

Misure di prevenzione e modelli sanzionatori.

di *Domenico Pulitanò*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 5 SETTEMBRE 2017 (UD. 27 APRILE 2017), N. 40076

PRESIDENTE CANZIO, RELATORE FIDELBO

1. Conformandosi alla sentenza De Tommaso della Corte EDU, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato (sentenza 27 aprile 2017, n. 40076) il principio di diritto secondo cui l'*inosservanza delle prescrizioni generiche di vivere onestamente e di rispettare le leggi, da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno*, non integra violazione dell'art. 75, comma 2, del c.d. codice antimafia.

Questa decisione è stata apprezzata¹ come una lettura del diritto interno italiano conforme alla CEDU e al tempo stesso (in via principale) alla Costituzione, fondata sulla valorizzazione ermeneutica del principio di legalità/determinatezza. Un segnale importante di politica giudiziaria: il giudice delle leggi si è impegnato (leggiamo nella sentenza) nel *prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme*, come richiesto dalle sentenze gemelle n. 349 e 348 del 2007.

L'interpretazione adottata è quella della Corte EDU, la presa d'atto del difetto di determinatezza delle formule *vivere onestamente e rispettare le leggi*. La rilettura tassativizzante del diritto interno riguarda la fattispecie di cui all'art. 75, comma 2 del codice antimafia, dalla quale vengono escluse le inosservanze delle predette prescrizioni, appunto perché non tassative e non suscettibili di una lettura tassativizzante, che viene esclusa sulla linea della sentenza De Tommaso. Sta qui, fondato sulla sentenza della Corte EDU, il *superamento di una giurisprudenza di legittimità che, fino ad oggi, non mostra di essersi confrontata adeguatamente* (così le Sezioni Unite) con la problematica delle prescrizioni non tassative inserite nella disciplina delle misure di prevenzione.

Questa autocritica è un punto particolarmente significativo nella motivazione delle Sezioni Unite. C'è voluto l'impulso venuto da Strasburgo, per arrivare a una lettura del diritto italiano, sul punto che qui interessa, conforme a Costituzione, al principio di legalità/determinatezza.

Nella stessa direzione, un impulso era venuto anche dalla Corte costituzionale, in tempo non lontano, in forma meno esplicita: un'ordinanza di manifesta

¹ F. VIGANÒ, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2017.

inammissibilità della questione di legittimità sollevata sul *non dar ragione di sospetti*, con riferimento all'art. 25, 2° comma, della Costituzione. L'ordinanza n. 354/2003 (rel. Flick), con una motivazione chiaramente interpretativa, ha distinto fra prescrizioni relative a specifiche e qualificate condotte, che configurano precisi obblighi, e prescrizioni 'di genere' riconducibili al paradigma dell'*honeste vivere*: "*anch'esse funzionali alla ratio essendi della sorveglianza speciale, ma non sono certo qualificabili alla stregua di specifici obblighi penalmente sanzionati*".

L'indicazione ermeneutica dell'ordinanza del 2003 (la cui importanza è velata dal dispositivo di inammissibilità) non è stata accolta dalla giurisprudenza ordinaria. Quando la questione di costituzionalità è stata riproposta, con riferimento al principio di legalità e al principio d'uguaglianza, la Corte la ha respinta (sentenza n. 282/2010) argomentando che le prescrizioni generiche - tali se isolatamente considerate - nel contesto complessivo delle prescrizioni previste assumono "*un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle predette prescrizioni, tramite le quali il dettato di vivere onestamente si concreta e si individualizza*". Questo argomento è stato presentato come coerente con la giurisprudenza in materia di legalità/determinatezza (sentenza n. 328/2008): sarebbe legittima la formulazione legislativa che consenta di "*esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile*".

Aveva senso richiedere al sorvegliato speciale un tale giudizio di *corrispondenza della fattispecie concreta* (l'agire in un certo modo) con la *fattispecie astratta*, cioè il precetto di *vivere onestamente* e di *rispettare le leggi*? Non aveva senso, hanno detto la Corte EDU e le Sezioni Unite. Non c'è un'ermeneutica che possa dare concretezza precettiva, su *fondamento controllabile*, a formule che riecheggiano il '*paragrafo del briccone*', esempio classico di ciò che *non* può essere un precetto penale. Il passo indietro della Corte costituzionale nel 2010, rispetto alla pur non del tutto esplicita ordinanza del 2003, ha riaperto problemi con i quali la giurisprudenza di legittimità *non si è confrontata adeguatamente*, come ora ammette la sentenza delle Sezioni Unite. Benvenuto, dunque, l'impulso venuto da Strasburgo, e la sua ricezione (finalmente) da parte delle Sezioni Unite.

