pur riconoscendo l'intervenuta estinzione dello stesso per prescrizione, in quanto esplicitosi al di fuori dei casi consentiti, al di là di ogni ragionevole limite.

⁵⁰ M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672.

⁵¹ Si rinvia alle opere di L. FERRAJOLI, da cui emerge un generale atteggiamento critico verso un possibile “diritto penale giurisprudenziale” e profondamente cautelativo per la salvaguardia della certezza del diritto. Dell'Autore si segnalano: *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in “*Ars interpretandi*”, 2016, 2, 23-44; *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, 13-32; *Crisi della legalità e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra*

Nel sistema processuale penale, ancor più che in quello sostanziale, si registra una svalutazione delle forme e del dato normativo, attribuendo al giudice il ruolo di *dominus* delle regole, piegate alle esigenze del caso concreto. Eppure, non sembra dirimente la natura della norma⁵². L'esigenza di una interpretazione tassativizzante⁵³ acquista rilievo tanto in sede sostanziale quanto in quella processuale, onde evitare l'apertura di brecce agli arbitri. L'art. 25, co. 2, Cost., in combinato con l'art. 14 Preleggi, impone di non applicare le norme "oltre i casi e i tempi in esse considerati", precludendo la possibilità di estendere *in malam partem* anche una norma processuale che si traduca in uno sfavore per l'imputato.

Nel caso di specie, viene in rilievo un'interpretazione manipolativa che allarga le maglie della norma processuale, al fine di estendere il potere-dovere di decidere sulla proporzionalità della confisca "urbanistica". Una (tenue) forzatura del dato normativo c'è. A fronte di una esegesi storico-letterale della norma, e del contesto in cui è nata, la Suprema Corte sceglie di attribuire, all'inciso «da altre disposizioni di legge», un significato diverso da quello che aveva in origine. *Ad adiuvandum*, si pone il contenuto dei Lavori Preparatori al d.lgs. n. 21 del 2018, da cui emerge come l'art. 578-bis c.p.p. sia stato introdotto contestualmente allo spostamento della previsione della «confisca nei casi particolari» (c.d. allargata o di sproporzione) di cui all'art. 12-sexies D.L. n. 306 del 1992 (conv. con L. n. 356 del 1992) nel novello art. 240-bis c.p. e costituisca la sostanziale trasposizione del comma 4-septies del citato art. 12-sexies⁵⁴.

La strada imposta, allora, sembra(va) quella di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 578-bis c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede che il giudice possa annullare con rinvio ai soli fini della valutazione della confisca "urbanistica", in caso di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. Tuttavia, la Corte ha preferito procedere diversamente. Il piano d'analisi si sposta, allora, sull'ermeneutica della norma processuale. Che l'attività di esegesi, ad opera degli operatori di diritto, sia necessaria alla chiarificazione e corretta interpretazione delle norme è evidente (come, tuttavia, lo è l'assunto che essa apra inevitabili spiragli alla creazione giurisprudenziale).

«Nessuna norma può dirsi così chiara da non aver bisogno di essere interpretata per cui anche quando si è innanzi ad enunciati formulati in modo *prima facie* dettagliato e preciso vi è comunque

incertezze del presente e ipotesi del futuro, atti dell'incontro di studio organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, Padova, 2001; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989; *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016; *Iura Paria, I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2016. Per una voce contraria, tra tutti, si rinvia alle considerazioni di P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma, 2017; *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma, 2012; *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in Paolo Grossi, a cura di Alpa G., Roma, 2011, 19-41; *Ritorno al diritto*, Bari, 2015; *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e postmodernità*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, serie IX, 2014, vol. XXXV, 519-538.

⁵² M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 27 ss.: «non esiste norma penale sostanziale, come non esiste norma processual-penalistica. C'è la norma penale, composta da particelle sostanziali e particelle processuali che costituiscono un tutt'uno».

⁵³ C. SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Arch. Pen.*, 2020, 1, 11: «la proposta è di ritornare in qualche modo al rispetto della lettera della legge, la quale, per quanto polisensibile ed aperta possa essere la formulazione linguistica della singola disposizione presa in considerazione, consente comunque di riferire a quest'ultima un significato, non univoco ma comunque delimitato in maniera intellegibile».

⁵⁴ Come precisa A. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni Unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sistema penale*, 2020, 5, 294, di detta circostanza ne hanno cognizione le stesse Sezioni unite nel paragrafo 5.1 della sentenza.

la necessità di scegliere fra una gamma di alternative di significato, così che la scelta della disposizione giuridica da applicare non può mai esaurirsi nella semplice indicazione di un enunciato normativo in sé considerato, ma presuppone inevitabilmente l'adozione di una fra le diverse possibili interpretazioni che sempre possono darsi della espressione linguistica contenuta nella previsione prescrittiva»⁵⁵.

Ebbene, in uno stato sociale di diritto, quando sono in gioco le garanzie più importanti del cittadino, appare necessario orientare la soluzione interpretativa verso il maggiore livello maggiore di tutela. Il giudice, pur non rivestendo il ruolo di mera «*bouche de la loi*», è tenuto in ogni caso ad optare per un'interpretazione conforme, non solo a canoni ermeneutici condivisi, in modo che la legge possa risultare riconoscibile dai consociati, ma soprattutto alla Costituzione. Ci sono, di fatto, tante ermeneutiche, «buone e cattive»⁵⁶, ed entrambe possono trovare ragionevolmente applicazione a un medesimo testo, ma il principio della interpretazione conforme a Costituzione assurge a regola deontica del giudice⁵⁷, più volte ribadita dalla stessa Corte costituzionale. Dall'art. 12 delle Preleggi – come già affermato dalle Sezioni unite – si ricaverebbe il divieto, per l'interprete, di andare “*contro*” il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale. Non gli sarebbe invece vietato andare “*oltre*” la letteralità del testo, allorquando l'opzione ermeneutica prescelta rappresenti «il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato»⁵⁸.

Occorre, allora, valutare se la lettura offerta dalle Sezioni unite sia costituzionalmente, oltre che convenzionalmente, orientata. La risposta non è univoca. Da una parte, la soluzione della Suprema corte, seppur opinabile sul versante esegetico-formale, consente di garantire uno scrutinio di proporzionalità sulla misura ablatoria già disposta, ricorrendo a una norma – l'art. 578-*bis* c.p.p. – che, del resto, è stata introdotta proprio nella medesima finalità. In caso di confisca irrogata nei giudizi di merito, a seguito di un pieno accertamento della responsabilità penale, nel rispetto dello *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la pronuncia delle Sezioni Unite permette di “scrutinare” la proporzionalità della misura inflitta, in caso di violazione dei principi espressi dal *dictum* G.I.E.M..

Le maggiori criticità, tuttavia, emergono dall'affermazione della Corte secondo cui, a istruttoria dibattimentale ultimata, il giudice abbia il dovere di prosciogliere l'imputato, se il reato si prescrive, ma conservi il potere di disporre la confisca. Così opinando, si demolisce il convincimento di chi⁵⁹ riteneva che l'art. 578-*bis* c.p.p. innalzasse il livello di garanzie richiesto dalla Corte europea, postulando la necessità di una condanna in primo grado, affermando che «il *surplus* di tutela, nel nostro caso, deriverebbe dal fatto che, mentre la giurisprudenza europea non riferisce la compatibilità della causa estintiva del reato con la confisca penale ad una determinata fase del giudizio (preoccupandosi soltanto di stabilire quali requisiti questo giudizio deve possedere e, conseguentemente, di individuare la fase del procedimento in cui tale compatibilità è aprioristicamente esclusa), così da legittimare, in astratto, il connubio prescrizione-confisca anche nel

⁵⁵ C. SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali?*, cit., 13.

⁵⁶ V. PULITANO V., *Paradossi della legalità. fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.*, 2015, 2, 4.

⁵⁷ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 37.

⁵⁸ Cass. pen., sez. un., sent. 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770.

⁵⁹ A. PULVIRENTI, *Il difficile connubio dell'art. 578-*bis* c.p.p. con la “sentenza Giem” della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d'innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *Arch. Pen.*, 2019, 2, 15.

giudizio dibattimentale, l'art. 578-bis c.p.p. segna dei confini più ristretti»⁶⁰. Lettura che, tra l'altro, appariva corroborata dalla collocazione della norma. L'art. 578-bis c.p.p. si pone, infatti, immediatamente dopo l'art. 578 c.p., che, attribuendo al giudice di appello e alla Corte di cassazione il potere-dovere di statuire, nonostante la declaratoria di maturata prescrizione, ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili, postula che l'impugnazione abbia ad oggetto una (previa) sentenza di condanna.

Ebbene, la pronuncia della Suprema Corte poteva rappresentare l'occasione per (ri)affermare, quantomeno, l'imprescindibilità di una sentenza di condanna formale in primo grado. Quanto detto – si intende evidenziare – non riguarda la legittimità *ex ante*, di un assetto che permetta, a reato prescritto, l'applicazione o la sopravvivenza della confisca (sanzione). Il tema, come è ovvio, meriterebbe ben altro approfondimento di quanto possibile in questa sede⁶¹, in cui ci si è limitati a valutare la pronuncia della Suprema Corte, in termini di opportunità di un controllo *ex post*.

Basti solo considerare l'aporia di sistema determinata dalla diversa posizione della Corte di cassazione, con riguardo alla confisca per equivalente, secondo cui la stessa «presenta una natura prettamente sanzionatoria, il che impone di escludere (...), che possa essere disposta l'ablazione definitiva del bene ove il reato sia dichiarato estinto per prescrizione»⁶². Ci si chiede quale sia, allora, la legittimazione della declaratoria di confisca a reato di lottizzazione abusiva ormai prescritto: il corto-circuito è evidente. E, allora, il maggior punto di tensione con la Costituzione, in particolare con l'art. 25, non emerge dalla sentenza in sé, quanto dal presupposto: il diritto vivente sul connubio confisca urbanistica-prescrizione, divenuto ormai diritto vivente per il viatico dell'art. 578-bis c.p.p. Probabilmente, «l'applicazione della confisca urbanistica a reato prescritto nasconde l'esigenza della magistratura di reprimere fenomeni ambientali e paesaggistici rispetto ai quali le amministrazioni pubbliche spesso rimangono inermi (...) lo sforzo di trovare un compromesso fra garanzie individuali e repressione dei fenomeni di lottizzazione abusiva sembra schiacciato dall'impossibilità di armonizzare l'inconciliabile, se non al prezzo di una vistosa lesione dei principi generali: un prezzo che rappresenta il frutto dell'illusione pangiusizialista secondo cui il diritto e il processo penale sono gli unici rimedi all'infrazione dell'ordine sociale, a causa dell'inefficienza dei controlli e delle sanzioni non penali»⁶³.

L'auspicio è per un intervento del legislatore, affinché disciplini compiutamente, e nel rispetto delle garanzie, i rapporti tra la prescrizione e gli istituti sostanzialmente sanzionatori. Ciò, tuttavia, con la consapevolezza che, ancora una volta, l'elaborazione giurisprudenziale ha preceduto la produzione normativa.

⁶⁰ A. PULVIRENTI, *ibidem*. Secondo l'A., l'opera di subordinare la compatibilità della confisca penale con la prescrizione del reato ad un certo grado di stabilizzazione della prova, oltre ogni ragionevole dubbio, della responsabilità dell'imputato, appariva una soluzione equilibrata, posto che, da un lato, è maggiormente adesiva alla logica della presunzione di non colpevolezza e, dall'altro, non pregiudica irrimediabilmente le esigenze di tutela dell'ordinamento (che, cessata la potestà punitiva, potrebbero sempre essere soddisfatte con l'adozione di misure di natura amministrativa).

⁶¹ Si rinvia a A. TRIMBOLI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato. Alcune considerazioni fuori dal coro sulla pervicace applicazione di una sanzione sostanzialmente penale a reato prescritto*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2020, 7/8, 6.

⁶² Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 11 maggio 2020 (ud. 15 novembre 2019), n. 14218, con nota di L. ROCCATAGLIATA, *Confisca per equivalente e prescrizione del reato. Le contrastanti indicazioni del Giudice di legittimità e i seri dubbi sulla compatibilità con il dettato costituzionale*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2020, 5.

⁶³ A. TRIMBOLI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato*, cit., 9.

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

PAOLA BRUNESE



REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano

- 1) Dott. Paola Brunese
- 2) Dott. Aldo Alberti
- 3) Dott.ssa Lucia Pezzuti

Presidente Est
Componente Privato

Con l'intervento del P.M.M. e con l'assistenza del Cancelliere sottoscritto ha pronunciato la seguente

Nella causa nei confronti di ~~_____~~ nato a ~~_____~~ il ~~_____~~ detenuto c/o la Casa Circondariale di Terni ;
detenuto – presente in videoconferenza;

A) delitto di cui agli artt. 110,81 cpv. 575, 577 Co. 10 nn. 3 e 4 in rel all'art. 61 n. 1 c.p., 7 L. 203/91, perché, in concorso con ~~Lodovico Antonio~~, ~~Franco~~, ~~Ruggiero~~, ~~Amato~~, ~~Cataldo~~, ~~Spirito~~, ~~Giovane~~, ~~Salvo~~, ~~Antonio~~, ~~Giuseppe~~, ~~Luigi~~ e ~~Benedetto~~ (e con ~~Barbara~~ e ~~Maria~~, questi ultimi due entrambi deceduti) esplodendo piu' colpi di pistola che attingevano in parti vitali del corpo ~~Massimo~~, ~~Pino~~ e ~~Mosca~~ ne cagionavano la morte.

