

ISSN 0557-1391

NUOVA SERIE - ANNO LX

Pubblicazione trimestrale

Fasc. 3 - Luglio-Settembre 2017

**RIVISTA ITALIANA**  
**DI**  
**DIRITTO E PROCEDURA**  
**PENALE**

*FONDATA DA*  
**GIACOMO DELITALA**

*DIRETTA DA*

**E. DOLCINI**

**M. G A L L O - A. C R E S P I - G. D E L U C A**  
**D. S I R A C U S A N O - M. P I S A N I - A. P A G L I A R O**  
**C. F. G R O S S O - G. L O Z Z I - E. M A N T O V A N I**  
**M. R O M A N O - E. A M O D I O - D. P U L I T A N Ò**  
**T. P A D O V A N I - E. M U S C O - A. G I A R D A**  
**F. C. P A L A Z Z O - C. E. P A L I E R O - G. G I O S T R A**  
**G. F I A N D A C A - G. U B E R T I S - R. O R L A N D I**

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)



**GIUFFRÈ EDITORE**



**Direttore responsabile - Editor in Chief:** prof. Emilio Dolcini

**Responsabile della Redazione - Managing Editor:** prof. Gian Luigi Gatta

**Redazione - Editorial Staff:** dott.ssa Maria Chiara Ubiali (coordinatore),  
dott.ssa Alessandra Galluccio, dott. Riccardo Bertolesi

**Revisori - Referees:**

- *diritto penale (criminal law)*: proff. Alberto Alessandri (Milano, Bocconi); Francesco Angioni (Sassari); Roberto Bartoli (Firenze); Fabio Basile (Milano); Alessandro Bernardi (Ferrara); Marta Bertolino (Milano, Cattolica); David Brunelli (Perugia); Stefano Canestrari (Bologna); Cristina de Maglie (Pavia); Giancarlo de Vero (Messina); Mariavaleria Del Tufo (Napoli); Gian Paolo Demuro (Sassari); Massimo Donini (Modena e Reggio Emilia); Luciano Eusebi (Milano, Cattolica); Giovanni Flora (Firenze); Luigi Foffani (Modena e Reggio Emilia); Gabriele Fornasari (Trento); Gabrio Forti (Milano, Cattolica); Alberto Gargani (Pisa); Giovanni Grasso (Catania); Roberto Guerrini (Siena); Gaetano Insolera (Bologna); Silvia Larizza (Pavia); Vincenzo Maiello (Napoli, Federico II); Manfred Maiwald (Göttingen); Stefano Manacorda (Napoli, Seconda Univ.); Vittorio Manes (Bologna); Grazia Mannozi (Como); Anna Maria Maugeri (Catania); Alessandro Melchionda (Trento); Vincenzo Militello (Palermo); Vito Mormando (Bari); Michele Papa (Firenze); Manfredi Parodi Giusino (Palermo); Paolo Patrono (Verona); Claudia Pecorella (Milano, Bicocca); Marco Pelissero (Genova); Carlo Piergallini (Macerata); Paolo Pisa (Genova); Roberto Rampioni (Roma, Tor Vergata); Lucia Risicato (Messina); Alessandra Rossi (Torino); Sergio Seminara (Pavia); Rosaria Sicurella (Catania); Placido Siracusano (Messina); Klaus Tiedemann (Freiburg); Paolo Veneziani (Parma); Francesco Viganò (Milano, Bocconi);

- *diritto processuale penale (criminal procedure law)*: proff. Marta Bargis (Piemonte Orientale); Giuseppe Bellantoni (Catanzaro); Alessandro Bernasconi (Brescia); Michele Caianiello (Bologna); Alberto Camon (Bologna); Francesco Caprioli (Torino); Massimo Ceresa Gastaldo (Milano, Bocconi); Claudia Cesari (Macerata); Piermaria Corso (Milano); Franco Della Casa (Genova); Giuseppe Di Chiara (Palermo); Vittorio Fanchiotti (Genova); Marzia Ferraioli (Roma, Tor Vergata); Leonardo Filippi (Cagliari); Novella Galantini (Milano); Giulio Garuti (Modena e Reggio Emilia); Livia Giuliani (Pavia); Roberto E. Kostoris (Padova); Sergio Lorusso (Foggia); Luca Luparia (Roma Tre); Oliviero Mazza (Milano, Bicocca); Adonella Presutti (Verona); Serena Quattrococo (Torino); Tommaso Rafaraci (Catania); Paolo Renon (Pavia); Francesca Ruggieri (Como); Daniela Vigoni (Milano); Adolfo Scalfati (Roma, Tor Vergata); Gian Luca Varraso (Milano, Cattolica).

**Consulente per l'inglese - Language Consultant:** dott.ssa Barbara Annoni

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

## INDICE-SOMMARIO

### NECROLOGI

PISANI M., <i>Ricordo di Cherif Bassiouni</i> .....	917
---	-----

### DOTTRINA

#### ARTICOLI

RUGGIERI F., <i>Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti</i> .....	921
CENTONZE F., <i>Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma</i> .....	945
MANES V., <i>Profili e confini dell'illecito para-penale</i> .....	988
RUGA RIVA C., <i>L'avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di prova dei maxi-processi ambientali: qualche spunto su criteri di accertamento e quantificazione del pericolo</i> .....	1008
TRIPODI A.F., <i>Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità</i> .....	1047
CARRIERO M.F., <i>Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia</i> .....	1087
CORSO S., <i>Patteggiamento versus risarcimento: condizione meramente processuale di ammissibilità del rito speciale</i> .....	1123

#### NOTE A SENTENZA

MASULLO M.N., <i>La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla</i> .....	1151
--	------

### COMMENTI E DIBATTITI

MANTOVANI F., <i>Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale</i> .....	1167
GATTA G.L., <i>Il dramma della pena carceraria e il cattivo stato della giustizia penale in un bestseller statunitense. A proposito di B. Stevenson, "Just Mercy. A Story of Justice and Redemption", Spiegel &amp; Grau, New York, 2015</i> .....	1174

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

**RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE****A) DIRITTO PENALE**

(a cura di M. D'AMICO e B. LIBERALI)

LIBERALI B., <i>Sguardo d'insieme (giugno - settembre 2017)</i> .....	1179
<i>Sintesi delle pronunce più rilevanti</i> .....	1180
- C. cost., sent. 21 giugno 2017, n. 142 .....	1180
- C. cost., ord. 12 luglio 2017, n. 171 .....	1181
- C. cost., sent. 13 luglio 2017, n. 172 .....	1182
- C. cost., sent. 13 luglio 2017, n. 178 .....	1182
- C. cost., sent. 13 luglio 2017, n. 179 .....	1185
- C. cost., ord. 13 luglio 2017, n. 184 .....	1185
- C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 205 .....	1186
- C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 207 .....	1186

**B) DIRITTO PROCESSUALE PENALE**

(a cura di G. GIOSTRA e C. GABRIELLI)

GABRIELLI C., <i>Sguardo d'insieme (giugno - settembre 2017)</i> .....	1188
<i>Sintesi delle pronunce più rilevanti</i> .....	1189
- C. cost., ord. 12 giugno 2017, n. 136 .....	1189
- C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206 .....	1190
- C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 208 .....	1191

**RASSEGNE DI GIUSTIZIA PENALE SOVRANAZIONALE****A) CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

(a cura di G. UBERTIS e F. VIGANÒ)