2. Le ragioni di ordine costituzionale, su cui poggia la svolta interpretativa delle Sezioni Unite, avrebbero potuto essere incanalate in una questione di legittimità dinanzi al giudice delle leggi, avendo riguardo al diritto vivente dopo l'ordinanza 'interpretativa' del 2003? Che ne è, dopo la sentenza in esame, delle precedenti condanne per violazione delle prescrizioni generiche?

Il fondamento costituzionale della sentenza delle Sezioni Unite comporta una significativa diversità rispetto all'ipotesi generica del mutamento di interpretazione, che è stata oggetto di un'importante sentenza della Corte costituzionale, n. 230/2012: non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cpp, *nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di*

condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite) che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3°, 117 comma 1. La Corte costituzionale ha riaffermato il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza di Strasburgo la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole. Anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore “*essenzialmente persuasivo*”, e può essere disatteso “*in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione*”.

Nel nostro caso il mutamento giurisprudenziale favorevole sta sotto il segno dell'interpretazione conforme a Costituzione, e ciò pone, con riguardo ai già condannati con sentenza passata in giudicato, il problema degli effetti di una condanna in base a una interpretazione incostituzionale, conforme al diritto giurisprudenziale vivente all'epoca.

Di fronte al riconoscimento dell'incostituzionalità di quel diritto vivente, da parte del supremo organo di nomofilachia, il giudice dell'esecuzione, investito del problema da un già condannato, potrebbe dare rilevanza al *dictum* del custode del *nomos*, non filtrato dal giudice delle leggi?

Non la rilevanza di *jus superveniens*, si desume da Corte cost. n. 230/2012. Si invece la rilevanza di un problema di legittimità costituzionale del diritto vivente all'epoca della condanna, che il giudice del singolo processo avrebbe potuto e dovuto sottoporre al giudizio della Corte costituzionale. Se le Sezioni Unite lo avessero fatto, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale avrebbe risolto il problema una volta per tutte. Poiché non lo hanno fatto, resta aperto il problema di assicurare ai già condannati il medesimo trattamento cui avrebbero avuto diritto sulla base di una sentenza della Corte costituzionale.

In questi termini, il problema d'uguaglianza di trattamento ha un oggetto diverso e più specifico rispetto all'oggetto della sentenza n. 230/2012. Il giudice dell'esecuzione dovrebbe sollevare, con riferimento al vecchio diritto vivente, il problema della sua inapplicabilità, con riferimento alla disciplina degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale che avrebbe potuto essere sollevata dalle Sezioni Unite.

3. Nella sentenza De Tommaso, la normativa italiana sulle misure personali di prevenzione (sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno) è stata sottoposta a uno scrutinio severo, quanto basta per essere valutata un *duro colpo*².

² Così è intitolato il commento di F. VIGANÒ in *Dir. pen. contemporaneo*, alla sentenza De Tommaso v. Italia, 23 febbraio 2017. Fra i primi commenti, A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della 'legge', ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. contemporaneo*; M. FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. contemporaneo*; F. MENDITTO, *La sentenza della Corte Edu De Tommaso c. Italia: un'occasione da non perdere per la modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in www.europarights.eu, 1 marzo 2017; Id.,

Le questioni discusse dalla Corte EDU riguardano le fattispecie, l'aspetto precettivo. Tale è anche la questione delle formule indeterminate su cui si sono pronunciate le Sezioni Unite. I profili sanzionatori stanno sullo sfondo di critiche più radicali, sull'impianto complessivo della legge vigente³.

Anche una riflessione mirata sul solo sistema sanzionatorio (lasciando fra parentesi i problemi a monte) pone problemi di legittimità costituzionale non limitati al punto specifico che le Sezioni Unite hanno esaminato: problemi sull'insieme delle differenziazioni di trattamento sanzionatorio fra il sottoposto e il non sottoposto a misura di prevenzione, previste dall'art. 71 in forma di circostanza aggravante relativa a taluni delitti *comuni*⁴, e dai due commi dell'art. 75 del codice antimafia.

Non di per sé illegittimo è l'allargamento dell'area di responsabilità anche penale, con la configurazione di *reati propri* consistenti nell'inosservanza delle prescrizioni specifiche che danno corpo alla misura. Non di per sé illegittima una valutazione di maggior gravità (con conseguente maggior pena edittale) di obblighi specifici di una misura più pesante della generica sorveglianza speciale.

Con riguardo a precetti rivolti alla generalità dei consociati, si pone il problema se differenziazioni di trattamento legate alla misura di prevenzione (maggiore ampiezza della fattispecie e/o maggiore severità sanzionatoria) siano compatibili col principio d'eguaglianza.