In particolare:

In particolare: ~~.....~~ e ~~.....~~, esponenti del clan Lo Russo, quali mandanti dell'azione omicidiaria, materialmente portata a termine da appartenenti al clan Amato Pagano secondo un accordo intervenuto con ~~.....~~, esponente di vertice del predetto clan, alleato ai Lo Russo.

~~_____~~ quale mandante ed organizzatore dell'agguato per avere programmato l'azione delittuosa con distribuzione dei compiti e predisposizione dei mezzi per l'esecuzione (armi, veicoli, abitazione, luogo per l'occultamento etc)

N.	C.P.
1	1
2	2
3	3
4	4
5	5
6	6
7	7
8	8
9	9
10	10
11	11
12	12
13	13
14	14
15	15
16	16
17	17
18	18
19	19
20	20
21	21
22	22
23	23
24	24
25	25
26	26
27	27
28	28
29	29
30	30
31	31
32	32
33	33
34	34
35	35
36	36
37	37
38	38
39	39
40	40
41	41
42	42
43	43
44	44
45	45
46	46
47	47
48	48
49	49
50	50
51	51
52	52
53	53
54	54
55	55
56	56
57	57
58	58
59	59
60	60
61	61
62	62
63	63
64	64
65	65
66	66
67	67
68	68
69	69
70	70
71	71
72	72
73	73
74	74
75	75
76	76
77	77
78	78
79	79
80	80
81	81
82	82
83	83
84	84
85	85
86	86
87	87
88	88
89	89
90	90
91	91
92	92
93	93
94	94
95	95
96	96
97	97
98	98
99	99
100	100

Gli altri quali concorrenti nella fase esecutiva ed in particolare ~~Spasimo Oreste~~, ~~Amato Carmine~~ e ~~Spasimo Oreste~~ (unitamente a ~~Luigi Romano~~ deceduto) per avere esploso i colpi di pistola all'indirizzo delle vittime, ~~Calazzo Antonio~~, ~~Cerrato Carmine~~, ~~Carrara Lucia~~, ~~Biancolella Francesca~~ e ~~Riccio Mario~~ (unitamente a ~~D'Amico Antonio~~ deceduto) per avere predisposto l'abitazione ed attirato in trappola le vittime nonché provveduto alla fase della pulizia della casa ed occultamento dei cadaveri

Con le circostanze aggravanti di aver commesso il fatto con premeditazione e per motivi abietti, essendo stato il delitto ideato ed organizzato dai gruppi camorristici del Lo Russo e degli Amato-Pagano, tra i quali esisteva un rapporto di alleanza criminale e di scambio reciproco di favori, come epurazione interna al clan Lo Russo ed in particolare per eliminare ~~Russo Francesco~~ alias ~~Belmonte~~, referente del clan Lo Russo nella zona di Chiaiano, per consolidare il prestigio ed

predominio sul territorio

Commesso in Mugnano il 15 marzo 2009

B) per il delitto di cui agli artt. 110, 81 cpv., 61 n. 2 c.p., 10, 12 e 14 legge 497/74, L.203/91 perché, in concorso con ~~Lo Russo Antonio~~, ~~Biancolella Oreste~~, ~~Pagano Cesare~~, ~~Amato Carmine~~, ~~Spasimo Oreste~~, ~~Calazzo Antonio~~, ~~Cerrato Carmine~~, ~~Carrara Lucia~~ e ~~Biancolella Francesca~~ (e con ~~Riccio Mario~~ e ~~D'Amico Antonio~~, questi ultimi due entrambi deceduti), nei ruoli sopra descritti, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, al fine di commettere i delitti di cui al capo che precede, illegalmente detenevano e portavano in luogo pubblico quattro pistole cal.7,65, armi comuni da sparo.

Con la circostanza aggravante di aver commesso il fatto al fine di avvantaggiare i gruppi camorristici Lo Russo e degli Amato-Pagano, tra i quali esisteva un rapporto di alleanza criminale e di scambio reciproco di favori, consolidandone il prestigio ed il predominio sul territorio nonché avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis C.P. e segnatamente della forza di intimidazione derivante dalla esistenza, notorietà e operatività dei clan Lo Russo ed Amato Pagano, tra loro alleati.

Commesso in Mugnano il 15 marzo 2009

C) per il delitto di cui agli artt. 110, 61 n. 2, 412 c.p. art.7 L.203/91 perché, in concorso con ~~Lo Russo Antonio~~, ~~Biancolella Oreste~~, ~~Pagano Cesare~~, ~~Amato Carmine~~, ~~Spasimo Oreste~~, ~~Calazzo Antonio~~, ~~Cerrato Carmine~~, ~~Carrara Lucia~~ e ~~Biancolella Francesca~~ (e con ~~Riccio Mario~~ e ~~D'Amico Antonio~~, questi ultimi due entrambi deceduti) nei ruoli sopra descritti, al fine di conseguire l'impunità per i delitti di cui al capo che precedono occultavano i cadaveri di ~~Francesco Russo~~, ~~Ciro Russo~~ e ~~Vincenzo Mesatelli~~, sotterrandoli in una fossa

Con la circostanza aggravante di aver commesso il fatto al fine di avvantaggiare i gruppi camorristici Lo Russo e degli Amato-Pagano, tra i quali esisteva un rapporto di alleanza criminale e di scambio reciproco di favori, consolidandone il prestigio ed il predominio sul territorio nonché avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis C.P. e segnatamente della forza di intimidazione derivante dalla esistenza, notorietà e operatività dei clan Lo Russo ed Amato Pagano, tra loro alleati.

Commesso in Mugnano il 15 marzo 2009

9

2

CONCLUSIONE DELLE PARTI

PMM : con la sola diminvente della minore età equivalente alle aggravanti contestate, unificati i reati col vincolo della continuazione, tenuto conto della diminvente del rito, condanna alla pena di anni 20 di reclusione;

DIFESA con la concessione delle circostanze attenuanti generiche , dell'attenuante ex art 114 cp, della minore età, prevalenti sulle aggravanti e l'esclusione della aggravante ex art 7 L 203\91 e dell'aggravante prevista dall'art 575 cp ; assorbita la detenzione delle armi nel porto, con la diminvente per il rito, condanna al minimo edittale della pena;
per il capo C) assoluzione per non aver commesso il fatto;



Svolgimento del processo

In data 25.7. 2018 veniva emesso giudizio immediato ,in stato di detenzione anche per altro, nei confronti di [REDACTED], per i reati indicati in epigrafe.

I difensori dell'imputato, muniti di procura speciale, tempestivamente chiedevano la celebrazione del processo col rito abbreviato, per cui era fissata l'udienza preliminare per il 15.10.2018 , data nella quale, non essendo possibile attuare il collegamento in video-conferenza con l'imputato, ristretto c/o il Carcere di Terni in regime di 41 bis O.P., il processo era rinviato all'udienza del 21 gennaio 2019 , da celebrarsi presso il Tribunale di Napoli, dotato di aule di udienza munite di impianto di video-conferenza , con sospensione del termine della misura cautelare, consentendolo le parti. In tale data, attuato il collegamento, la difesa depositava, col consenso del PMM , sentenza di condanna del [REDACTED] pronunciata dalla Corte di Assise di Appello di Napoli il 20.4.2018 , per l'omicidio di [REDACTED], che veniva acquisita, veniva ammesso il rito abbreviato, l'imputato si avvaleva della facoltà di non rispondere ma confermava il contenuto della missiva inviata dallo stesso al Tribunale per i minorenni di Napoli in data 8.10.2018 ,nella quale ammetteva le proprie responsabilità in relazione ai fatti in esame. Il Presidente invitava le parti a concludere, il Pmm effettuava la requisitoria ed il processo era rinviato alla data del 4.2.2019 per le arringhe difensive. In tale data, attuato il collegamento in video-conferenza con l'imputato, la difesa concludeva come da verbale.

Il Gup pronunciava sentenza ,riservando 30 giorni per la motivazione e sospendendo il termine della misura cautelare per il tempo necessario alla redazione della motivazione.

Motivi della decisione

Gli elementi acquisiti in atti – pienamente utilizzabili per la scelta del rito abbreviato effettuata dai difensori di [REDACTED], muniti di procura speciale - provano la penale responsabilità dell'imputato in relazione ai gravissimi fatti ascrittigli. Occorre premettere che [REDACTED] è stato condannato, con sentenza irrevocabile del Tribunale di Napoli del 18.6.2013, per associazione di tipo mafioso e partecipazione ad associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti , accertate fino al 2011 e perdurante al momento della sentenza , alla pena di 16 anni di reclusione e con sentenza di 2° pronunziata dalla Corte di Assise di Appello di Napoli il 20.4.2018 , per l'omicidio di [REDACTED] ed altro , commessi in Melito di Napoli il 16.1.2012, alla pena di 30 anni di reclusione. Attualmente è in espiazione della pena in regime di 41 bis dell'ordinamento penitenziario , nonché in custodia cautelare per l'omicidio del 16.1.2012 e per i gravissimi fatti del 15 marzo 2009 . Pertanto [REDACTED] ha partecipato al presente processo mediante collegamento in video-conferenza col Carcere di Terni ove è ristretto nel regime di cui all'art 41 bis OP.

Nel presente processo, gli elementi che fondano la condanna del [REDACTED] , che all'epoca, per soli tre mesi ancora non era maggiorenne, consistono nelle chiamate



4

in correttezza dei collaboratori di giustizia ~~Esposito Biagio~~, ~~Cerone Carmine~~, detto "~~Esposito~~", da non confondersi con l'omonimo ~~Carato Carmine~~ detto "~~a Roccia~~", che pure sarà citato nella presente sentenza e ~~Marzà Antonio~~, nei riscontri alle dichiarazioni degli stessi, emergenti dagli atti di indagine e nella confessione stragiudiziale resa dall'imputato che, in data 8.10.2018 inviava al Tribunale per i minorenni di Napoli una missiva, nella quale ammetteva le proprie responsabilità in relazione ai fatti in esame, commessi quando era un ragazzo, rappresentando che si fece travolgere dall'ambiente delinquenziale in cui era immerso e faceva presente di essere cambiato, di scusarsi con i familiari delle vittime, nutrendo il desiderio di riabbracciare i propri figli una volta terminata la dolorosa esperienza che stava vivendo.

Occorre quindi, prima di esaminare l'attendibilità dei suindicati soggetti, sintetizzare quanto avvenne in Mugnano di Napoli il 15.3.2009.

Il pomeriggio del 15 marzo del 2009 ~~Marianella Anna~~ sporgeva presso la Stazione CC di Marianella la denuncia della scomparsa del marito ~~Manfredi~~ e del figlio ~~Diego~~. La donna rappresentava di non avere avuto più notizie dei familiari da quando, alle ore 18.00 del 13 marzo precedente, i due uomini erano usciti di casa per andare a prendere un caffè al bar, in compagnia di ~~Esposito Vincenzo~~. La denunciante indicava le utenze in uso ai congiunti ed i dati del veicolo a bordo del quale si erano allontanati da casa. Anche ~~Donicelli Raffaella~~, moglie di ~~Marzà Antonio~~, denunciava la scomparsa del coniuge in data 15 marzo, nonostante non avesse avuto notizie del marito dal pomeriggio del giorno 13. La donna precisava di avere parlato l'ultima volta con il marito alle ore 15,00 del 13 marzo e di aver appreso dallo stesso che sarebbe stato di ritorno per cena, situazione che non si era verificata. Anche le intercettazioni telefoniche in corso sulle utenze dei soggetti scomparsi, gravitanti nell'orbita del clan Lo Russo, del quale si parlerà in seguito, effettuate nell'ambito del proc. 60455/2002 R.G.PM, dimostravano che i telefoni dei tre soggetti risultavano spenti a far data dal pomeriggio del 13 marzo 2009 in poi e, nonostante che, in seguito alle denunce di scomparsa, fossero state estese le intercettazioni su utenze di soggetti contigui ai tre uomini, non veniva acquisito alcun elemento utile alle indagini.

I corpi degli scomparsi, a tutt'oggi, non sono stati ritrovati, né si dispone di alcun dato di natura medico legale che possa lumeggiare sulla uccisione delle vittime, perché, come si è detto, non sono stati rinvenuti i cadaveri.

Tuttavia, fin dall'inizio delle indagini, gli investigatori, per le conoscenze in loro possesso, descrivevano le tre vittime come sodali al gruppo criminale Lo Russo e ritenevano che la sparizione dei tre uomini fosse dipesa da un agguato di stampo camorristico in seguito al quale i corpi delle vittime erano stati occultati in modo da non consentirne il rinvenimento.