CASIRAGHI R., <i>L'Italia condannata per non aver protetto le vittime di violenza domestica e di genere</i> .....	1192
GALLUCCIO A., <i>Tratta di persone e sfruttamento lavorativo: a Strasburgo si fa sul serio</i> .....	1196
TRINCHERA T., <i>La Corte europea di fronte alla minaccia di attentati terroristici: tra obblighi di prevenzione e limiti imposti all'uso della "forza letale"</i> .....	1200
VASTA V., <i>Indagini bancarie sul conto corrente del difensore e diritto alla privacy</i> .....	1204
CONCOLINO P., <i>Perquisizione e diritto ad un ricorso effettivo: l'inadeguatezza dell'ordinamento interno agli standard di tutela sovranazionali</i> .....	1207
CASSIBBA F., <i>Violazione della difesa tecnica ed equità processuale</i> .....	1211
BERNARDI S., <i>La disciplina dell'ergastolo senza possibilità di liberazione alla luce delle più recenti sentenze di Strasburgo</i> .....	1215

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

## — III —

B) GIUSTIZIA PENALE E UNIONE EUROPEA  
(a cura di S. BUZZELLI e L. MASERA)

BUZZELLI S., MASERA L., <i>Sguardo d'insieme (marzo - maggio 2017)</i> .....	1219
SIRELLO V., <i>Diritto all'informazione nei procedimenti penali e conoscenza effettiva del decreto penale di condanna</i> .....	1219
GILIBERTO A., <i>Legittima l'applicazione di sanzioni tributarie e penali per il medesimo fatto quando i soggetti puniti siano diversi</i> .....	1224

C) CORTE PENALE INTERNAZIONALE  
(a cura di C. MELONI e M. CRIPPA)

CRIPPA M., MELONI C., <i>Sullo stato delle indagini in Libia e la mancanza di cooperazione con la Corte penale internazionale</i> .....	1228
---	------

**RASSEGNA BIBLIOGRAFICA**

(a cura di G.L. GATTA e O. MAZZA)

BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), <i>Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale</i> , Jovene, Napoli, 2017, pp. 494 (G. Amarelli) .....	1231
BOSWORTH M., <i>La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo</i> , trad. it. a cura di M. Pifferi, M. Pigozzi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 392 (S. Santini) .....	1233
INGRASSIA A., <i>Ragione fiscale vs 'illecito penale personale'. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015</i> , Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 214 (S. Cavallini) .....	1234
ZABEL B., <i>Die Ordnung des Strafrechts. Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren</i> , Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 831 (L. Staffler) ...	1236

**NOTIZIE**

DIAMANTI F., MESSORI L., <i>La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo</i> (Congresso nazionale AIDP, Association Internationale de Droit Pénal - Gruppo italiano - 30, 31 marzo - 1 aprile 2017, Modena) .....	1239
---	------

**GIURISPRUDENZA***Condizioni obiettive di punibilità*

Reati fallimentari - Bancarotta fraudolenta - In genere - Bancarotta fraudolenta prefallimentare - Natura della sentenza dichiarativa di fallimento - Condizione obiettiva di punibilità - Ragioni - Conseguenze. (Cost. art. 27; legge fall., artt. 216, 223; c.p. art. 44). (Cass., Sez. V, 8 febbraio 2017 (dep. 22 marzo 2017), n. 13910, Pres. Fumo, Rel. De Marzo, con nota di M.N. MASULLO).....	1141
---	------

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

**Utente:** csbab9518 CSBA-B.U.AREA GIURIDICA - [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) - 23.09.2018

## NOTIZIE

---

### « LA 'MATERIA PENALE' TRA DIRITTO NAZIONALE ED EUROPEO » (\*)

Congresso nazionale AIDP  
 (Association Internationale de Droit Pénal - Gruppo italiano)  
 30, 31 marzo - 1 aprile 2017, Modena

1. Si è svolto a Modena, presso la sede del Dipartimento di Giurisprudenza, nelle giornate del 30-31 marzo e 1 aprile 2017, il Congresso nazionale dell'AIDP su « *La 'materia penale' tra diritto europeo e internazionale* » in collaborazione con l'Ordine degli avvocati di Modena e la Camera Penale Carl'Alberto Perroux. I saluti introduttivi sono stati affidati al Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia, professor Luigi Foffani, e ai Presidenti dell'Ordine degli Avvocati, avv. Daniela Dondi, e della Camera penale, avv. Guido Sola.

2. Giovedì 30 marzo. Apre e presiede i lavori il professor MARIO ROMANO dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, il quale inizia ricordando che *matière pénale*, o *criminal charge*, o *strafrechtliche Anklage* è un sintagma che compare nelle varie versioni (francese, inglese e tedesca) dell'art. 6 della CEDU. In lingua italiana, invece, la Convenzione utilizza l'espressione « accusa penale ». La costruzione di una nozione specifica di materia penale è sempre stata considerata un passaggio obbligato per dare riconoscimento e nuovo impulso alla promozione dei diritti dell'uomo. In un sistema, come quello europeo, in cui ogni singolo Stato procede alla sua definizione dell'*area penale*, la Convenzione mai avrebbe potuto astenersi dal fornire il proprio punto di vista. Questo percorso definitorio è partito dall'art. 6 citato — inerente, come noto, al *right to a fair trial* — al fine di fissare le garanzie di un giusto processo (penale) e impedirne elusioni tramite sanzioni poste al di fuori di questa « area penale », così come disegnata da ogni singolo Paese membro.

Effettuate alcune di queste premesse, Mario Romano si concentra su una ricaduta specifica della definizione di « materia penale », ovvero sull'estensione delle garanzie penali- stiche al c.d. *penale amministrativo*. Il percorso che porta alla definizione sovranazionale della « materia penale » è un ottimo metodo per lo sviluppo dei diritti fondamentali e una chiave sicuramente di primaria importanza per l'avvicinamento delle varie culture. Ciò nondimeno, il grande equilibrio di Mario Romano non gli impedisce di mostrare perplessità in ordine alla futura adozione di strumenti capaci di ridurre quei perniciosi problemi d'incertezza generati da un'imponente pluralità di fonti sovranazionali e da sentenze, altrettanto sovranazionali, spesso incapaci di dialogare con le Alte Corti interne. Incognite, queste, che per l'illustre Professore finiscono per togliere solidità al diritto.

---

(\*) *N.d.r.: i contributi pubblicati in questa rubrica, eccezionalmente, non sono sottoposti alla procedura di peer review, in conformità alle linee operative per il sistema di revisione pubblicate in calce al fascicolo.*



All'introduzione del Presidente, è seguita la relazione del professor FRANCESCO PALAZZO dell'Università di Firenze, il quale chiarisce immediatamente come la *political question* della « materia penale » evoca una prima grande contraddizione di fondo tra libertà e verità del diritto. Per alcuni il diritto è volontà libera, un trionfo di onnipotenza di un legislatore che può ciò che vuole. Per altri, invece, è quello condizionato da strutture ontiche e sociali che lo legittimano. Nel campo del diritto penale la questione ha beneficiato di alcune soluzioni di equilibrio tra libertà della politica e vincoli imposti alla stessa.

Francesco Palazzo introduce l'idea di materia penale come « concetto di relazione ». Il meccanismo operativo della nozione di materia (sostanzialmente) penale è il seguente: i beni giuridici sono individuati come sostanzialmente penali solo se coerenti con la peculiare natura della pena. È dunque la pena che si riflette sulla materia penale e che chiarisce ciò che merita la copertura della sanzione punitiva. In questo *modus operandi*, se un *a priori* c'è, sostiene Francesco Palazzo, è una categoria stabile come quella della pena, non quella degli oggetti di tutela, dei beni, degli interessi.