Soltanto a distanza di tempo, segnatamente a far data dal 18.11.2010, grazie all'apporto dichiarativo dei collaboratori di giustizia, è stato possibile pervenire alla puntuale e dettagliata ricostruzione della vicenda del triplice omicidio, con riferimento ai mandanti, agli esecutori materiali, alle modalità organizzative ed attuative ed al movente. Quest'ultimo veniva chiarito dettagliatamente dal

 5

collaboratore di giustizia [redacted] - essendo lo stesso stato soltanto accennato dai precedenti c.d.g.- che, nel verbale del 9.12.2016, rappresentava al PM che poiché [redacted], detto "[redacted]" stava riscuotendo crediti senza rendergliene conto, lo stesso parlava con l'amico [redacted], reggente, all'epoca del fatto, del clan Amato Pagano, e gli chiedeva il piacere di uccidere il [redacted], il figlio ed il suo autista.

Si riporta, sul punto, il passo del verbale della chiamata in correità del [redacted]:

[redacted] era un nostro affiliato e stava a Marianella - Chiaiano. Ne ho decretato la morte e con lui quella del figlio e del suo autista in quanto venni a sapere che stava facendo varie cose in autonomia insomma non mi convinceva come si stava comportando. In particolare venni a sapere da [redacted] (affiliato degli Amato Pagano successivamente ucciso ed il cui corpo non è stato trovato) che [redacted] stava facendo un recupero di 50-60.000 euro con persone di Sant'Antimo senza fare capo a me. [redacted] mi raccontò che si stava incontrando con [redacted] in una trattoria per fare da tramite per questo recupero. Mandai quindi a chiamare [redacted] proprio per metterlo in condizione di parlarmene ma lui non mi disse niente. Decisi quindi di eliminarlo. Ne parlai con [redacted] cioè [redacted] e con [redacted] nella spiazza avanti alla mansarda dove si appoggiava quest'ultimo, ricordo che ne parlai con loro perché mi posi il problema del rapporto di parentela esistente tra [redacted] e [redacted], altro nostro affiliato. [redacted] era infatti il cognato di [redacted] per aver sposato sua sorella e quindi ci ponemmo il problema della sua reazione ed ipotizzammo di uccidere anche lui, ma poi decidemmo di non farlo. Andai quindi a parlare con [redacted] e chiesi a lui di risolvermi questo problema e di uccidere [redacted], il figlio ed il suo autista.

Pertanto, prima di analizzare le prove che saranno poste a fondamento della presente pronuncia, risulta necessario accennare alla storia criminale del clan Lo Russo ed Amato-Pagano, la cui esistenza non è stata posta in discussione dalle difese, per delinearne l'operatività e l'evoluzione, anche al fine di comprenderne il rapporto di stretta alleanza criminale che ha consentito la eliminazione di tre soggetti appartenenti alle fila dei cd. clan dei Capitone (clan Lo Russo) per mano di soggetti appartenenti al clan dei cd. Scissionisti (clan Amato Pagano). Sul punto si riporta quanto esposto dal PMM nella richiesta di conferma della misura cautelare applicata originariamente dal Gip incompetente nei confronti di [redacted].

L'esistenza e l'attuale operatività del clan Lo Russo

E' sufficiente richiamare le sentenze passate in giudicato che hanno praticamente certificato l'esistenza del sodalizio già negli anni 80-90, all'epoca quale famiglia confederata nella cosiddetta Alleanza di Secondigliano.

Si tratta della organizzazione camorristica facente capo alla famiglia LO RUSSO, con base operativa nel quartiere di Miano e ramificazioni estese sino al centro cittadino del quartiere Sanità.

Numerose sentenze attestano la presenza nella città di Napoli ed in particolare nel quartiere di Miano - Secondigliano e nei territori limitrofi di una organizzazione



6

criminale di stampo camorristico denominata clan Lo Russo o clan dei cd. *Capitoni* e la sua durata nel tempo.

A titolo meramente esemplificativo si rinvia alle seguenti pronunce:

> **Sentenza n. 6877/01** del 3.10.2001 emessa dalla III sezione del Tribunale di Napoli, divenuta irrevocabile il 14.10.2003 che ha condannato [redacted] per il suo ruolo apicale, al pari del fratello [redacted], nell'ambito dell'organizzazione dell'Alleanza di Secondigliano, "la quale anche sotto la loro costante direzione, ha visto crescere nel tempo in misura notevole la propria capacità di intimidazione, fino a diventare una delle più importanti e pericolose associazioni operanti sul territorio campano". Ed evidenzia come [redacted] assuma il ruolo di capo del clan Lo Russo a seguito dell'arresto a Malaga del fratello [redacted], nel 1998, periodo in cui è semilibero nella struttura penitenziaria di Secondigliano. Inizia poi una fase di scontro all'interno del clan con il gruppo scissionista di [redacted], il quale, non riconoscendo il ruolo apicale di [redacted] va ad insediarsi alla Sanità unitamente ad un gruppo di fuoriusciti.

> **Sentenza n. 30/02** emessa dalla I sezione della Corte di Assise di Napoli in data 19.6.2002, passata in giudicato, con la quale si condannava [redacted] (fratello di [redacted] - deceduto - [redacted] e [redacted], quest'ultimo detenuto in regime detentivo speciale ex art. 41 bis ord. pen.), per aver diretto, promosso ed organizzato l'associazione di tipo mafioso denominata "Alleanza di Secondigliano", con condotta perdurante nel periodo temporale oggetto del giudicato, ossia 1998/2004, unitamente a [redacted] e [redacted].

> **Sentenza n. 7480/02** del 18.10.2002 dalla V^a sezione del Tribunale di Napoli, divenuta irrevocabile il 18.2.2004 nei confronti di [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], e il 2.10.2003 nei confronti di [redacted], [redacted], [redacted], [redacted]. In essa si affronta peculiarmente la separazione dal clan Lo Russo del gruppo capeggiato da [redacted], scissione che preluderà a nuove strategie criminali del clan Lo Russo nell'ambito delle faide di Secondigliano, dei quartieri Sanità e Quartieri Spagnoli, ossia in quei territori ove esso tradizionalmente operava ovvero ove cercava di estendere la propria presenza o il controllo.

> **Sentenza n. 31/03** emessa dalla III sezione della Corte di Assise di Napoli in data 19.5.2003, passata in giudicato, condanna - tra gli altri - [redacted], quale mandante dell'omicidio di [redacted], padre di [redacted], realizzato fuori dal carcere di Poggioreale, all'atto della scarcerazione del primo, e maturato nel corso della sanguinosa faida tra l'Alleanza di Secondigliano ed il clan Mazzearella nell'anno 1998 per l'acquisizione del predominio assoluto nella zona. La sentenza riconosce a [redacted] un ruolo di vertice rivestito nell'omonimo clan camorristico, confederatosi negli anni 90 all'Alleanza di Secondigliano.

> **Sentenza n. 6327/04**, irrevocabile, emessa dalla I sezione del Tribunale di Napoli il 13.7.2004, con la quale [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted] venivano condannati in relazione all'associazione ex art. 74 d.P.R. 309/90 posta in essere tra gli anni 1990 e 1998.

 7

> **Sentenza n. 20/06** emessa dalla Corte di Assise di Napoli il 15.6.2006 di condanna all'ergastolo di [REDACTED] (figlio di [REDACTED]) [REDACTED], (pena ridotta in sede di concordato in appello a ventitré anni e dieci mesi di reclusione) per il duplice omicidio di [REDACTED] e [REDACTED], sentenza oggi passata in giudicato; nel medesimo contesto anche la sentenza emessa dalla V^ Sezione della Corte d'Assise di Napoli il 27.2.2009 nei confronti di [REDACTED] e, da ultimo, la sentenza del 3 aprile 2014 di condanna all'ergastolo per il duplice omicidio [REDACTED] emessa dal Gup sez. X nei confronti di [REDACTED] e [REDACTED] e la sentenza emessa dalla Corte d'Assise di Napoli il 3 giugno 2014 di condanna all'ergastolo per [REDACTED] (confermata in appello).

> **Sentenza n. 1501/12** emessa dal Gup di Napoli il 9.5.2012 di condanna di numerosi affiliati al clan Lo Russo tra cui [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED].

> **Sentenza n. 1754/12** emessa dal Gip di Napoli il 09.07.2012, passata in giudicato, con cui è stato condannato per i reati di cui agli artt. 416 bis e 74 dpr 309/90, con ruolo di capo del sodalizio ed organizzatore della associazione dedita al commercio in forma organizzata di sostanze stupefacenti [REDACTED] (di [REDACTED]) alla pena di anni 20 di reclusione (ridotta in appello ad anni 18) e per il reato di cui all'art. 74 dpr 309/90, tra gli altri [REDACTED] e [REDACTED].

> **Sentenza n. 3304/11** emessa dal Gup di Napoli il di condanna per il reato di cui all'art. 74 dpr 309/90 di [REDACTED] ed altri tra cui [REDACTED] ed [REDACTED] (attualmente collaboratori di giustizia).

> **Sentenza n. 13989/14** emessa dalla IX sezione del Tribunale di Napoli in data 17.10.2014 con cui è stato condannato, tra gli altri, [REDACTED] alla pena di anni 20 di reclusione per il reato di cui agli artt. 416 bis ed estorsione, e [REDACTED] alla pena di anni 14 di reclusione per il reato di cui all'art. 416 bis c.p.

> **Sentenza n. 84/15** emessa dal Gup di Napoli di condanna per il reato di porto e detenzione d'arma con l'aggravante di cui all'art. 7 L.203/91 per [REDACTED].

> **Sentenza n. 1899/15** emessa dal Gup di Napoli in data 18.10.2015 con cui sono stati condannati per i reati di cui agli artt. 416 bis c.p. e 74 dpr 309/90, tra gli altri, [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED].

> **Sentenza n. 2097/16** emessa in data 21 giugno 2016 dal Gup dott.ssa Iaselli nei confronti tra gli altri di [REDACTED], condannato alla pena di anni 10 di reclusione per il reato di cui all'art. 416 bis c.p. con ruolo di capo, nel periodo della sua latitanza e segnatamente dal 2012 (data della prima sentenza di condanna) all'aprile 2014 (data della sua cattura).

> da ultimo **Sentenza** emessa in data 19.12.2016 dal Gup dott.ssa Picciotti nei confronti di [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] in relazione all'omicidio di [REDACTED].

Esistenza ed operatività del clan Amato Pagano

9 8

Il gruppo camorristico Amato - Pagano, operava nel territorio di Melito di Napoli ed i natali del sodalizio Amato - Pagano, o degli scissionisti, si devono appunto alla scissione dall'altrettanto e più longevo *clan Di Lauro*, avvenuta nella seconda metà dell'anno 2004, quando cioè, gruppi di soggetti, legati a vario titolo alle famiglie facenti capo ad [redacted] ed a [redacted], diedero appunto vita al clan melitese o degli scissionisti, in contrapposizione ai Di Lauro nelle zone della periferia nord di Napoli, ovvero nei quartieri di Scampia e Secondigliano e nei comuni limitrofi di Melito, Mugnano e Casavatore.

In quel particolare momento storico, segnatamente negli anni 2004 e 2005, il territorio di Napoli Nord veniva attraversato da una cruenta faida che portava ad una profonda evoluzione degli assetti criminali nell'area in parola che storicamente rientrava nella sfera di dominio assoluto di [redacted]. La contrapposizione in esame, da subito nota come scissione, era in massima parte cagionata dal venir meno della forte leadership del predetto [redacted], a causa anche della lunga latitanza dello stesso, a partire dal 23 settembre 2002, conclusasi con il suo arresto il 16 settembre 2005. Contribuirono inoltre allo scardinamento del sodalizio criminoso i numerosi arresti di molti componenti del gruppo. Pertanto il venir meno nel corso degli anni degli assetti consolidati all'interno del clan, determinarono il costituirsi di un gruppo autonomo capeggiato da [redacted], il quale, dopo essersi rifugiato in Spagna, successivamente, dava corso ad una cruenta faida interna, che, nella sua violenta evoluzione, determinava il graduale passaggio tra le fila del neonato clan dei cd. Scissionisti, dei vari sottogruppi già appartenenti al clan Di Lauro, in un clima di perdurante e crescente timore nutrito dagli affiliati per la loro incolumità, essendo divenuti nemici quelli che prima erano compagni. La ricostruzione delle dinamiche della faida e dei suoi esiti micidiali emergeva con chiarezza dai provvedimenti giudiziari di seguito riportati:

- la sentenza emessa dal Gup del Tribunale di Napoli il 4 aprile 2006 ex art. 442 c.p.p. nei confronti di [redacted] + 32, che condannava gli imputati non solo per i reati di partecipazione ad associazione camorristica, estorsioni ed armi, ma anche per alcuni agguati mortali verificatisi durante la faida quali l'omicidio di [redacted], il duplice omicidio di [redacted] e [redacted], l'omicidio di [redacted];
- le sentenze emesse tra il dicembre 2006 e l'aprile 2007 dalla 3° Sezione della Corte di Assise di Napoli; la Corte nei tre processi che la vedevano impegnata a giudicare plurimi episodi di omicidio, non solo condannava i responsabili ma riconosceva la causale di tali agguati alla faida di Scampia; in particolare ciò accadeva per l'uccisione di [redacted] a Casavatore, di [redacted] nelle case Celesti di Secondigliano, di [redacted] a Mugnano, di [redacted] a Bacoli; viceversa gli omicidi di [redacted] e di [redacted], i cui responsabili venivano ugualmente condannati, venivano qualificati quali omicidi sintomatici di una fibrillazione interna al clan Di Lauro nei mesi immediatamente antecedenti alla faida, il cui inizio va collocato nel mese

9 3

di ottobre 2004 a seguito dell'omicidio di ~~Antonio~~ detto "~~Aggiornamenti~~".