Questo schema « di relazione » pare quello proprio anche della variegata giurisprudenza di Strasburgo. Dei tre criteri Engel, a ben vedere, quello determinante è l'ultimo: la natura (punitiva) della sanzione. Essa, così come stabilito in alcuni casi dalle sentenze CEDU, *non può non condizionare la selezione dei beni giuridici*.

Le sentenze della Corte di Strasburgo seguono, a parere di Francesco Palazzo, due direttrici principali e non riconducibili alla stessa idea di « materia penale ». Da un lato, esiste la *dimensione punitiva* che, col suo personalismo etico, richiama le garanzie della colpevolezza e della proporzione; una garanzia che opera a prescindere dalla gravità della pena. Questa, secondo Francesco Palazzo, è la vera « materia penale ». Dall'altro lato, c'è la dimensione della prevenzione penale orientata al funzionalismo-utilitaristico, dove l'esigenza di garanzia esiste, ma deriva dalla portata afflittiva della pena, dalla capacità invasiva della sanzione.

Come noto, riflette il professor Palazzo, i penalisti della fine del XX Secolo sono orgogliosi della secolarizzazione del diritto penale, sono orgogliosi di aver superato il retaggio etico-personalistico della pena o di quel razionalismo che domina le incrostazioni metafisiche. Tuttavia, questo fenomeno ha comportato una potenziale dilatazione senza limiti della materia penale; una dilatazione che porta ben al di là del nucleo dei valori eticamente sensibili. Tuttavia, come ricorda bene Francesco Palazzo, la storia qualche volta si vendica.

Assistiamo oggi a un processo « consolidato » che porta la materia penale a intridersi di eticità sotto due profili: in primo luogo i valori personalissimi. Come largamente noto, essi reclamano tutela penale con connotati forti di eticità (es. la dignità umana). In secondo luogo l'esigenza di etica civile e sociale. Del suo rilancio è chiamato ad occuparsi, in via principale se non esclusiva, il diritto criminale e la sua attività di contrasto a quei *macro*-fenomeni, come la corruzione, che vi si oppongono.

Al dibattito si aggiunge poi l'esperienza di VLADIMIRO ZAGREBELSKY, il quale, partendo da un punto di vista « interno » alla Corte di Strasburgo, specifica che la Convenzione vive di giurisprudenza, anche se il prodotto dell'ermeneutica non è tutto ciò di cui disponiamo. Non bisogna dimenticare che la Corte si pronuncia rispondendo a un ricorso, e che quindi il testo scritto interpretato coi principi guida inseriti nel preambolo, deve orientare l'osservatore in quelle aree in cui, come spesso si dice, « ...non c'è giurisprudenza ». La Corte di Strasburgo svolge un ruolo assai complesso: da un lato, pronunciandosi su un caso concreto, specifico, non può fornire le certezze richieste dai cittadini e dagli esperti; dall'altro, deve comunque parlare a quarantasette Paesi. Pertanto non può usare le nozioni giuridiche dei singoli sistemi nazionali, ma elabora concetti autonomi per evitare la creazione di truffe delle etichette e per riuscire a parlare, in lingue diverse, a ordinamenti diversi. Non dobbiamo mai dimenticare, in effetti, che un principio deve poter essere compreso in Irlanda come in Italia o in Russia.

La Convenzione, che è un trattato internazionale, viene compresa dalla Corte di Strasburgo tramite i criteri della Convenzione di Vienna per l'interpretazione dei Trattati internazionali. Il cuore di questi criteri sono *l'oggetto* e *lo scopo* dei singoli trattati. Protezione

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

concreta ed effettiva dei diritti individuali nei confronti delle pretese d'interferenza da parte degli Stati.

Dal punto di vista della Convenzione, anche il penale, con le sue sanzioni, è un'*interferenza* dello Stato che deve essere giustificata, equilibrata, prevista per legge, *etc.*

La Corte europea non ha alcuna intenzione di adottare un concetto migliore di « materia penale » rispetto a quello che i singoli Stati intendono accogliere. La verità è che alla Corte di Strasburgo non interessa ciò che « è » l'illecito penale o ciò che « deve essere » illecito penale, ma le regole che in sua presenza devono operare: « se tu, Stato, affermi che questo è un illecito penale, allora queste sono le regole ».

Nello svolgimento delle sue conclusioni, Vladimiro Zagrebelsky sottolinea la natura dei criteri Engel. Esiste una difficoltà non di poco conto nel vedere interagire un sistema di *civil law* con un sistema giurisprudenziale teso a mettere a confronto una persona libera con lo Stato. I criteri non possono essere altro che elastici, plurimi, concorrenti, cumulativi, e così oltre. Si tratta di una caratteristica, non di un difetto, in quanto la Corte di Strasburgo deve parlare, come è già stato detto, a quarantasette Paesi. Come diceva Holmes, il diritto è (adesso) ciò che decideranno (poi) i giudici.

Chiude la prima sessione NICOLÒ ZANON, Professore di diritto costituzionale e giudice della Corte costituzionale. La Corte costituzionale, dice Zanon, opera sotto l'occhio vigile della letteratura scientifica. Ad esempio, i contenuti dell'ordinanza sul caso Taricco hanno preso spunto dai tanti commenti esistenti nella principale dottrina penalistica italiana.

In estrema sintesi, il giudice comune, secondo Nicolò Zanon, dovrebbe comportarsi come segue. Nel caso in cui la sanzione sia testualmente ambigua nel diritto interno ma sostanzialmente penale secondo i criteri Engel e secondo la giurisprudenza di Strasburgo, il giudicante dovrebbe procedere in via ermeneutica a estendere le garanzie convenzionali. Se il testo interno non consente questa estensione, anche in presenza di un orientamento consolidato della Corte EDU, dovrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione del 117, comma 1, Cost. Nel caso in cui, però, la sollevasse evocando solo gli artt. 25 e 27 Cost., la Corte costituzionale sarebbe costretta a trasformare in « materia penale » una sanzione che il legislatore ha stabilito essere di altro genere. Si tratterebbe di una delicata opera di valenza para-legislativa. Un'ordinanza con l'obiettivo di « allargare » il penalmente rilevante.

Partendo da altri presupposti, i giudici comuni potrebbero comunque chiedere alla Corte costituzionale di estendere le garanzie dei principi in materia (formalmente) penale alle sanzioni amministrative, ad esempio. Ma in tal caso non ha nessun bisogno di passare attraverso l'impropria « trasformazione » in senso penale della sanzione tramite i criteri Engel.

Dopo la pausa i lavori riprendono con la relazione del professor FRANCESCO VIGANÒ, dell'Università Bocconi di Milano. La nozione formale di illecito penale è, come insegna la manualistica, quell'illecito a cui il legislatore ricollega una « pena ». Si tratta di una nozione evidentemente in crisi, per via dell'influsso della Corte EDU, e che tende a essere sostituita da un concetto sostanziale, svincolato dalle classificazioni del legislatore nazionale ma strettamente connesso ai noti criteri Engel.

La relazione del professor Viganò procede su due fronti. Il primo concerne l'indagine diretta alla comprensione delle ragioni che giustificano l'adozione dell'approccio sostanziale da parte del giudice interno, sia esso comune o costituzionale. La seconda parte, invece, si concentra sulle implicazioni dell'adozione di questo criterio sostanziale. In particolare, Viganò intende indagare sulla possibilità d'immaginare un'estensione delle garanzie convenzionali e costituzionali « a cerchi concentrici ».