- la sentenza di primo grado emessa in data 20.05.2010 dalla 28^a sezione Gup nei confronti di ~~Antonio~~ + 52 comportava non solo la condanna ad anni venti di reclusione del capo clan ~~Antonio~~, ma anche quella di molti altri esponenti di spicco già operativi durante la faida come ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, questi ultimi soggetti coinvolti in riciclaggio, estorsioni e corruzione di pubblici ufficiali; la sentenza, confermata in data 09.10.2012 dalla I Sezione della Corte di Appello di Napoli, disponeva anche la confisca di ingenti somme di denaro e beni provento di riciclaggio, direttamente riferibili ai vertici del clan;
- la sentenza di primo grado emessa in data 18.03.2011 dalla 35^a sezione Gup condannava altri venticinque imputati tra cui ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, i nipoti ~~Antonio~~ e ~~Antonio~~ detto "~~Antonio~~" con condanne dai venti ai diciotto anni di reclusione.
- Dalla fine della prima faida con il clan Di Lauro, si è andato dunque via via delineando il ruolo egemone degli Amato - Pagano, favorito dall'acquisita gestione monopolistica del settore del traffico internazionale di stupefacenti, avvalendosi dell'esperienza maturata e della vasta rete di conoscenze acquisite, quali affiliati al clan Di Lauro. Nonostante che numerosi provvedimenti giudiziari avessero falciato il gruppo, alcuni dei destinatari si sottraevano alla cattura e, nella condizione di latitanza riuscivano comunque a controllare il territorio, come nel caso di ~~Antonio~~ che veniva arrestato solo nell'ottobre 2014. Anche ~~Antonio~~, attualmente detenuta in regime di 41 bis O.P. richiamava a sé uomini che potevano vantare una lunga militanza nel clan, per assurgere al grado di capo o comunque per ricompattava il legame tra le famiglie Amato e Pagano.

Tanto ciò premesso, passando ad analizzare i fatti in esame, occorre evidenziare che il primo contributo dichiarativo in ordine al triplice omicidio proviene dal collaboratore di giustizia ~~Antonio~~, esponente di spicco del clan Amato Pagano, che ha iniziato a collaborare con la giustizia nel luglio del 2010, da libero, contestualmente ai cognati ~~Antonio~~, ~~Antonio~~ e ~~Antonio~~. La sua attendibilità è già stata positivamente valutata in diverse sentenze e, per quanto attiene alla presente vicenda, le sue dichiarazioni si traducono in una chiamata in correità diretta nei confronti di ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~, ~~Antonio~~. Lo stesso partecipò alla fase organizzativa ed esecutiva degli omicidi, pertanto le sue dichiarazioni sono frutto di conoscenze dirette, per essere stato tra i protagonisti principali di questa tragica vicenda.

Si riporta il testo del verbale delle dichiarazioni di ~~Antonio~~ del 18 novembre 2010

9

10

L'Ufficio invita [redacted] ad elencare gli episodi delittuosi sui quali sarà in grado di riferire, anche per programmare ed organizzare i successivi interrogatori alla luce della entità della collaborazione che lo stesso sarà in grado di offrire all'AG.

[redacted] viene indicato a precisare su quali clan è in grado di rendere dichiarazioni, precisando su quali aspetti ha già reso dichiarazioni

[redacted] dichiara : su sua domanda rispondo, salvo approfondimenti, che sono in grado di rendere dichiarazioni :

sulla organizzazione, sui componenti e sulle attività dei seguenti clan :

- Clan Di LAURO e Clan degli scissionisti e della "Venella" sui quali ho già reso dichiarazioni, salvo che per gli omicidi
- Clan Sacco- Bocchetti, in relazione ai cui componenti ed alle cui attività non ho ancora reso dichiarazioni
- Clan LICCIARDI in relazione ai cui componenti ed alle cui attività non ho ancora reso dichiarazioni
- Clan LO RUSSO in relazione ai cui componenti ed alle cui attività non ho ancora reso dichiarazioni

Sono in grado di rendere dichiarazioni sulla ideazione ed esecuzione di numerosi omicidi sia commessi da me sia da altri :

In particolare ho commesso in prima persona diversi omicidi sia con i Di LAURO sia con gli scissionisti Amato Pagano, fatti in relazione ai quali ho fatto qualche accenno con la dott.ssa Castaldi, ma devo ancora essere ascoltato nel dettaglio.

La S.V. mi chiede di riferire su quali vicende delittuose anche commesse da altri sono in grado di rendere dichiarazioni, specificando la mia fonte di conoscenza.

Posso indicare, riservandomi di specificare in seguito i dettagli, i seguenti omicidi:

- omicidio di [redacted], zio di [redacted], commesso da [redacted] ed [redacted], commesso per vendetta rispetto all'omicidio di tale [redacted], affiliato ai Sacco - Bocchetti omicidio di [redacted], commesso da [redacted]
- omissis
- duplice omicidio di [redacted], commesso su ordine di [redacted] e [redacted], da affiliati dello stesso clan Sacco Bocchetti ossia [redacted] e [redacted] ed un altro ragazzo del quale in questo momento non sono certo, e che indico in termini di probabilità in [redacted]
- omicidio di [redacted], detto [redacted], commesso durante la scissione dai Licciardi dai Sacco- Bocchetti, mandante è stato [redacted], non conosco gli esecutori materiali
- Omissis
- Omicidio di [redacted], su cui ho reso dichiarazioni nei precedenti verbali, commesso da [redacted] insieme ad un ragazzo dei Lo Russo, [redacted] ed [redacted], su mandato dei [redacted]
- Duplice omicidio di due affiliati del clan Moccia commesso sulla circumsollazione di Casoria da [redacted] su mandato dei [redacted]. Anche in questa occasione, come per l'omicidio di [redacted], i [redacted] si rivolsero cioè a [redacted] che incaricò [redacted] della fase esecutiva.
- Omicidio di [redacted], commesso da [redacted] e [redacted], due ragazzi della Venella Grassi, con l'appoggio, in funzione di specchietista di [redacted], detto anche o' [redacted]. Questo omicidio venne commesso su mandato nostro, ossia degli Amato- Pagano,

9 11

in quanto venne dato l'incarico di uccidere qualcuno dei Di LAURO, cioè uno qualsiasi dei DI LAURO.

- Tentato omicidio di [redacted], commesso da [redacted], figlio di [redacted]. [redacted] detto [redacted] in passato stava con i Licciardi, ed in particolare si accompagnava ad un affiliato chiamato [redacted], poi passò con San Pietro cioè con i Sacco- Bocchetti ed infine con i Di Lauro, clan al quale attualmente è affiliato con compiti principalmente di droga
- Tentato omicidio di [redacted], nel corso del quale venne anche ferita la sua donna. A tale agguato hanno partecipato [redacted] altro affiliato dei Sacco [redacted], attualmente detenuto in quanto arrestato nel blitz insieme a [redacted], poco dopo il duplice omicidio di [redacted]
- Omicidio di [redacted], commesso dai Sacco Bocchetti su ordine dei Licciardi a causa della morte del [redacted]
- Omissis
- Duplice omicidio cd. "dell'ambulanza", commesso dai Lo Russo, ho appreso dei fatti da [redacted] e da [redacted] figlio di [redacted]
- Omissis
- Scomparsa di altri tre affiliati di Marianiella, di cui uno se non sbaglio si chiama [redacted], del figlio di quest'ultimo e di un altro ragazzo, tutti affiliati dei Lo Russo. Episodio che risale se non sbaglio al 2008, al quale ho partecipato personalmente. Queste tre persone sono state uccise ed i corpi non sono mai stati trovati. Insieme a me c'erano [redacted], [redacted], [redacted] e [redacted]. Abbiamo sparato a queste tre persone a Mugnano in una casa vecchia che sono in grado di indicare, che era di [redacted]. Una volta uccisi i corpi sono stati fatti scomparire da [redacted], detto [redacted] con l'aiuto di [redacted], [redacted], [redacted] e [redacted], genero di [redacted], che si sono anche occupati ovviamente di pulire la casa. Aggiungo anche che per errore [redacted] rimase ferito al piede ed al petto, venne accompagnato in ospedale alla Doganella da mio cognato [redacted] e dichiarò di essere rimasto ferito durante una rapina. Non so dove [redacted] abbia nascosto i corpi. Mio padre è scomparso ed il corpo non è stato mai trovato, quindi comprendo quanto sia triste per i familiari non avere neanche i resti dei propri cari. Durante la rilettura a sua domanda preciso che si è trattato di un favore fatto da noi del clan Amato-Pagano ai Lo Russo, anche su questo mi riservo di approfondire meglio nel corso dei successivi interrogatori.

Il collaboratore, dunque, ammetteva le proprie responsabilità, indicava i soggetti che avevano realizzato la fase esecutiva e di quelli che avevano provveduto ad occultare i tre cadaveri ed a pulire i luoghi, tra i quali menzionava [redacted], detto [redacted], genero di [redacted] ed accennava al movente dell'efferata azione in esame, mentre forniva ulteriori importanti particolari nei successivi verbali del 14.12.2010 e del 9.1.2017 che di seguito si trascrivono.

Verbale del 14.12.2010, pag. 12-13-14.

Nel primo verbale correggeva la data dei fatti indicandola "marzo od aprile 2009". Era il marzo o aprile del 2009, non vorrei sbagliarmi con la data ma sono sicuro di questo episodio perché anche io ho partecipato. Mentre mi trovavo al rione LOTTO G di SCAMPIA era nel pomeriggio venne qualcuno a chiamare me, [redacted] e [redacted] per farci recare nel covo dove abita [redacted] credo che fu [redacted] a chiamarci, comunque ci recammo nel

covo dove a parte [redacted] c'erano [redacted] e [redacted]
[redacted], noi entrammo nel covo e [redacted] ci disse che dovevamo fare un servizio
ai Mianesi. Nel frattempo [redacted] andò a preparare una casa con le armi e con un
vassoio di paste con una bottiglia di MOET CHANDON. Nella casa si recarono le persone da
cui ho indicato, ma si aggiunse [redacted], entrando nella casa [redacted] ci
consegna le pistole automatiche con il silenziatore dove li nascondemmo in uno sgabuzzino
stesso nel palazzo e dove li dentro stavano ad attendere [redacted] e [redacted]
[redacted], io e [redacted] eravamo in casa ad aspettare che le vittime si recassero in un bar a
MUGNANO dove [redacted] li andò a prendere. La scusa di far venire queste persone fu quella di
chiarire qualcosa con i [redacted], che sicuramente c'era qualcosa con queste
persone, i tre si recarono nel covo dove ci aveva portato [redacted] e entrarono in casa
mentre io e [redacted] uscimmo con la scusa di andare a prendere le persone di
VILLARICCA. [redacted] chiuse la porta dalla quale eravamo usciti, ma subito dopo pochissimi
minuti, il tempo di fare uscire [redacted] e [redacted] dallo sgabuzzino e bussare la porta, [redacted]
aprì la porta e tutti e 4 persone siamo entrati e abbiamo iniziato a fare fuoco sulle 3 persone che
stavano in casa, nel sparare ricordo che [redacted] si beccò un colpo nel dito del
piede e un altro nella pettorale se non sbaglio al lato destro, mentre [redacted] stava sul divano
che perdeva sangue arrivò mio cognato [redacted] e [redacted], subito gli disse
che doveva accompagnarlo sotto all'ospedale, mio cognato così fece e [redacted] fu ricoverato
all'ospedale che dichiarò di aver subito una rapina, a tutt'ora [redacted] dovrebbe avere ancora
il colpo di pistola al petto. Dopo che [redacted] aveva portato [redacted] all'ospedale
[redacted] chiamò [redacted], [redacted], [redacted], [redacted],
[redacted] e [redacted] dicendogli di andare sul posto a pulire, la casa e le vittime, il posto
dove si dovevano atterrare queste persone lo aveva trovato [redacted] cioè
[redacted] e anche lui fu convocato da [redacted] di andare a far
sparire i corpi adesso con precisione non so dire chi ha fatto compagnia a [redacted]
[redacted], ma qualcuno delle 5 persone sicuramente. Per come lei mi chiede non so il movente
di questo omicidio, ma so che le vittime erano affiliati al clan LO RUSSO e davano fastidio nella
zona di CHIAIANO. La richiesta di commettere questo omicidio venne da [redacted]
[redacted].

Nel corso del verbale del 9.1.1017 venivano ulteriormente approfonditi alcuni aspetti
della confessione resa e delle chiamate in correità, con particolare riguardo al ruolo
svolto da [redacted] ed alla dinamica del ferimento di [redacted]

verbale del 9 gennaio 2017

A d.r. confermo le dichiarazioni rese.