Il relatore sostiene che è forse possibile individuare un nucleo duro a cui applicare tutte le garanzie sostanziali e procedurali e riservare un'applicazione parziale delle stesse a ciò che non rientra in questo *kern*. La Corte di Strasburgo, del resto, ha già pensato in qualche modo, sin dal 2006, alla creazione di due livelli diversi di garanzia. Tuttavia, il criterio per stabilire *case by case* se applicare tutte o solo alcune garanzie riservate all'illecito penale, non può che essere la presenza, o meno, di una pena capace, almeno in astratto, d'incidere sulla

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

libertà personale. Laddove la minaccia del carcere risulta sin da subito assente, forse le garanzie penalistiche potrebbero essere declinate in modi più flessibili.

I lavori continuano con la relazione in lingua inglese su “Giusto processo e materia punitiva” della professoressa LORENA BACHMAIER WINTER dell’Università Complutense di Madrid, la quale si interroga innanzitutto su cosa debba intendersi per ‘giusto’ (*fair*). Non occorre riferirsi — spiega la Relatrice — al concetto filosofico di giustizia, essendo la nozione di *procedural fairness* più propriamente sintetizzabile nell’equilibrio o parità (*balance*) delle parti dinanzi a un tribunale imparziale e dunque equidistante. A questo proposito Lorena Bachmaier Winter riflette sulla necessità di estendere tutte le garanzie legate al giusto processo — e nella specie quelle contenute nell’art. 6 delle CEDU — agli *administrative offence proceedings*. Dopo una dettagliata disamina di casi risolti dalla giurisprudenza europea, giunge alla conclusione che lo stesso livello di garanzie previsto per ipotesi di *criminal charges* debba estendersi agli *administrative offence proceedings* unicamente laddove sia prefigurabile la privazione della libertà personale, e ciò indipendentemente dalle etichette utilizzate dagli ordinamenti interni per qualificare i singoli illeciti contestati. Solo la privazione della libertà personale comporta l’operatività della presunzione di innocenza, *etc.* Questo perché l’estensione “indiscriminata” delle garanzie comporterebbe non solo costi assai elevati, ma soprattutto l’attribuzione di un enorme potere allo Stato poiché — sottolinea la Relatrice — nei procedimenti penali “garantiti” il cittadino si trova al cospetto della potestà punitiva statale in posizione di chiara *inequality*.

Chiude la seconda parte della prima giornata del convegno il professor MICHELE CAIANIELLO dell’Università di Bologna, il quale interviene su “Principio di proporzionalità e mezzi di indagine”.

L’idea che debba esserci un « nucleo duro » di diritto penale e una « corona » di diritto punitivo caratterizzato dalla vigenza di meno garanzie è chiara — sostiene il professor Caianiello — ma sconta comunque due ordini di problemi: *a*) quante garanzie lasciamo nella « corona »; *b*) come possiamo distinguere quelli che Francesco Viganò ha chiamato i due « cerchi concentrici ». Si tratta, a parere di Caianiello, di un problema d’interpretazione creativa che (ri)porta il discorso al tema della legalità e dei limiti dell’ermeneutica. Ebbene, a prescindere da ciò, Michele Caianiello pone come premessa della propria relazione una precisa presa di coscienza: l’attuale difficile convivenza fra diritto nazionale ed europeo, la quale ci pone dinanzi a un dilemma molto forte, un dilemma identitario. L’ottica in cui ci si dovrebbe porre, però, è quella di ricercare un terreno comune di dialogo, che potrebbe essere rappresentato proprio dal *principio di proporzionalità*.

Il relatore evidenzia le ragioni di opportunità di un dialogo costruttivo fra gli ordinamenti che potrebbe condurre quello nazionale a far proprio il principio esaminato o, perlomeno, a individuare nuovi settori a cui applicarlo.

3. Venerdì 31 marzo. La prima sessione, dedicata al tema “Il peso della moltiplicazione delle sanzioni e la leggerezza della depenalizzazione”, prende avvio sotto la presidenza della professoressa PAOLA SEVERINO dell’Università Luiss di Roma.

Il professor ALESSANDRO BERNARDI dell’Università di Ferrara si intrattiene su “Il costo di sistema delle opzioni europee sulle sanzioni punitive” rispetto al peso della moltiplicazione delle sanzioni e la leggerezza della depenalizzazione. Alessandro Bernardi suddivide il suo interessante intervento lungo i quattro aspetti (di carattere antinomico) dell’europeizzazione del diritto penale:

*a.* le ricadute del principio europeo della proporzione nella sua duplice veste di *proporzione-effettività* e della *proporzione-extrema ratio*;

*b.* la duplicazione delle sanzioni, che è il prodotto della sovrapposizione di due sistemi con diverse sanzioni: quello europeo con sanzioni amministrative europee e quello nazionale con sanzioni penali e amministrative;

*c.* la moltiplicazione delle tipologie sanzionatorie a carattere alternativo e indotte dal Consiglio di Europa e dall’Unione europea;

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

d. il principio di proporzione — sempre nelle sue due vesti di *proporzione-effettività* e *proporzione-extrema ratio* — per le ricadute che esso ha sul processo di depenalizzazione.

Segue poi la relazione del professor PASQUALE CERBO dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, il quale interviene, sul crinale tra diritto penale e diritto amministrativo, sullo spinoso tema delle sanzioni amministrative punitive, di cui ricorda la definizione elaborata dalla Corte europea sulla base del criterio dell'eccedenza rispetto alla mera finalità ripristinatoria.

È punitiva — o sostanzialmente penale — la sanzione il cui ammontare massimo eccede la cifra necessaria al ripristino o ristoro patrimoniale, indipendente dal suo ammontare, che può essere anche modesto. Una sanzione di tal fatta è pena tanto quanto quella penale ed è di pari dignità.

Ad oggi, sono state introdotte negli anni sanzioni amministrative idonee ad azzerare il patrimonio (si pensi alle sanzioni irrogabili dalla Consob) o interdittive che possono inibire l'attività e precludere la sopravvivenza della attività economica. La sanzione punitiva non è più soltanto bagatellare, potendo incidere sull'esercizio dell'attività economica privata imprenditoriale.

Alla luce di ciò il Relatore osserva come la Corte costituzionale, sotto l'influenza della Corte europea, abbia più volte affermato che le sanzioni afflittive devono essere assoggettate alle garanzie dell'art. 25, co. 2, Cost, non più gelosamente riservato alla materia penale.

Il Professore dedica la seconda metà del proprio intervento a una lucida messa in risalto delle divergenze di accertamento fra sistema penale e sistema amministrativo dell'*idem factum*.

La giornata prosegue con la relazione dal titolo "Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte EDU e i riflessi all'interno del nostro ordinamento" della professoressa SERENA QUATTROCOLO dell'Università del Piemonte Orientale, che — nel corso di un intervento ricco di spunti di riflessione e, al tempo stesso, chiarificatore — individua due aspetti principali su cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto importanti ripercussioni.

i) Un primo aspetto riveste natura più strettamente processuale, in quanto collegato al concetto di 'fatto' che è sotteso all'operatività della garanzia di cui all'art. 4 del 7° Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

ii) Un secondo riveste, invece, natura sostanziale poiché legato a scelte sanzionatorie, a loro volta collegate alla compatibilità di meccanismi sanzionatori integrati, soltanto in parte coperti dal diritto penale.

La Relatrice espone una non di certo agevole ricapitolazione dei principali orientamenti della giurisprudenza europea, premettendo però che il cuore di tale giurisprudenza è legata "a doppia mandata" con la determinazione della nozione di "materia penale", soffermandosi su alcune importanti pronunce in cui è stata valutata l'applicabilità della garanzia in esame a fronte della esistente o meno sovrapposizione di un procedimento formalmente non penale con quello propriamente orientato all'applicazione della pena, ed esaminando i differenti criteri impiegati della *sufficiently close connection*, da un lato, e dell'interpretazione prettamente materiale del lemma *offence* e del concetto di *idem factum*.