A.d.r ribadisco che si è trattato di un piacere fatto ai Lo Russo ed in particolare ad [redacted]
[redacted] di [redacted] perché in quel periodo era lui a comandare il clan Lo Russo, non ho avuto
rapporti diretti con lui per questi omicidi ma quando [redacted] ci mando' a chiamare
fece riferimento al compagno di [redacted] che altri non era che [redacted]. A.d.r eravamo
tutti armati con pistole 7,65 con silenziatore. Ognuno di noi quattro era armato di una pistola.
oltre a me, come ho già detto, c'erano [redacted], [redacted], [redacted], e
[redacted]. A.d.r ho detto che [redacted] rimase ferito e non ho specificato chi è stato

9 13

a colpirlo accidentalmente perché non sono in grado di essere preciso sul punto, non ce ne siamo resi conto può essere stato uno qualsiasi di noi me compreso. A.d.r io ho sparato sicuramente. Ricordo che la pistola di [redacted] dopo due o tre colpi si inceppò mentre sia io sia [redacted] sia [redacted] abbiamo esploso tutti i colpi o quasi. Mi viene rappresentato che altri collaboratori dopo di me hanno riferito che sarei stato io a colpire accidentalmente [redacted] e ribadisco che non avrei alcun problema a riferire di essere stato io a colpire [redacted] ma non posso dire di essere stato sicuramente io a colpirlo così come non posso escluderlo. Ricordo che tra noi si parlava di [redacted] anche se lui diceva che non era stato lui perché la sua pistola si era inceppata. A.d.r dopo gli omicidi sono stato con [redacted] nel covo una mezzoretta, ricordo che [redacted] venne accompagnato in ospedale da mio cognato [redacted], poi sono andato via. Non ho visto [redacted] da [redacted], ricordo invece la presenza di [redacted] e [redacted] come anche di una terza persona che saprei riconoscere con il naso grosso.

Sul ferimento accidentale di [redacted] e su quanto era avvenuto il 15 marzo 2009 aveva già riferito il 26.11.2010 [redacted], alias "[redacted]", cognato di [redacted], per conoscenza diretta, avendo ricevuto l'incarico da [redacted] di accompagnare il ferito all'Ospedale e per quanto appreso da [redacted] durante il trasporto al nosocomio. Pertanto si riporta il testo di tali dichiarazioni:

A.d.r. vi è poi la scomparsa delle tre persone di Miano risalente al marzo dello scorso anno. Non so chi siano né perché furono uccise. Sono però a conoscenza del fatto che i killer furono [redacted] e [redacted]. Tanto so perché durante l'azione di fuoco [redacted] ferì alla schiena e ad un piede [redacted]. Fui io stesso ad accompagnare quest'ultimo all'ospedale Cardarelli dove però dicemmo che [redacted] aveva subito una rapina. E', dunque, casualmente che sono venuto a conoscenza di quanto racconto. Quel giorno mi ero recato al covo di Mugnano. Lì c'erano [redacted], [redacted], [redacted], [redacted] ed [redacted]. Quest'ultimo era ferito e stavano per caricarlo in macchina e condurlo in ospedale. Quando arrivai io [redacted] incaricò me di accompagnare [redacted] in ospedale. Fu, dunque, [redacted] a spiegarmi durante il tragitto ciò che era accaduto. Posso solo aggiungere che nel parlare [redacted], per sottolineare la responsabilità di [redacted] per quanto accaduto, mi disse testualmente "[redacted] ce lo aveva anche raccomandato di non sparare tutti insieme", raccomandazione che [redacted] aveva però disatteso. Sebbene [redacted] mi avesse raccomandato di lasciare [redacted] in ospedale ed andare via, io non me la sentii di abbandonarlo. Decisi di fargli compagnia e ciò comportò che, nel frattempo, sopraggiunta la polizia del commissariato Vomero e della Squadra Mobile, venni interrogato da loro cui riferì però la falsa versione dei fatti di cui ho detto. Null'altro so. Nel corso della verbalizzazione aggiungo che non so se [redacted] abbia avuto o meno un ruolo in quanto le uniche informazioni che ho mi furono date da [redacted] durante il tragitto e d'altra parte [redacted] aveva dato a tutti noi l'ordine di non parlare né commentare i fatti omicidari.

Altra fonte dichiarativa che riferisce sul triplice omicidio è costituita da [redacted] detto [redacted], intraneo al clan Amato Pagano, che ha reso una attendibile chiamata in correità nei confronti di tutti i soggetti coinvolti negli spietati omicidi in esame, del quale si parlerà più approfonditamente in seguito. Si riportano le dichiarazioni rese da [redacted] nell'interrogatorio del 14 maggio 2014

9 14

Anche con il clan Lo Russo il mio clan era alleato, anzi il rapporto di alleanza era anche più forte che con i [redacted], si pensi ad esempio che [redacted] è stato il compare di Nozze di [redacted], figlio di [redacted]. Come regalo ebbe oltre ad un orologio d'oro tempestato di brillanti anche la somma di [redacted]. I nostri rapporti con i Capironi erano tali che facevano affari insieme, li rifornivamo di droga e agivamo insieme anche per commettere omicidi nel senso che ci facevamo favori reciproci.

Ad esempio i Lo Russo hanno ucciso per noi omicidi.

Altro omicidio invece da noi commesso per fare un favore ai Lo Russo è stato quello dei tre scomparsi, [redacted] detto [redacted], il figlio ed un altro ragazzo.

Ho appreso della decisione di uccidere queste persone il giorno prima quando venne [redacted] in compagnia di [redacted] a Mugnano a parlare con [redacted]. Ero presente a questo incontro, a cui parteciparono anche [redacted] ed [redacted] e ricordo che [redacted] disse a [redacted] che il giorno successivo vi sarebbe stato l'appuntamento con [redacted]. In realtà [redacted] già si era accordato in tal senso con [redacted] che gli aveva chiesto di eliminare [redacted] con cui aveva avuto dei dissidi. Avevano cioè previsto un incontro tra [redacted] e [redacted] con il pretesto di fare intercedere [redacted] che avrebbe finto cioè di fare da paciere tra [redacted] ed i Lo Russo. Quest'incontro con [redacted] ed [redacted] avvenne a Mugnano in un gazebo di pietra, un covo di [redacted]. Come previsto [redacted] si recò il giorno successivo a Mugnano nella casa della sorella di [redacted] cioè [redacted], in compagnia del figlio e di una terza persona e vennero uccisi. Quanto alla fase organizzativa dell'agguato dico che [redacted] mandò a chiamare [redacted] e [redacted] e [redacted] e, alla mia presenza, spiegò dell'incontro del giorno successivo e organizzò l'omicidio distribuendo i compiti. Disse a [redacted] di preparare "il buco" e la casa per l'appuntamento, a [redacted] disse di mandare a chiamare [redacted] (nel corso della rilettura aggiunge venne mandato a chiamare tramite altro affiliato di cui in questo momento mi sfugge il nome) che in quel momento stava curando la latitanza di [redacted] da noi chiamato agoli', mentre disse a [redacted] di avvisare [redacted] che avrebbe dovuto anche lui prendere parte al gruppo di fuoco. A me invece non diede nessun incarico. La sera poi ci fu un altro incontro con [redacted] che venne a dormire con me e [redacted] vennero anche [redacted] e [redacted] e si continuò a parlare delle modalità dell'omicidio e di come si dovevano fare scomparire i corpi. Era presente anche [redacted] che diede conferma di avere provveduto a fare il buco. [redacted] era costruttore e si incaricò lui di preparare la fossa in un posto vicino al luogo dell'omicidio tramite un suo amico con un bobcat a cui disse che si doveva sotterrare un bidone di materiale radioattivo.

A.d.r. era già previsto che all'incontro [redacted] sarebbe andato in compagnia del figlio e di altra persona, l'obiettivo cioè era [redacted] ma eravamo già informati del fatto che sarebbe venuto accompagnato almeno da altre due persone e dunque l'organizzazione prevedeva l'omicidio di almeno tre persone.

La sera precedente quindi [redacted] aveva previsto tutto e pianificato i dettagli della organizzazione degli omicidi: a ricevere in casa [redacted] nella casa messa a disposizione da [redacted], doveva esservi [redacted] e [redacted] seduti a tavola, in un'altra stanza, invece, dovevano trovarsi [redacted] ed [redacted], oltre a [redacted], cioè il proprietario della casa. Come direttiva [redacted] aveva anche previsto che dopo l'omicidio [redacted] doveva avvertire l'altro gruppo composto da [redacted], [redacted] e [redacted] che stavano in attesa in altro gazebo sempre a Mugnano, gruppo che si sarebbe poi dovuto occupare della fase della ripulitura della casa, imballaggio dei corpi e seppellitura nella fossa già pronta trasportandoli in macchina, una Y nera.

La mattina seguente dopo avere trascorso la notte insieme a [redacted], [redacted], [redacted] e [redacted], cioè [redacted] detto [redacted], ci recammo tutti nel gazebo di pietra a Mugnano, nostro covo. [redacted] mandò a chiamare [redacted] per avere conferma che avesse chiamato [redacted] ed anche gli altri, insomma radunò i due gruppi che ho prima indicato e poi si spostarono in altro gazebo sempre a Mugnano, io invece andai via perché non era previsto che partecipassi all'esecuzione degli omicidi dovevo solo ovviamente tenermi a disposizione di [redacted]. Anche [redacted] andò via perché si occupava di altro, di droga. L'appuntamento con [redacted] era previsto per il pomeriggio.

A.d.r. Quando i due gruppi si radunarono erano già armati, in un borsone vi erano le armi non so indicare di che calibro.

[redacted] andò con loro nel secondo gazebo da cui partì poi il commando ma lui non andò nella casa di [redacted], restò nel secondo gazebo insieme al gruppo incaricato della fase della pulitura della casa e dell'occultamento dei cadaveri. [redacted] fece poi ritorno casa sua dove dormivamo e verso le 11 di sera e mi mandò a chiamare tramite [redacted], lo raggiunsi quindi a casa sua e trovai anche [redacted], [redacted] e [redacted]. Avevano già fatto tutto e mi raccontarono che erano preoccupati per [redacted] che sparando si era ferito ad un piede ed era stato accompagnato in ospedale da mio cugino omonimo [redacted] detto [redacted]. Parlavano anche della necessità di coprire la fossa dove avevano atterrato i corpi. [redacted] diede quindi incarico a me e [redacted] di andare a coprire la fossa ed a questo punto quindi sono intervenuto anche io, sono andato insieme a [redacted], ci ha accompagnato in macchina [redacted] che conosceva il posto. Trovammo sul posto tre pale ed i corpi non si vedevano perché erano in parte già stati coperti da terreno, vi erano dei cani che abbaiano. Ci trattenemmo per circa 15 minuti e poi ci

9 15

allontanammo per paura che qualcuno potesse vederci a causa dell'abbaiare dei cani. Andammo quindi da [redacted] e lo avvisammo che avevamo fatto il possibile ma non eravamo riusciti a coprire del tutto la fossa. [redacted] quindi mi incaricò di avvisare [redacted] che vi era la necessità di completare il lavoro di copertura della fossa ed io andai a svegliarlo alle sei di mattina ed attesi in piazza il suo ritorno per essere sicuro che insieme al suo amico con il bobcat avesse coperto il tutto. Preciso anche che la sera prima [redacted] mi tranquillizzò sulle condizioni di salute di [redacted] che era stato dimesso dall'ospedale dove aveva dichiarato di avere subito una rapina. Il giorno dopo infatti lo incontrai e ricordo che aveva un piede ingessato. [redacted] mi raccontò che oltre a lui aveva sparato [redacted] mentre [redacted] non aveva sparato perché si era inceppata l'arma. Per quanto mi è stato quindi riferito in seguito, sia da [redacted] sia da [redacted] hanno sparato solo [redacted] e [redacted].

Ad occuparsi invece della fase dell'occultamento dei cadaveri sono stati, come programmato, [redacted], [redacted] e [redacted]. [redacted] non è andato sul luogo della fossa ma si è occupato dell'imballaggio dei corpi e della pulitura della casa che era della sorella di [redacted] che ce l'aveva prestata. Dico anche che [redacted], nel 2013, mi ha chiesto di indicargli il posto dove erano stati seppelliti i cadaveri perché era volontà sua e di [redacted] che in tal senso lo aveva sollecitato, evitare che i corpi venissero trovati. Ciò accadde in particolare quando venne ucciso il figlio di [redacted] e quindi si temeva che quest'ultimo si potesse pentire e quindi indicare il posto così come altri posti dove sono occultati cadaveri.

A.d.r. che io sappia il corpo di [redacted], del figlio è dell'altra persona uccisa non sono stati spostati.

A.d.r. Le uniche persone che sapevano del posto dove erano stati occultati i cadaveri sono [redacted], [redacted], il suo amico che ha il bobcat, [redacted] che è morto, [redacted] attualmente detenuto e [redacted]. Escludo che [redacted] si sia attivato per spostare i corpi sia perché era latitante sia perché non aveva potere decisionale autonomo, doveva informare me o [redacted]. Inoltre [redacted] è stato arrestato prima di quando [redacted] mi chiese di indicargli il posto dove erano seppelliti.