A conclusione della sessione sui profili e confini dell'illecito parapenale interviene il professor VITTORIO MANES, dell'Università di Bologna, il quale evidenzia sin da subito l'intrinseca difficoltà di cercare di definire la geografia di un universo punitivo che oggi abbraccia costellazioni tipologiche profondamente diverse: la sanzione penale, quella amministrative e, ormai, quella civile; l'illecito penale, come quello erariale e contabile; le pene principali come quelle accessorie, affiancate da decadenze, incandidabilità, incapacitazioni, *etc.* E ancora, le norme processuali a contenuto sostanziale — che incidono direttamente sulla sfera giuridica del singolo — e tutto il microcosmo dell'esecuzione penale. Il Relatore individua, come percorso d'analisi del complesso fenomeno, cinque fasi « traccianti ». Dalla prima, quella trincerata dietro il nominalismo del codice Rocco, in cui l'illecito penale veniva ricostruito su un concetto formale di reato e su un concetto di antigiridicità formale, in virtù d'una scelta che si presenta come epifenomeno del positivismo giuridico e del tecnicismo giuridico, alla

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

quinta, quella attuale. In cui si è costretti a ricercare i profili dell'illecito parapenale. Dopo la fase orientata alla tutela delle garanzie dischiusa dalla giurisprudenza della Corte europea, ci ritroviamo con un lascito molto prezioso ma sicuramente con un ammasso di macerie concettuali da riorganizzare.

Cosa resta? Smarrite le etichette formali e la prospettiva "leggi-centrica", acquisita la relatività dell'*argumentum libertatis*, la logica e il profilo dell'illecito parapenale vanno ricostruiti attorno a una sofferenza legalmente inflitta e inflitta come momento di rimprovero e così percepita dal destinatario. È l'eccedenza rispetto alla finalità riparativa, non spiegabile se non in termini autenticamente punitivi, il *discrimen* fra ciò che è parapenale e ciò che non lo è.

La seconda sessione continua dopo la pausa caffè, sempre sotto la presidenza della Professoressa Paola Severino, con il tema "I nuovi illeciti civili come alternativa al penale?", e con la relazione del professor GIULIO PONZANELLI dell'Università Cattolica del Sacro cuore, il quale si intrattiene sul tema de "I danni punitivi".

Il Professore, dotato di una grande capacità di sintesi e di una lampante capacità oratoria, suddivide la sua riflessione con modalità che ci piace riportare senza modifiche di sorta: *i*) un'introduzione; *ii*) quattro "francobollini", qui non riassumibili per ragioni di spazio, e *iii*) una breve conclusione.

Qual è il futuro dei danni punitivi in materia civile? L'Italia (civilista e penalista) aspettava, nei giorni del convegno, la pronuncia delle SS.UU. della Corte di Cassazione — soltanto successivamente depositata — su una questione sollevata con ordinanza dalla prima Sezione al fine di valutare se può o non può trovare spazio nel nostro sistema il danno punitivo.

Il futuro dipende(va) quindi dallo scioglimento delle Sezioni Unite, ma non solo.

Il tema centrale è se la responsabilità civile sia chiamata solamente a « riparare » o dovrà assumere una fisionomia polifunzionale. Le due anime della responsabilità civile italiana, giudizialista e positivista, sono presenti, ma — conclude il professor Ponzanelli — non solo c'è bisogno di una regola per determinare i casi in cui è necessario un « danno punitivo », ma anche per fissare i criteri necessari per la sua corretta determinazione.

La seconda sessione continua con la relazione su "La riparazione e il risarcimento come castigo" del professor LUCIANO EUSEBI dell'Università Cattolica di Milano. La domanda dalla quale tutto il discorso si sviluppa è la seguente: « si può gestire un reato in senso sostanziale senza un reato in senso formale? ». Sì, dice il Professore, se la prevenzione dei reati è un fatto di politica criminale che investe l'intero ordinamento. Serve però un « disegno » di prevenzione e l'unica prevenzione costituzionalmente compatibile è quella generale reintegratrice. Le sanzioni pecuniarie civili, che non sono né risarcimento né giustizia riparativa in senso stretto, sono assai utili alla giustizia riparativa in senso lato. Specie se assume un connotato solidaristico, anche se rimangono problemi di effettività. Perché la sanzione pecuniaria civile non può essere eseguita in forme riparative, almeno quando il risarcimento non è possibile. La *riparazione*, a differenza del *risarcimento*, implica un contributo attivo, un impegno personale a favore del bene che è stato leso.

Fatte queste premesse, il Professore arriva al punto: *riparazione e risarcimento come castigo?*

'Risarcimento' e 'riparazione' assumono un significato proprio solo se ci si affranca dall'idea del castigo, ovvero dal significato vessatorio del termine. È la nostra tradizione che ha identificato l'*onere* col *castigo*: la logica alternativa è quella della sanzione con contenuto progettuale, non pensata come 'danno'. Fino al caso in cui, tramite la mediazione, il dialogo si recupera anche sul reato, non solo sulla sanzione. L'uso di strumenti risarcitori, e in parte di riparazione, conclude il professor Eusebi, può essere molto importante per la costruzione di un sistema penale più umano e più efficiente.

Chiude la sessione il Presidente ROCCO BLAIOTTA, il quale si concentra sul tramonto dell'idea di un ordinamento senza intrecci, incertezze o antinomia. Il *diritto penale* e il *diritto civile* hanno preso atto delle loro radicali differenze. Tentativi per gettare dei ponti esistono,

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

ma nessuno ha avuto successo: si pensi, sottolinea il Presidente, all'art. 2236 c.c. (*colpa grave per la responsabilità professionale*), o al concetto di causalità.

Il diritto penale ha assunto una « sana rigidità », nella quale però si annidano difficoltà soprattutto nei temi appena citati della causalità e della colpa. Nel mondo del diritto civile, invece, « tutto è *soft* », tutto è variabile. La giurisprudenza, a volte molto creativa, in tema di responsabilità sanitaria ha attuato una filosofia diretta alla protezione (ad ogni costo) della vittima, fino alla devitalizzazione dell'art. 2236 c.c. Ad esso sono state poste così tante barriere che è praticamente impossibile applicarlo.

I giudici della Cassazione mettono spesso nelle mani dei giudici civili l'esistenza, o meno, del reato, sotto i profili della causalità e della colpa. Quando si annulla con rinvio davanti al giudice civile sulla decisione sul danno da reato, quest'ultimo deve accertare l'esistenza del reato attingendo ai principi dell'ordinamento penale. Già oggi, dunque, sono nelle mani dei giudici civili dei principi propri del diritto penale.

Quindi: « quali principi nell'applicazione delle sanzioni civili? ». Una risposta dovrà essere data dai giudici civili. Il Presidente crede che, alla luce di quanto detto durante la sessione sul diritto punitivo, alcuni principi dovranno sicuramente essere individuati, anche se è difficile comprenderne ora il numero e la fisionomia.

La terza sessione apre con l'introduzione del professor EMILIO DOLCINI dell'Università di Milano.

Il primo intervento è del professor CARLO ENRICO PALIERO dell'Università di Milano, il quale inizia subito affermando che, attualmente, sono individuabili tre distinti paradigmi punitivi fondamentali che esauriscono l'intero campo della sanzione: quello classico « penale-criminale », quello « penale-amministrativo » e, infine, quello « sanzionatorio-amministrativo » che nasce dalla depenalizzazione. Esiste poi, a ben vedere, un quarto paradigma costituito dal « settore disciplinare », spesso molto incisivo ma che difetta della *vocatio in ius*.

Sul fronte delle garanzie sostanziali il professor Paliero vede una evoluzione bruscamente interrotta o, meglio, a velocità intermittente. In tema di legalità, ad esempio, l'evoluzione parte dalla celebre sentenza Scoppola e si sviluppa fino alla Grande Stevens su terreni enunciati dalla lettura delle norme (irretroattività, *ne bis in idem*, etc.) per poi passare oltre verso garanzie non riflesse da un testo di legge. Sul diverso terreno della colpevolezza, invece, è stata essenziale la sentenza Varvara, richiamata dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale in cui si dichiara esplicitamente che il principio di colpevolezza vale anche per l'imputazione delle sanzioni amministrative. Poi arriva l'interruzione che inverte questa tendenza; il Relatore si riferisce, tra le altre, alle sentenze n. 43 del 2017 e n. 193 del 2016 della Consulta.

Sul fronte processuale viene in considerazione la distinzione fra il paradigma « sanzionatorio-amministrativo » governato dalla l. 681/81 e quello « penale-amministrativo ». Su questo tema esiste a parere del professor Paliero il c.d. « paradosso della proporzionalità inversa gravità-garanzie »: quanto più è grave la sanzione tanto meno intensa è la garanzia.

Il secondo intervento pomeridiano è del professor MASSIMO DONINI dell'Università di Modena e Reggio Emilia: « *Septies in idem*. L'espansione delle forme di non punibilità tra *extrema ratio* e depenalizzazione di sistema ». Oggi, a seconda dei contesti, o si preferisce l'introduzione di illeciti amministrativi anche consistenti alla depenalizzazione, o ci si lamenta della « quantità » di penale esistente. Occorre comprendere quale delle due angosce corrisponde al vero.

Un primo punto: più del « sostanzialmente penale » — composto in larga misura da tutto il sistema delle misure di prevenzione, alcune forme di confisca o qualche ipotesi di sanzione amministrativa assai gravosa — dovrebbe preoccupare la quantità di ciò che è già « formalmente » tale, oltre alla sproporzione (verso l'alto) dei margini edittali esistenti.

La nostra cultura pare orientata all'idea che l'efficacia general preventiva sia assicurata, in qualche modo e in qualche misura, solo dal diritto penale. In altri termini, il fatto che nei formanti della coscienza collettiva esista l'approccio del « ... se non è penale si può fare(!) », alimenta la voglia dei legislatori di costruire disposizioni formalmente penali e di « giocare al

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

rialzo” con la determinazione dei minimi edittali al solo fine di ovviare a una situazione alquanto seria d’incertezza della pena.

Questa caratteristica di sistema, che non manca di produrre i frutti appena indicati in ogni progetto di riforma ad oggi in corso di approvazione, rende obbligata una strategia di degradazione sanzionatoria che, in Italia, si concretizza soprattutto nella depenalizzazione di fatto, in concreto.

Ciò si verifica principalmente su due fronti: quello *processuale*, il quale svolge la selezione dell’autore da portare eventualmente all’esecuzione e poi quello dell’*evoluzione della pena*, anche in fase esecutiva. Negli ultimi anni stiamo assistendo a un diverso *trend* che richiama una maggiore “efficienza sanzionatoria”; da qui, l’idea che il delitto non paga e la logica *lato sensu* riparativa (es. messa alla prova, la c.d. bancarotta riparata, il debito tributario estinto, e così oltre). L’idea di fondo non è quella di eliminare tutta una serie di sanzioni e illeciti amministrativi o contravvenzionali che si cumulano coi delitti, ma di arrivare a una sanzione meno punitiva al posto di quella criminale. Pertanto oggi moltiplichiamo *anche* per « degradare » in concreto. Come sottolinea molto chiaramente Massimo Donini, non va dimenticato che nel nostro Paese abbiamo sempre moltiplicato *anche*, e *soprattutto*, per « sommare ».

Questo dato emerge riflettendo sull’esistenza congiunta di almeno sette binari sanzionatorio-formali che mettono seriamente in pericolo i principi generali del diritto penale: 1) le pene principali; 2) le pene accessorie; 3) le misure di sicurezza; 4) le sanzioni amministrative; 5) il risarcimento civile; 6) le sanzioni disciplinari; 7) le misure di prevenzione. Si tratta di una moltiplicazione di sanzioni formali che, anche se non abbinate a quelle informali come lo stigma del processo penale o la custodia cautelare in carcere, riflettono la vecchia e tristemente nota volontà di raddoppiare, triplicare o quadruplicare il male prodotto. Almeno sette binari, almeno sette risposte del sistema, almeno sette sanzioni afflittive e in vario modo punitive, che possono generarsi come risposta a una condotta ... *septies in idem(!)*, appunto.

Il terzo intervento pomeridiano è del professor LUIGI FOFFANI dell’Università di Modena e Reggio Emilia. Il Direttore del Dipartimento che ha ospitato il congresso intrattiene i presenti con una relazione del titolo “Verso un modello amministrativo di illecito e sanzione di impresa iper-punitivo e fungibile alla sanzione penale?”.

Possiamo estrapolare quattro diversi modelli (classico: illecito amministrativo come illecito “minore”; doppio binario; illecito amministrativo di vocazione punitiva; superamento del *societas delinquere non potest*). Il modello classico è meramente residuale. A parte la sua storica inefficacia e inutilità, questo primo modello non pone alcun problema. Gli altri tre modelli, certamente quelli più innovativi e problematici, sono inevitabilmente destinati a essere attratti nell’orbita della « materia sostanzialmente penale ». In quest’ottica, il Direttore del Dipartimento modenese condivide l’idea supportata da Francesco Viganò del mantenimento di questi illeciti ma della contestuale distribuzione « a cerchi concentrici » dei principi fondamentali in materia sostanziale e processuale.

Chiude l’ultima sessione pomeridiana il dottor ANDREA VENEGONI, il quale concentra la sua analisi sulla comprensione del procedimento che porta all’irrogazione delle sanzioni amministrative. L’acquisizione della prova nel procedimento amministrativo è fondamentale per comprendere la possibile migrazione della stessa verso il procedimento penale. Ad oggi è possibile un agile scambio d’informazioni per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione Europea.

Il grande problema, come è facile intuire, è quello delle garanzie nell’ambito di tali procedimenti, anche perché, sottolinea Venegoni, la giurisprudenza nazionale è assai larga, soprattutto nei procedimenti non penali, nel riconoscere l’utilizzabilità di questo tipo di prova.

Si pensi al procedimento tributario (civile) e si rifletta sul procedimento della c.d. lista Falciani, dove la fonte della prova era addirittura un atto illecito (appropriazione da parte di un funzionario di una banca di documenti che sono poi stati trasferiti all’amministrazione francese la quale, sulla base di una ordinaria richiesta di assistenza amministrativa li ha trasferiti all’autorità italiana). Ebbene, in questo procedimento le eccezioni di inutilizzabilità

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

di questa prova sono state tutte respinte dalla Cassazione facendo leva sulla liceità del procedimento di trasmissione della stessa. Anche dall'osservazione dei procedimenti penali che sono derivati da questa vicenda, parte della giurisprudenza di merito hanno riconosciuto l'utilizzabilità della stessa.

Le Corti sovranazionali su queste problematiche sono assai più garantiste.

Il livello di garanzie di oggi è sicuramente maggiore rispetto al passato. Tuttavia, conclude il Relatore, persistono ampi problemi di proporzionalità e di legalità nell'acquisizione della prova.