A.d.r. la collaborazione con la giustizia di [redacted] e di mio cugino [redacted] non ci aveva preoccupato del rischio che venissero trovati i cadaveri perché loro non conoscevano il posto, ripeto [redacted] aveva sparato e [redacted] aveva accompagnato [redacted] in ospedale ma non sapevano dove erano stati occultati i cadaveri, luogo che era noto solo alle persone che ho indicato.

A.d.r. dopo questi omicidi che risalgono all'11 marzo del 2009 non ho incontrato subito [redacted]. Si tenga presente che io sono stato latitante da giugno 2009 con l'operazione cd. C3 sino al settembre del 2009 e poi sono stato di nuovo latitante dal marzo del 2011 sino al mio arresto nel marzo 2013. Ricordo di avere incontrato [redacted] quando venne a trovare [redacted] sulla montagna a Quarto dove si rifugiava durante la latitanza, credo fosse il mese di luglio del 2009 ero anche io latitante. In questa occasione si parlò di altre cose non del triplice omicidio, venne in compagnia di [redacted] e ricordo che si parlò del fatto che erano nati dei problemi con [redacted] che stava facendo di testa sua e la cosa non era gradita da [redacted] che lo voleva uccidere. Non sono sicuro delle date, pensandoci meglio potrebbe essere non il luglio 2009 ma il 2010, non sono sicuro. Ricordo con precisione che [redacted] si lamentava del comportamento di [redacted] e lo voleva uccidere. [redacted] in quel periodo continuava a rifornire di cocaina i Lo Russo e si parlò di vari argomenti, dei vari affiliati dei capitoni, ma il motivo principale del discorso era il proposito di uccidere [redacted]. Nel settembre del 2009 io tornai ad essere libero nel senso che il Riesame annullò l'ordinanza e quindi cessò la mia latitanza. Io, come anche [redacted], mi occupavo di accompagnare da [redacted] latitante le persone che volevano incontrarlo cioè le poche persone di cui lui si fidava. Oltre ad [redacted] da [redacted] dei Lo Russo andava [redacted]. Conosco bene quindi anche quest'ultimo, è un affiliato dei Capitoni che si occupa di droga, cocaina ed erba, curava gli interessi di [redacted], [redacted] si fidava di lui proprio perché legato ad [redacted].

Conosco anche molte altre persone dei Lo Russo, tra cui [redacted] ed anche [redacted] ma chiedo di poter avere il tempo di mettere in ordine bene le idee in modo da essere più preciso anche perché sono stanco, sto facendo vari interrogatori e non mi aspettavo oggi domande su questo argomento. Chiedo anche di potere vedere le foto in modo da potermi meglio orientare.

Mi viene chiesto se sapessi dove [redacted] abbia trascorso la sua latitanza e dico che omissis

Le dichiarazioni di [redacted] sono dettagliate, ampie ed hanno delineato anche i ruoli dei complici.

Lo stesso inoltre ha portato i Carabinieri nei covi dove si riunirono gli indagati e nell'appartamento teatro degli efferati crimini, come emerge dal verbale di sopralluogo del 27 maggio 2014, in atti. I CC, grazie all'apporto del collaboratore, identificavano il gazebo in pietra, ubicato in [redacted] Mugnano, il secondo gazebo, dove si riunirono i soggetti incaricati della fase immediatamente successiva agli omicidi [redacted], [redacted] e [redacted] - ubicato in Mugnano alla via [redacted] e l'appartamento ove avvenne la "mattanza"

9 16

appartenente alla sorella del [REDACTED], ubicato in Mugnano alla via [REDACTED]. Il [REDACTED] indicò anche i luoghi della sepoltura, che sarebbero stati ubicati in via [REDACTED] di Mugnano, consistenti in una buca ampia tre metri, profonda due e mezzo, ma i cadaveri non furono ivi trovati perché successivamente furono spostati, in seguito alla circostanza che alcuni dei coimputati intrapresero la strada della collaborazione. Sul luogo della attuale sepoltura delle vittime neanche [REDACTED] ne è a conoscenza, come emergerà da un passo delle dichiarazioni dei C.d.g. Ultima fonte dichiarativa da prendere in esame ai fini della presente pronunzia, è costituita da [REDACTED], del cui profilo si parlerà in seguito, che pure ha reso una chiamata in correità dettagliata sui ruoli dei partecipi, la quale si sovrappone senza sbavature sulle dichiarazioni dei precedenti collaboratori di giustizia già riportate. Lo stesso, come si vedrà leggendo il testo delle dichiarazioni, prese parte alla fase esecutiva, portando all'interno dell'abitazione teatro dei fatti i dolci e lo champagne per attirare le vittime, indicò il momento in cui le stesse si stavano recando in via [REDACTED], si occupò alla pulizia della casa ed all'imballaggio dei cadaveri unitamente all'imputato [REDACTED], minorenni all'epoca del fatto.

[REDACTED] verbale del 10.11.2015:

ADR: Triplice omicidio di [REDACTED], del figlio e dell'autista. Commesso materialmente da [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]. Io venni incaricato da [REDACTED] ed alla presenza di [REDACTED] nel gazebo dove abita [REDACTED] a Mugnano, di avvolgere le vittime nel cellophane e poi incendiarle. L'omicidio, su cui posso riferire altri particolari, venne commesso nel 2009 da noi AMATO PAGANO per fare un piacere ai Lo' RUSSO di Milano, in particolare [REDACTED], detto [REDACTED].

Nel corso del successivo verbale del 12.4.2016, [REDACTED] descriveva con dovizia di particolari il ruolo svolto nella vicenda e la condotta degli altri, avvalendosi di un foglio manoscritto sul quale aveva annotato i dettagli dell'agguato, utilizzato in aiuto della memoria:

A.d.r. era il 2009 se ben ricordo la settimana prima di Pasqua, io venni avvisato da [REDACTED] che il giorno successivo mi sarei dovuto presentare da lui a prima mattina perché bisognava "faticare" termine con il quale si intendeva chiaramente che bisognava uccidere qualcuno. Quella mattina quindi mi recai da lui alle 10.00 e gli portai il giornale come facevo tutti i giorni, con il motorino. [REDACTED] dormiva a Mugnano in una mansarda, che sono in grado di indicare, una abitazione di due lesbiche. Quella notte aveva dormito con lui [REDACTED] che era stato mandato a chiamare al lotto G da [REDACTED]. [REDACTED] si fece la doccia e poi lo accompagnai al gazebo di Mugnano che era il nostro punto di incontro di noi affiliati. Io guidavo il motorino con [REDACTED] dietro di me e su altri motorini vennero anche [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] oltre a [REDACTED]. Al gazebo di Mugnano, dove abita [REDACTED] c'era anche [REDACTED] poi sopraggiunse mio zio [REDACTED] detto [REDACTED] e mi diede l'incarico di andare a comprare una guantiera di dolci ed un bottiglia di champagne e di portare il tutto nella casa dove dormiva [REDACTED], una casa a piano terra a Mugnano che sono in grado di indicare. Mio zio mi diede le chiavi della casa, che io già conoscevo, ed io portai i dolci e lo champagne. Tornai al gazebo di Mugnano e [REDACTED] mi spiegò quello che dovevo fare. Mi disse chiaramente che il mio compito era quello di pulire la casa ed imballare i corpi delle persone che dovevano essere uccise, insieme a [REDACTED]. Non mi disse i nomi delle persone che dovevano essere uccise, li ho appresi in seguito da mio zio [REDACTED]. [REDACTED] mi mandò al bar 2000 di Mugnano a vedere se quelle persone erano arrivate all'appuntamento da mio

zio, io andai, sempre in motorino e quando arrivai al bar mio zio mi disse che non erano ancora arrivate. Attesi il loro arrivo e ricordo che verso le 15,30 vidi arrivare tre persone a bordo di una macchina Opel Astra di colore champagne. Le tre persone scesero dall'auto e mio zio offrì loro un aperitivo. Non li conoscevo, non li avevo mai visti prima, solo in seguito ho saputo chi erano. Ricordo che uno di loro che poi ho saputo essere [redacted], era pelato. Mi intrattenni al bar senza far capire che stavo con mio zio ed attesi sino a quando li vidi andare via in macchina preceduti da mio zio sul motorino. Andai subito ad avvisare [redacted] al gazebo. Oltre a [redacted] al gazebo c'erano anche [redacted], forse anche [redacted], [redacted] detto [redacted] e [redacted]. Dopo pochi minuti, circa dieci, vennero [redacted], [redacted], [redacted] e [redacted]. Per la precisione [redacted] guidava il motorino con [redacted] mentre altro motorino era guidato da [redacted] con [redacted] dietro, [redacted] era ferito, alla spalla ed alla gamba, era rimasto ferito durante l'agguato. Arrivò anche [redacted] detto [redacted] che accompagnò [redacted] in ospedale. Io e [redacted] andammo alla casa ad assolvere al compito che ci era stato affidato cioè pulire la casa ed avvolgere i cadaveri nel cellophane. Andammo in motorino il mio sh 300 grigio. Arrivati alla casa trovammo i tre cadaveri e mio zio [redacted] con una pistola. La scena che ricordo era la seguente:

C'era sangue ovunque, un cadavere a terra con due colpi in testa (quello di [redacted]) e gli altri due uno (quello del figlio) sul lettino in ginocchio e l'altro (quello dell'autista) a terra in ginocchio con la testa sul divano. E' stato in questo momento che ho saputo da mio zio l'identità delle tre persone. Mio zio mi ha detto che si trattava di [redacted], del figlio e del suo autista. Non c'era l'occorrenza per pulire la casa e quindi io andai in merceria a comprare quello che serviva, secchi, pezze, varichina, guanti, buste della spazzatura. Quando tornai insieme a [redacted] e con l'aiuto di [redacted] che era sopraggiunto pulimmo la casa ed avvolgemmo i corpi nel cellophane come da programma. Il cellophane e lo scotch erano stati preparati e stavano all'interno di un fiorino furgonato che stava sul posto come anche la segatura. Preciso che imballammo i corpi dopo averli spogliati, completamente nudi. I vestiti e gli effetti personali delle vittime vennero messi in delle buste ed io a [redacted] ci interessammo di farli scomparire. Andai col motorino a prendere una macchina Ford Fiesta vecchio tipo di colore blu a Mugnano 2000 da mio cugino [redacted], auto che era intestata ad una capa di legno. Ci recammo a Mugnano in una terra che sono in grado di indicare dove bruciammo i vestiti. Ricordo che [redacted] aveva un rolex come il mio con il quadrante bianco 16.000 "cromo mater", ed io prima pensai di bruciarlo poi lo presi e lo diedi a mio suocero che credo lo abbia buttato. Lo steso feci per la fede ed un laccetto d'oro ed un bracciale del figlio di [redacted], prima pensai di venderli e poi li buttai. Preciso anche che nella casa oltre ad esserci sangue ovunque c'era una terribile puzza di zolfo ed il lavello era bucato in quanto era stato attinto da colpi. Mentre io e [redacted] ci interessammo dei vestiti ho saputo in seguito che la macchina delle vittime al cui interno c'erano anche i telefoni è stata fatta scomparire, cioè "scamazzare" da [redacted] ossia [redacted]. Dopo avere incendiato i vestiti insieme a [redacted] sono tornato al gazebo di Mugnano da [redacted] ed ho trovato che con lui c'erano [redacted] e [redacted]. Stavano parlando dell'omicidio e di quello che era successo ad [redacted], non ho sentito i dettagli di quello che si sono detti ma il problema era quello del ferimento di [redacted] che ha determinato un cambio di programma sul posto dove atterrare i corpi. Mi spiego meglio: il programma era di bruciare i corpi e portarli in zona Chiaiano cioè la zona di origine di [redacted], ma il programma cambiò per il ferimento di [redacted] che altrimenti avrebbe potuto determinare dei sospetti sulla sua persona e quindi su noi Amato Pagano. Non so chi dei nostri affiliati andò a chiamare a Milano [redacted] proprio per quello che era successo ad [redacted]. Fatto sta che il programma cambiò ed i cadaveri vennero seppelliti nel cimitero di Mugnano da [redacted] e da [redacted] detto [redacted]. Non ho partecipato alla fase dell'occultamento dei cadaveri l'ho saputo in seguito così come ho saputo, parlando con mio zio [redacted] con cui avevo un buon rapporto, che [redacted], il figlio ed il suo autista erano stati uccisi per fare un favore a [redacted]. In particolare mio zio mi ha spiegato che questo [redacted] era stato attirato in una trappola ad un incontro in cui gli si era fatto credere che avrebbe incontrato [redacted] mentre invece era stato organizzato il suo omicidio appunto per fare un piacere a [redacted]. Per quanto mi ha spiegato mio zio questo [redacted] voleva distaccarsi da [redacted] e si era rivolto a [redacted] che invece aveva avvisato [redacted] del quale era alleato ed avevano organizzato questa trappola.

9 18

A.d.r. Non so dove siano i corpi, ho saputo da [redacted] che [redacted] li aveva fatti spostare per paura che qualche collaboratore di giustizia potesse farli trovare, ma non so dove li abbia spostati.