La giornata si chiude con la tavola rotonda presieduta dal professor SERGIO MOCCIA dell'Università Federico II di Napoli, dal titolo "L'osservatorio della parte speciale fra illecito penale e amministrativo: quali criteri di ripartizione?". Dopo un'ampia e interessante premessa del Presidente, i lavori iniziano con il professor FRANCESCO MUCCIARELLI, dell'Università Luigi Bocconi di Milano, il quale si intrattiene con una relazione in tema di "Tutela dei mercati finanziari alla luce della Direttiva 57/2014 e del Regolamento 596/2014".

In tema di *market abuse* — diceva bene Luigi Foffani — non è praticabile il doppio binario, anche se ammessa dal Regolamento e dalla Direttiva summenzionate.

La legge di delegazione è scaduta. Ciò, a ben vedere, non è un male, in quanto la legge di delegazione stessa si presentava come incostituzionale: specificava i criteri utilizzabili solo sul settore amministrativo, mentre per il penale rimandava alla Direttiva e al Regolamento.

Le fattispecie, secondo il professor Mucciarelli, potrebbero essere orientate su condotte di frode o falsificazione. Nell'*insider trading*, che corrisponde alla questione maggiormente delicata, si potrebbe inserire un elemento di frode per colpire condotte qualitativamente penalistiche. Non tutte lo sono.

Il *panel* continua con la relazione della professoressa MARIA CECILIA FREGNI dell'Università di Modena e Reggio Emilia. La sentenza Grande Stevens, di grande impatto nel diritto tributario, risulta fondamentale proprio perché nel nostro sistema esistono sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Un doppio binario. L'ambito tributario, più nello specifico, è caratterizzato da tre tipologie di sanzioni: civili, amministrative e penali. La scelta del 1997 — politica, ancor prima che giuridica — fu quello di modellare le sanzioni amministrative sul modello penalistico. Il vecchio modello patrimonialistico-risarcitorio è stato abbandonato in favore di quello punitivo e, parallelamente, abbiamo assistito alla nascita e allo sviluppo del principio di legalità, del tema dell'imputabilità, della colpevolezza, la successione delle leggi nel tempo, e così oltre. Il nuovo diritto tributario si occupa di punire il trasgressore e, solo come corollario, di far conseguire un'entrata correlata al danno provocato.

Il professor MARIO MIDIRI dell'Università di Modena e Reggio Emilia spende subito qualche parola sull'esigenza di non disperdere nella politica *antitrust* la capacità deterrente delle sanzioni. Del resto, sottolinea il Professore, se l'impresa può conoscere *ex ante* il *quantum* della sanzione, la inserisce nel ragionamento costi-benefici la condotta abusiva. Pertanto, per lungo tempo nella politica delle *authorities* c'è stata una sorta di *favor* verso la creazione di linee guida (vincolanti) per calcolare le sanzioni. Tuttavia, la mancata adozione di queste linee guida ha sempre assunto un ruolo fortemente deterrente: le imprese, non conoscendo la risposta sanzionatoria, non potevano scegliere di realizzare condotte abusive a seguito di un dettagliato ragionamento costi-benefici. Ciò collideva evidentemente con tutte le esigenze di garanzia emerse con il *trend* giurisprudenziale di cui si è già ampiamente parlato.

Il compromesso: le linee guida sono state realizzate (considerate vincolanti anche se di *soft law*), ma con una certa flessibilità che consente, in casi particolari e ben motivati, di derogarvi.

Segue la relazione del professor PAOLO BORGHI dell'Università di Ferrara, il quale si sofferma inizialmente sul problema di traduzione delle terminologie giuridiche. Il settore alimentare vede spesso traduzioni di Regolamenti europei capaci, almeno nella versione italiana, di annullare anni di lavoro della Corte di Giustizia e del legislatore interno. Del resto, i traduttori non sono di fatto specializzati sui vari temi. Il sistema alimentare, come noto, è depenalizzato anche se rimangono reati sparsi tra il Codice penale e la l. 283/62. Molte norme

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

penali sono state eliminate, ma i problemi — *bis in idem*, sovrapposizione tra piano sanzionatorio penale e amministrativo, *etc.* — sono rimasti.

Se ogni volta che l'operatore viola una norma sull'etichettatura c'è un pubblico ministero che lo sottopone a procedimento penale per frode in commercio, non se ne esce.

Con riferimento alle criticità del settore alimentare, è opportuno sottolineare che la normativa europea del 2014 sull'etichettatura (Reg. 1169/2011) è ancora in attesa di sanzioni amministrative. Ad oggi rimane un vuoto che il Ministero dello Sviluppo Economico ha cercato di colmare con una Circolare del 2015 che imponeva un rinvio recettizio piuttosto azzardato.

Il professor DONATO CASTRINUOVO dell'Università di Ferrara porta l'attenzione dell'uditore sul « *cosa è* » penale e cosa « *non è* » penale nella disciplina sanzionatoria del diritto penale del lavoro. Questo settore, ancora oggi, rappresenta il settore a maggior impatto di criminalizzazione in tutto il sistema giuridico-penale italiano. Reati contravvenzionali, illeciti amministrativi e i delitti (contro l'incolumità pubblica e contro la vita e la salute). Anche qui i confini tra penale ed *extra*-penale sono assai fumosi e mobili, tuttavia non a causa del concetto di « materia penale », ma per la struttura del sistema di tutela. Si tratta quindi — sottolinea Donato Castronuovo — di confini « strutturalmente mobili » in materia di diritto penale del lavoro, rappresentati in forma piramidale. Il diritto penale del lavoro è come un vortice che tutto attrae all'interno del diritto criminale; addirittura, anche alcune regole di per sé non vincolanti (*soft law*), ma che possono risultare decisive nell'affermazione della responsabilità penale. Le regole di *soft law* si aggiungono ai corpi normativi cautelari e pretendono di essere vincolanti. Lo fanno secondo schemi di « colpa protocollare »; ovvero, oltre alle norme cautelari di fonte legislativa o quelle sanzionate come illecito amministrativo-contravvenzionale, o quelle elaborate all'esito di valutazione del rischio (c.d. private) ci sono alcune regole di fonti diverse: norme tecniche, buone prassi e linee-guida. La violazione di queste ultime pone problemi in caso di evento legato da nesso di evitabilità con la condotta in relazione al loro carattere non obbligatorio: o vengono richiamate dalla legge (colpa specifica per rinvio) o non richiamate da fonti giuridiche (colpa generica). In quest'ultimo caso, la « colpa protocollare » incrocia spesso la « colpa precauzionale ». Si pensi, ad esempio, al caso Tirreno-Power: il gestore ha rispettato i « limiti obbligatori », ma secondo il giudicante avrebbe dovuto rispettare anche quelli previsti dalla *Best-Available-Techniques*, ancorché non obbligatori. Da ultimo, il professor Castronuovo si sofferma sulla moltiplicazione della rilevanza penale di una stessa condotta inosservante (*bis*, o *sexies*, *in idem*). Tuttavia, Castronuovo non si concentra, come Massimo Donini, sul *quante volte si è puniti per lo stesso fatto*, ma *quante volte rileva la stessa condotta*. « Tutto può concorrere con tutto », si potrebbe dire.

4. Sabato 1 aprile - La giornata di sabato apre con l'assemblea nazionale dell'AIDP. Al termine prende avvio la prima sessione, dedicata alle confische, sotto la presidenza del professor ALFONSO MARIA STILE dell'Università La Sapienza di Roma.

Il primo intervento della terza giornata è del professor GIOVANNI FIANDACA dell'Università di Palermo, il quale si sofferma con lucidità sui rapporti e sulle intersezioni tra confisca penale, confisca di prevenzione e confisca amministrativa, evidenziando sin da subito tre caratteri generali dell'istituto della confisca (che non si escludono tra loro): la trasversalità, la polifunzionalità/ambivalenza e la incertezza qualificatoria e finalistica. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nella giurisprudenza nazionale si parla infatti indifferentemente di « carattere sanzionatorio » della confisca, così come di « carattere oggettivamente sanzionatorio », di « carattere concretamente sanzionatorio », di « finalità sanzionatoria/repressiva », di « effetto sanzionatorio » e di « effetti afflittivi ». Ebbene, Giovanni Fiandaca evidenzia la profonda diversità semantica dei termini 'carattere', 'finalità' ed 'effetto', nonché la difficile comprensione dell'espressione 'carattere repressivo'. Repressivo in che senso? Una repressione fine a sé stessa? O strumentale al perseguimento di finalità ulteriori (ad esempio preventive)?

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

La convivenza di elementi di prevenzione e elementi sanzionatorio-repressivi di ugual peso possono rinvenirsi tanto nel sistema penale quanto in quello amministrativo.

Secondo la tesi dominante, per orientarsi e per comprendere cioè la effettiva natura giuridica delle singole figure di confisca dovrebbe farsi di volta in volta riferimento alla diversa finalità di politica criminale attribuita dal legislatore. Tuttavia essa non è facile da decifrare: quasi mai la disciplina normativa è così chiara e univoca sulla finalità perseguita. Spesso sono rinvenibili elementi indicativi di *rationes* differenti, concorrenti e che dunque si cumulano. La questione si presenta ancora più complessa se si considera che si è assistito nel corso degli anni a una proliferazione e a un'estensione dei margini d'applicazione delle figure di confisca, « ad un vero *boom* » dovuto a note emergenze, a *input* europei e a una tendenza populistico-repressiva di fenomeni corruttivi.

Il Relatore conclude indicando che non ci sono in realtà ragioni decisive sul piano concettuale e teorico per privilegiare — con riferimento alla natura giuridica — una tesi rispetto ad un'altra: la decisione è di politica criminale (dal momento che attiene al bilanciamento di valori ed esigenze contrapposti) e non è « a rime obbligate ».

A seguire, sul tema della coercizione reale interviene in professor GIANLUCA VARRASO dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, il quale evidenzia sin dalle prime parole della propria relazione come molti processi penali si risolvano ormai nell'ambito delle misure cautelari, anche in conseguenza della ineffettività della pena. In altre parole, il momento centrale del processo penale è il momento cautelare.

Il che — prosegue il Relatore — rende necessaria una (ri)lettura della disciplina che aumenti le garanzie, che “esalti” la natura penale della confisca e la sua fisionomia di strumento assai potente nel diritto penale dell'economia.

Al termine della mattina, il professor GIULIO GARUTI dell'Università di Modena e Reggio Emilia affronta la delicata questione de “I risvolti processuali della confisca nel processo agli enti”. Nel corso della relazione, muovendo dall'esigenza di ricercare l'esatta natura giuridica delle plurime ipotesi di confisca riscontrabili nell'universo della responsabilità amministrativa da reato degli enti, viene sottolineato come le perplessità maggiori sorgano con riferimento alle confische *ex artt.* 6, co. 5 e 15, co. 4 del d.lgs. 231/2001. La relazione viene conclusa con un'interessante riflessione circa la compatibilità della confisca con la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e sulla possibilità di negoziazione — fra difesa e pubblica accusa — del *quantum* confiscabile.

Se con riferimento al secondo aspetto il Relatore avanza il proprio deciso rigetto, con riferimento alla prima ci chiarisce come, pur parlando l'art. 19 d.lgs. 231/2001 di “sentenza di condanna” e non più genericamente di “condanna”, il rinvio complessivo operato dal legislatore del 2001 al codice di rito permette di dare comunque risposta affermativa, evitando così d'altra parte illogiche disparità.

Da ultimo ma non per ultimo, la sessione dedicata alla prescrizione del reato presieduta dal professor LUIGI STORTONI dell'Università di Bologna, il quale apre i lavori evidenziando la fondamentale necessità di restituire dignità a un istituto tanto “bistrattato”. Ricorda con chiarezza la forte legittimazione costituzionale di questo istituto, che trova il proprio fondamento non soltanto nella graduale cessazione dell'allarme sociale a cui si assiste col trascorrere del tempo o nella sempre più difficile reperibilità delle prove (a carico e a discarico) a distanza di anni dal fatto commesso, ma soprattutto nel principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. Punire un soggetto a distanza di tanto tempo è punire un'altra persona; e ancora, significa privare il cittadino della possibilità di « vedere il fondo del tunnel ».

Così efficacemente introdotto il tema della prescrizione del reato, interviene sulla specifica questione dei rapporti fra prescrizione e controlimiti il professor STEFANO MANACORDA dell'Università della Campania.

La relazione prende le mosse dalla nota tensione fra Corti creatasi con riferimento alla vicenda Taricco, per poi sviluppare convincenti riflessioni di sistema. Ebbene, come ricordato dal Relatore, la problematica del caso Taricco ruota intorno alla qualificazione giuridica

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

dell'istituto in esame (a cavallo tra diritto penale e processo) e alle garanzie che ad esso si accompagnano. Non solo. La vicenda pone sotto i riflettori la tematica dei controlimiti come composizione potenziale dell'antinomia interpretativa delle due Corti.

Quanto alle posizioni assunte dalla Corte di giustizia e dalla successiva ordinanza della Corte costituzionale, occorre chiedersi: si tratta di una (irrisolvibile) antinomia normativa o di una antinomia risolvibile sul piano interpretativo in modo da evitare il potenziale *impasse*?

Ebbene, il Relatore continua il suo intervento argomentando in favore della seconda soluzione.

L'ultima giornata si conclude con la relazione del dottor TOMASO EPIDENDIO sul tema "Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti". Il Relatore invita a riflettere sulla natura ibrida e interstiziale della prescrizione, la quale sta diventando il vero punto di crisi del diritto penale. Come noto, si presta ad essere trattato come istituto sostanziale, ma anche come istituto processuale; il che rappresenta il nucleo del conflitto tra le Corti.

La Corte di giustizia ha posto l'accento sull'ostacolo alla efficace protezione, mentre la Corte costituzionale ha valorizzato l'aspetto di garanzia. Ciononostante, la distanza fra le due Corti viene presentata come ancora più profonda di così, in quanto causata, da un lato, dall'autoreferenzialità, talvolta propria del diritto giurisprudenziale, che "parla a distanza", ricorrendo all'uso esclusivo del proprio lessico; dall'altro lato, da errori prospettici derivanti dalla necessità di rappresentare l'ordinamento di cui non si ha una visione "da vicino".

Tutto ciò compone quello che Epidendio ha definito «colonialismo giudiziario», basato sulla superiorità dell'ordinamento comunitario rispetto a quelli nazionali. A tale atteggiamento si è contrapposto quello — apparentemente diverso — della Corte costituzionale, che ha imboccato la strada, da una parte, del dialogo e della diplomazia e, dall'altra, dell'affermazione indiretta e dell'anticipazione degli effetti.

FRANCESCO DIAMANTI

*Assegnista di ricerca in Diritto penale  
Università di Modena e Reggio Emilia*

LAVINIA MESSORI

*Dottoranda di ricerca in Diritto penale  
Università di Modena e Reggio Emilia*

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

**Utente:** csbab9518 CSBA-B.U.AREA GIURIDICA - www.iusexplorer.it - 23.09.2018