A.d.r. non ho parlato con [redacted] di chi lo avesse colpito, [redacted] diceva che era stato [redacted] a sparargli per sbaglio invece [redacted] diceva che era stato [redacted].

Aggiungo infine che io e [redacted] ci impossessammo dei soldi che [redacted] ed il figlio avevano in tasca, circa 1000 euro che dividemmo, alla presenza di [redacted]. Infine nel verbale conclusivo del 21.4.2016 [redacted] aggiungeva un ulteriore riferimento alla vicenda in esame: con riferimento al triplice omicidio [redacted] voglio aggiungere che dopo che io, [redacted], [redacted] e [redacted], avevamo imbustato le vittime, [redacted] diede incarico a [redacted], ossia [redacted] di ridipingere e aggiustare la casa perché in cucina vi erano le tracce dei colpi sui muri, andava cambiato il pavimento e pitturare le mura per eliminare ogni traccia di sangue. Mio zio [redacted] mi ha detto di aver dato incarico a [redacted] di tagliare le armi usate per l'omicidio.

Orbene, come risulta facile rilevare, [redacted] genero di [redacted], è stato chiamato in correità dai collaboratori di giustizia [redacted], [redacted] detto [redacted] e [redacted], che ne hanno delineato con dovizia di particolari il ruolo, consistito nell'attendere in un gazebo che il primo gruppo istruito da [redacted], uccidesse le vittime e poi nel recarsi sul luogo della mattanza per ripulire la casa ed imballare i cadaveri, dopo averli spogliati, con cellophane e scotch ed occuparsi di fare scomparire i vestiti degli stessi.

Alcune difformità emergono tra i narrati dei tre collaboratori ma esse si giustificano, ad avviso di scrive, perché ciascuno ha riferito, rispettivamente, quanto avvenne sotto la propria diretta percezione e perché hanno reso le dichiarazioni in tempi diversi, per cui il ricordo dei dettagli dei fatti può aver subito delle modifiche. Inoltre, occorre rilevare che appare insignificante la mancata perfetta coincidenza delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, le cui dichiarazioni, altrimenti, potrebbero persino apparire sospette, atteso che tali dichiarazioni risultano articolate, circostanziate, caratterizzate da continuità, linearità e consequenzialità oltre che coerenti tra loro rispetto ai dati essenziali degli omicidi quali la causale degli stessi, le varie fasi, le modalità esecutive.

Tanto ciò premesso, in punto di diritto, occorre ricordare che le chiamate in correità dei tre collaboratori di giustizia nel presente processo hanno valore di vera e propria prova rappresentativa, ancorché incompleta, dovendo le stesse essere corroborate da altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, stante il disposto dell'art 192 cpp. (Cass. Pen. SU 1 febbraio 1992 n 1048). Pertanto la chiamata di correo ha valore di prova diretta contro l'accusato in presenza di tre requisiti: a) l'attendibilità del dichiarante valutata in base a dati e circostanze inerenti la sua persona, quali il carattere, il temperamento, la vita anteatta, i rapporti con l'accusato, la genesi ed i motivi della chiamata; b) l'attendibilità intrinseca della chiamata, desunta da dati specifici e non esterni ad essa quali la spontaneità, la verosimiglianza, la precisione, la completezza della narrazione dei fatti, la concordanza tra le dichiarazioni rese anche in tempi diversi; c) l'esistenza di riscontri esterni, ovvero di elementi di prova estrinseci, da valutare congiuntamente alla chiamata di correo per confermarne l'attendibilità, al cui esame, peraltro non si può procedere se persistono dubbi sulla credibilità del dichiarante o sull'attendibilità intrinseca delle sue

19

dichiarazioni (Cass. Pen. Sez V, 20.4.2000 n 4888).

Passando ad effettuare tale analisi occorre evidenziare che per quanto inerisce al collaboratore [REDACTED], l'esame degli interrogatori sopra riportati consente di esprimere un giudizio di attendibilità nei confronti dello stesso .

Sotto il profilo soggettivo, non può non evidenziarsi che l' [REDACTED] era un intraneo al sodalizio criminale Amato Pagano ed esponente di spicco dello stesso che iniziava a collaborare nel 2010 da libero , accusando innanzitutto se' stesso del triplice omicidio. Lo stesso infatti, a partire dal 2008 era stato referente di [REDACTED] sul territorio , unitamente al genero di quest'ultimo [REDACTED], condannato in via definitiva, come si è già detto, per i reati associativi, inoltre teneva contatti con il clan allegato Lo Russo .

Il collaboratore, quindi, ha vissuto le vicende criminali che hanno caratterizzato i territori di riferimento per essere stato parte integrante del sistema che da anni aveva il controllo sugli stessi e pertanto ha un ampio e qualificato bagaglio di conoscenze dirette.

Per queste ragioni, in assenza di elementi da cui desumere l'esistenza di rancori personali che possano averlo indotto a rendere dichiarazioni false e calunniose, lo si ritiene intrinsecamente attendibile.

Inoltre le dichiarazioni sopra riportate appaiono lineari, cronologicamente corrette e coerenti con gli esiti investigativi raccolti e confluiti nelle diverse pronunce giudiziarie. tra le quali la sentenza emessa dal Tribunale di Napoli VII sezione il 18.6.2013 divenuta irrevocabile il 14.2.2017 . Peraltro , [REDACTED] è stato ritenuto meritevole della concessione del beneficio della collaborazione.

Premessa, dunque, l'attendibilità intrinseca di [REDACTED] si rileva come le dichiarazioni rese con specifico riguardo al triplice omicidio ed in particolare, in ordine alla causale, alle modalità organizzative, ai mandanti ed agli esecutori materiali, sono riscontrate, da quanto dichiarato dagli altri collaboratori menzionati nella presente sentenza e dall'ammissione delle proprie responsabilità in merito a tali fatti espressa dall'imputato nella missiva inviata a chi scrive l'8.10.2018.

[REDACTED], cognato di [REDACTED], è salito ai vertici del gruppo Amato Pagano ponendosi al fianco di [REDACTED] nel periodo febbraio 2011 – febbraio 2014, allorchè decideva di collaborare. Lo stesso ha accusato se stesso ed i complici del triplice omicidio.

In virtù di questa sua posizione al collaboratore sono a lui note le causali delle alleanze e degli omicidi, ha un notevole bagaglio di conoscenze dirette e qualificate perché provengono dall'interno.

E' indubbio che tali elementi, in assenza di spunti da cui desumere intenti persecutori o calunniatori che possano averlo indotto a rendere dichiarazioni false e calunniose, consentono di ritenerlo attendibile.

Le sue dichiarazioni sopra riportate appaiono coerenti con gli esiti investigativi raccolti e confluiti nelle diverse pronunce giudiziarie con cui, peraltro, il [REDACTED] è stato ritenuto meritevole dalla D.D.A. di Napoli del piano provvisorio della richiesta di protezione, come emerge dagli atti . Le dichiarazioni del collaboratore sono confluite nella sent. Gup del 10.7.2014 irrevocabile il 20 .11.2017 che lo ha

2

condannato alla pena di 20 anni di reclusione , con riconoscimento in appello dell'attenuante speciale di cui all'art 8 L. 203\91, oltre che in numerose ulteriori pronunzie giudiziarie indicate nel C D Rom in atti.

Premessa, dunque, l'attendibilità intrinseca del [redacted] si rileva come le dichiarazioni rese con specifico riguardo alle vicende in esame ed in particolare, in ordine alla causale, alle modalità organizzative, ai mandanti ed agli esecutori materiali - e cioè con riferimento alle componenti oggettive e soggettive - sono coerenti e sovrapponibili con quelle rese dagli altri collaboratori menzionati nella presente sentenza.

Le dichiarazioni del [redacted] sono poi riscontrate dagli esiti dei sopralluoghi effettuati dalla Polizia Giudiziaria in compagnia del [redacted], che hanno consentito di individuare i due gazebo e l'appartamento teatro degli efferati omicidi.

Da ultimo deve menzionarsi nuovamente la ammissione delle proprie responsabilità in merito a tali fatti , espressa dall'imputato nella missiva inviata a chi scrive l'8.10.2018.

[redacted], fratello di [redacted], ha iniziato a collaborare ad ottobre 2015 quale affiliato storico del gruppo Amato Pagano , riferendo delle evoluzioni interne alla compagine ed ai suoi rapporti con i gruppi scissionisti ed unitamente al fratello, per garantire la fedeltà al giovane [redacted], ha partecipato all'omicidio di [redacted], che costituisce per il clan Amato Pagano il primo omicidio della 3^ faida (v. sentenza - depositata dalla difesa, in atti - di 2° pronunziata dalla Corte di Assise di Appello di Napoli il 20.4.2018 n. 39\2018 con la quale sia il [redacted] che il [redacted] venivano condannati per l'omicidio di [redacted] ed altro , commessi in Melito di Napoli il 16.1.2012 . Il [redacted] risulta altresì condannato dal Gup del Tribunale di Napoli con sentenza del 18.3.2011 divenuta definitiva il 13.3.2014 per associazione mafiosa ed altro alla pena di anni 10 e mesi 8 di reclusione. Lo stesso ha accusato sé stesso ed i complici del triplice omicidio.

In virtù di questa sua posizione al collaboratore sono note le causali delle alleanze e degli omicidi, ha un notevole bagaglio di conoscenze dirette e qualificate perché provengono dall'interno.

E' indubbio che tali elementi, in assenza di spunti da cui desumere intenti persecutori o calunniatori che possano averlo indotto a rendere dichiarazioni false e caluniose, consentono di ritenerlo attendibile. Anche qui deve menzionarsi nuovamente l'ammissione delle proprie responsabilità in merito a tali fatti , espressa dall'imputato nella missiva inviata a chi scrive l'8.10.2018, che sugella le dichiarazioni del citato collaboratore di giustizia.

Pacifico risulta, dunque che [redacted], abbia concorso negli efferati omicidi in esame , avendo atteso con [redacted], [redacted] e [redacted] che il gruppo di fuoco, composto da [redacted], [redacted] e [redacted] uccidesse le vittime , per poi recarsi nell'appartamento della mattanza , come deciso da [redacted] ed aver ripulito lo

9

21

stesso dalle tracce degli omicidi, dopo aver privato le vittime degli abiti e degli effetti personali, che esso provvedeva ad incendiare ed imballato i corpi delle vittime in buste di plastica accuratamente sigillate.

Orbene la circostanza che non vi sia stato un preventivo accordo del [redacted] con il mandante e con gli autori materiali degli omicidi, non esclude il concorso dello stesso nei reati, atteso che per la configurazione del concorso di persone nel reato non è richiesto il cosiddetto previo concerto, essendo sufficiente anche un'intesa spontanea che intervenga nel corso dell'esecuzione del reato, ovviamente a condizione che l'atto riferibile all'iniziativa dell'autore principale, ed addebitabile al correo a titolo di concorso pieno, rappresenti una naturale conseguenza evolutiva degli atti posti in essere di comune accordo (Cass. Pen, sez.I, 10 settembre 1992 n 4982).

Nel caso in esame, già la sera prima del 15 marzo 2009, come dichiarato da [redacted] detto [redacted] ("la sera poi ci fu un altro incontro con [redacted] che venne a dormire con me e [redacted], vennero anche [redacted], [redacted] e [redacted] detto [redacted] e si continuò a parlare delle modalità dell'omicidio e di come si dovevano fare scomparire i corpi"), il [redacted] fu presente per cui, non intervenne solo nel corso dell'esecuzione dei reati in quanto già aveva incontrato [redacted] - poi deceduto - [redacted], [redacted] ed il [redacted] per parlare delle modalità degli omicidi e di come si sarebbero dovuti far scomparire i corpi. Il giorno successivo il minorenne, in concorso con i complici, pur non avendo fatto parte del gruppo di fuoco, attuò le direttive ricevute. Orbene il concorso di persone nel reato non esige imprescindibilmente, soprattutto quando si tratta di condotte articolate, che tutti i concorrenti esplicino attività identiche o analoghe o insostituibili rispetto l'avveramento del fatto, essendo sufficiente che i diversi apporti si configurino in termini di funzionalità, utilità o maggiore sicurezza rispetto al risultato finale (Cass.pen. sez IV 28 gennaio 1997 n 574). Il ruolo di [redacted], dunque, non può essere ritenuto inconsapevole od influente, avendo lo stesso posto in essere condotte in diretto rapporto di causalità efficiente con le attività dei complici.

Ed invero, benchè il ruolo del [redacted] si sia manifestato nelle condotte descritte, in tema di concorso di persone nel reato, stante la struttura unitaria del reato concorsuale, allorchè si viene a realizzare quell'associazione di diverse volontà finalizzate alla produzione dello stesso evento, ciascun compartecipe è chiamato a rispondere sia degli atti compiuti personalmente, sia di quelli compiuti dai correi, per cui, quando l'attività del compartecipe si sia estrinsecata ed inserita con efficienza causale nel determinismo produttivo dell'evento, fondendosi indissolubilmente con quella degli altri, si avrà, come ulteriore conseguenza, che l'evento verificatosi sia da considerare come l'effetto dell'azione combinata di tutti i concorrenti, anche di quelli che non hanno posto in essere l'azione tipica del reato (Cass.pen. sez V 16 ottobre 2009 n 40449). Inoltre, il concorso dell'imputato negli efferati crimini in esame, sebbene non abbia rafforzato il proposito delittuoso dei coimputati, considerata l'età minore del [redacted] all'epoca dei fatti e lo spessore criminale dei concorrenti, di per sé

[Handwritten signature]

determinati a commettere i fatti, ne ha comunque agevolato la condotta, essendo il ~~Ricco~~ a disposizione degli stessi, pronto ad eseguire i compiti che gli erano stati richiesti.

Analogo ragionamento riguarda i reati satelliti da unificare col vincolo della continuazione con i più gravi delitti omicidari, costituendo gli stessi espressione di un unico disegno criminoso teso all'uccisione di ~~Ricco-Ricco~~, ~~Ricco-Ricco~~ e ~~Mosconi-Ricco~~, occultandone le tracce. Risulta, infatti, provato che le vittime furono sparate con 4 pistole cal 7,65, (sul punto v. dichiarazioni di ~~Diagio-Ricco~~) delle quali una si inceppò ed altra colpì per sbaglio ~~Costa-Ricco~~, per cui la detenzione ed il porto delle stesse e del relativo munizionamento va ascritta anche al ~~Ricco~~ che ne poteva disporre quale partecipe al gruppo criminoso. Quanto all'invocato assorbimento del delitto di detenzione in quello di porto occorre osservare che la continenza è configurabile solo quando la detenzione dell'arma inizi contestualmente al porto della stessa in luogo pubblico e sussista la prova che l'arma non sia stata in precedenza detenuta, situazione che non ricorre nel caso in esame (v. dich. ~~Costa-Ricco~~) (Cass. Pen. Sez VI sent 46778 del 9.7.2015). Analogo discorso vale per il concorso nell'occultamento dei cadaveri, di cui al capo C) costituendo tale atto il segmento finale dell'azione, strumentale ad assicurare l'impunità di tutti i concorrenti. Il ~~Ricco~~, in questo caso vi partecipò con riferimento al segmento iniziale dell'azione, avendo spogliato le vittime ed imballato i corpi delle stesse pur non avendo concorso nella materiale sepoltura dei corpi come riferito dai collaboratori.

L'imputato deve essere dunque ritenuto responsabile di tutti i reati a lui contestati correttamente qualificati e contestati dal PMM, con l'esclusione dell'aggravante della premeditazione e l'assorbimento di quella dei motivi abietti in quella di cui all'art 7 L. 203/91 e la concessione delle attenuanti generiche. ~~Ricco-Ricco~~ deve pertanto essere ritenuto perfettamente consapevole del disvalore sociale delle proprie condotte e pertanto imputabile all'epoca dei fatti, precedente di soli tre mesi al raggiungimento della maggiore età, sia pure con il riconoscimento della obbligatoria diminuzione della minore età.

Per quanto attiene alle circostanze dei reati ascritti al prevenuto, come si è accennato, deve essere esclusa la premeditazione degli omicidi, che non è certo che abbia caratterizzato la condotta del minorenne qui in esame, atteso che il materiale acquisito ha provato che l'imputato diede il proprio contributo alle decisioni già prese dai coimputati maggiorenni, ma non piuttosto che partecipò alle riunioni in cui fu decisa l'azione, così premeditandola. Ed invero, l'aggravante in esame necessita del requisito ideologico - consistente nel perdurare nell'animo del soggetto senza soluzione di continuità fino alla commissione del reato, di una risoluzione criminosa ferma ed irrevocabile e di quello cronologico, rappresentato dal trascorrere di un intervallo di tempo apprezzabile, fra l'insorgenza e l'attuazione di tale proposito, in concreto sufficiente a far riflettere l'agente sulla decisione presa ed a consentire il prevalere dei motivi inibitori su quelli a delinquere (Cass.pen. sez.5 sent n 26406 dell'11.03.2014). Nel caso in esame, benchè si sia accertato, alla stregua delle dichiarazioni del c.d.g. ~~Costa~~, che il ~~Ricco~~ fu presente alla riunione della sera del

 23

14 marzo 2009, nella quale ~~il soggetto~~ distribui i ruoli, la minore età dell'imputato al momento del fatto non consente di ritenere, con certezza, che lo stesso maturò una risoluzione criminosa ferma ed irrevocabile tra l'incarico ricevuto e l'esecuzione del compito assegnatogli considerato, peraltro, il breve lasso di tempo - una sola notte - intercorso dal momento in cui gli fu affidato il ruolo di ripulire la scena del crimine, imballando i cadaveri per occultarli, e la realizzazione dello stesso, avvenuta appena il giorno seguente. Nel dubbio la premeditazione va esclusa.

Sussiste invece l'aggravante di cui all'art. 7 L. 203/91, nella fattispecie della finalità agevolativa, in essa assorbita quella dei motivi abietti.

Ed invero gli omicidi, di chiara matrice camorristica, furono commessi per affermare la capacità del clan Lo Russo di reprimere con la forza le condotte di quanti, sia pure intranei alla stessa organizzazione - con la loro "disobbedienza", perseguendo interessi economici propri, avevano leso il prestigio del clan camorristico. Il ~~defunto~~, nonostante la sua giovane età, era perfettamente consapevole della scelta delittuosa operata, che portò avanti nel tempo, tanto da cementare maggiormente il suo apporto alla associazione. Si ricorda infatti che lo stesso è stato condannato in via definitiva per i reati di cui agli artt 416 bis cp e 74 DPR 309/90 proprio per la sua partecipazione alle attività della associazione, con una condotta relativa ad un periodo antecedente, contestuale e successivo alla commissione dei delitti in esame, essendo peraltro, al momento del presente processo, in espiatione della pena inflittagli per i reati associativi.

Nella fattispecie in esame sussiste, pertanto, tenuto conto delle ricostruite causali dell'azione, la finalità mafiosa.

Non sussiste, invece, l'aggravante dei motivi abietti, contestata sub A). E' noto infatti che qualora vengano contestate, in relazione al medesimo reato, le circostanze aggravanti di aver agito per di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso e per motivi abietti, le due circostanze concorrono solo se quella comune, nei termini fattuali della contestazione e dell'accertamento giudiziale, risulta autonomamente caratterizzata da un "*quid pluris*" rispetto alla finalità di consolidamento del prestigio e del predominio sul territorio del gruppo malavitoso, elemento non ravvisabile nel caso di specie atteso che il ~~defunto~~ operò unicamente per riaffermare, attraverso il delitto così connotato, la persistente supremazia del sodalizio criminale di appartenenza mediante un'epurazione interna di soggetti "disubbidienti" (Cass. Sezione Unite sentenza n. 35/09). E ciò per effetto dell'esplicita clausola di riserva contenuta nel primo alinea dell'art. 61 c.p. che, in quanto espressione del principio di specialità, è fatta salva, mediante il richiamo all'art. 15, anche dall'art. 68 comma 1 c.p. nel caso di circostanze complesse.

Quanto alle circostanze attenuanti dei reati, non può essere concessa la circostanza attenuante di cui all'art 114 cp invocata dalla difesa, con riferimento indifferentemente al primo od al terzo comma, sulla scorta della duplice circostanza che l'imputato non partecipò al gruppo di fuoco e che provvide "alla ripulitura" della scena del crimine non da solo ma in concorso con altri soggetti. Ed invero, a prescindere dalla considerazione che l'apporto dato dal ~~defunto~~ non appare essere stato



di minima partecipazione, come ritenuto dalla difesa, atteso che il compito affidatogli non poteva essere attuato da un solo soggetto in considerazione del macello provocato dall'uccisione di ben tre soggetti e della difficoltà che comportarono il denudamento e l'imballaggio di tre cadaveri, tale diminvente non è applicabile quando i concorrenti nel reato siano stati cinque o più. La dizione letterale del co 2 dell'art 114 cp palesa chiaramente l'intenzione del legislatore di punire più severamente coloro che in numero considerevole, anche non contestualmente, prendano parte alla preparazione e/o all'esecuzione di un reato proprio in relazione all'esigenza che alla preparazione di esso, in ciascuna delle sue fasi, sia obiettivamente necessario o ritenuto opportuno il contributo di un numero rilevante di persone (Cass. Pen. Sez II 21 maggio 1988 n 6175). Neanche può ritenersi che la pena da irrogare al ~~REDACTED~~ vada diminuita per essere stato lo stesso, in quanto minore degli anni 18, determinato a concorrere nei reati da soggetti adulti, atteso che dagli atti non emerge che sia stata esercitata alcuna pressione o suggestione nei confronti del ~~REDACTED~~ per indurlo a commettere i gravissimi fatti in oggetto, quanto, più tosto, che il ~~REDACTED~~ era considerato, quale genero di ~~REDACTED~~, un valido e consapevole componente del gruppo. Diversamente opinando, l'attenuante di cui all'art 114 co 3 cp, invocata dalla difesa nel caso in esame, dovrebbe essere sempre riconosciuta all'imputato minorenni nel caso di concorso nel reato con soggetti adulti mentre l'ordinamento, tiene già conto della naturale compromissione della piena capacità di intendere e di volere del minorenni ultra quattordicenne, riconoscendogli obbligatoriamente la diminvente della minore età di cui all'art 98 cp.e non altro.

L'imputato merita invece, nonostante la gravità dei fatti nei quali è concorso ed i pesanti precedenti penali e giudiziali a proprio carico, la concessione delle circostanze attenuanti generiche in considerazione della ammissione delle proprie responsabilità in relazione ai delitti in esame, effettuata con la missiva di cui si è già detto. Il PMM ha ritenuto troppo generica la ammissione delle proprie responsabilità da parte del ~~REDACTED~~ e perciò inidonea a renderlo meritevole di tale attenuante. Ritiene chi giudica che le dichiarazioni del ~~REDACTED~~ hanno avuto un indiscutibile valore per l'accertamento della propria responsabilità, rendendo meno arduo il compito motivazionale della presente sentenza, a fronte di alcune discrasie tra le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia esaminati, avendo l'imputato fornito una significativa conferma della veridicità delle stesse, ma anche che l'ammissione dei fatti ed il pentimento manifestato dell'imputato siano dimostrative di un'importante resa dello stesso alla potestà punitiva dello Stato.

I reati devono essere avvinti col vincolo della continuazione essendo evidente espressione di un unico disegno criminoso.

Quanto alla pena da irrogare, valutati i criteri di cui all'art 133 cp le circostanze attenuanti generiche unitamente alla obbligatoria diminvente della minore età devono essere riconosciute, con un giudizio di equivalenza sulla aggravante di cui all'art 7 L 203/91 e non di prevalenza come invocato dalla difesa in considerazione della genericità dell'ammissione di responsabilità, della estrema gravità dei delitti commessi e del ruolo dell'imputato che, in quanto genero di ~~REDACTED~~,

benchè ancora minorenne all'epoca dei fatti , stava acquisendo una posizione crescente in termini di referenza.

Pertanto il Gup stima conforme ad equità irrogare all'imputato la pena di anni 16 di reclusione, così determinata: (pb per il reato di cui al capo A) assorbita l'aggravante di cui all'art 61 .1 cp in quella di cui all'art 7 L.203\91 , esclusa l'aggravante della premeditazione , con la equivalenza delle circostanze attenuanti generiche e della obbligatoria diminuzione della minore età sull'aggravante di cui all'art 7 L.203\91 , pb anni 21 di reclusione aumentata per la continuazione interna, trattandosi di un triplice omicidio ad anni 23 di reclusione, aumentata per la continuazione con il reato di cui al capo b) di mesi sei di reclusione e per la continuazione con il capo c) di sei mesi di reclusioni, alla pena complessiva di anni 24 di reclusione, pena - ridotta per il rito abbreviato , nella misura indicata) .Deve essere disposta la pena accessoria dell'interdizione di ~~ricambiare~~ dai pubblici uffici per anni tre.

P.Q.M.

Visti gli artt 442 in rel 533 cpp,

dichiara ~~responsabile~~ responsabile di tutti i reati contestati, unificati col vincolo della continuazione sotto il più grave delitto sub A- tenuto pure conto della continuazione interna al capo A- ,esclusa l'aggravante della premeditazione ed assorbita quella di cui all'art 61 cp in quella di cui all'art 7 L. 203\91 e ,previa concessione delle circostanze attenuanti generiche e riconoscimento della diminuzione obbligatoria della minore età equivalenti sull'aggravante di cui all'art. 7 L. 203\91 , condanna lo stesso alla pena di anni 16 di reclusione, calcolata la riduzione automatica per il rito abbreviato.

Letto l'art 98 co 2 cp dichiara ~~interdetto~~ interdetto dai pubblici uffici per anni 3.

Letto l'art 544 co 3 cpp indica il termine di giorni 30 per il deposito della motivazione .

Letto l'art 304 co 1 lett c bis cpp dichiara sospeso il termine della custodia cautelare durante la pendenza del termine indicato per la redazione della motivazione .

Napoli, 4.2.2019

Il Presidente
dr. Paola Brunese

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Filomena Palladino

DEPOSITATO IN CANCELLERIA



Napoli, 15/2/19

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Filomena Palladino