La violazione del principio d'eguaglianza (oltre che del principio di determinatezza) sarebbe particolarmente evidente con riguardo alle prescrizioni generiche di vivere onestamente e rispettare le leggi, qualora si ritenessero rafforzate da sanzione penale nei confronti del sottoposto a misura. Nella loro genericità, sono precetti che valgono allo stesso modo per tutti, senza essere muniti di sanzione penale.

Può il medesimo comportamento, poco onesto (trasgressione d'un generico precetto morale o legale) ma non penalmente rilevante per la generalità dei consociati, esse valutato come reato se tenuto dal sorvegliato speciale? Sarebbe una plateale discriminazione soggettiva, priva di qualsiasi aggancio in diversità del comportamento tenuto, incompatibile con i divieti di discriminazione che costituiscono il nucleo duro dell'art. 3 Cost.

Costituisce una discriminazione soggettiva ingiustificata anche l'aggravante speciale di cui all'art. 71, riferita a un'ampia cerchia di reati comuni. Vengono in

La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione, in *DPC* aprile 2017.

³ Sui problemi delle misure di prevenzione, si veda il fascicolo n. 2/2017 della *Riv. it. dir. proc. pen.*

⁴ Era stata introdotta dalla prima legge antimafia, n. 575 del 1965. Per chi abbia commesso certi tipi di delitto (l'elenco è lungo) durante il periodo in cui era sottoposto alla sorveglianza speciale o nei tre anni successivi, l'art. 71 del codice antimafia recepisce l'aumento di pena previsto dall'art. 99, 2° comma, cod. pen. per il caso di recidiva qualificata (fino alla metà), e si procede d'ufficio.

rilievo i principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 249/2010, quella che ha dichiarato l'illegittimità della aggravante simbolo della legislazione securitaria in materia di immigrazione (introdotto nel codice penale nel 2009, come punto 11-bis dell'art. 61) per contrasto col principio d'uguaglianza: *“il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al commesso reato”*.

La sottoposizione a misura di prevenzione è un fatto estraneo al reato commesso da chi vi sia sottoposto. Questo problema si pone anche per la recidiva: reati commessi in passato sono, di per sé, fatti estranei al nuovo reato. Agganciare la recidiva al nuovo reato è possibile a certe condizioni, ha detto la Corte costituzionale a partire dalla sentenza 'interpretativa di inammissibilità' n. 192/2007 (rel. Flick). Il giudice può applicare l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata *“solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo”*. -

Questi argomenti hanno aperto la strada alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva in ragione di determinati titoli di reato (art. 99, comma 5), *senza alcun accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso* in relazione ai parametri di commisurazione della pena (sentenza n. 185/2015). Parametri costituzionali, gli artt. 3 e 27 comma 3. Possiamo valutare questa sentenza come la formale assunzione della *concreta significatività* (rispetto alla colpevolezza e/o pericolosità del reo) a criterio e limite di legittimità costituzionale della recidiva quale ragione di aggravamento della pena.

Per i reati commessi dal sottoposto a misura di prevenzione, i fatti assunti a presupposto della misura possono venire in rilievo ai fini della applicazione della recidiva facoltativa, nei limiti in cui lo statuto costituzionale della recidiva lo consenta. Ulteriori effetti di aggravamento sanzionatorio non hanno alcuna giustificazione. Lo statuto di sottoposto a misura, non essendo un fatto della persona sottoposta alla misura, non è valutabile nemmeno in sede di commisurazione della pena nel quadro della vita antefatta o successiva alla commissione (art. 133, 2° comma, n. 3). Di per sé non giustifica, *ceteris paribus*, differenziazioni di trattamento sanzionatorio: né fra sottoposti e non sottoposti, né fra sottoposti a misure differenti (con oppure senza divieti o obblighi di soggiorno). Va in questa direzione la sentenza delle Sezioni Unite che, con riferimento all'omessa esibizione della carta precettiva, ha ritenuto applicabile la meno grave sanzione prevista dall'art. 650 c.p.; nella motivazione, forse un po' troppo complicata, è da segnalare il riferimento al principio d'offensività quale criterio di lettura dell'apparato sanzionatorio⁵.

⁵ Cass., S.U., 29 maggio 2014, n. 32923.

Pongono seri problemi di compatibilità col principio d'uguaglianza anche le differenziazioni nel trattamento sanzionatorio che i giudici della Consulta hanno ritenuto non illegittime nella sentenza n. 161/2009: le sanzioni più severe introdotte nel 2005 per il sorvegliato speciale con obbligo o divieto di soggiorno, nel caso di violazione di prescrizioni comuni a qualsiasi sorvegliato speciale.

Nell'insieme, la maggiore severità del trattamento penale dei sottoposti a misure di prevenzione, rispetto agli altri autori del medesimo tipo di fatto, sono spia significativa della torsione ideologica che regge il complessivo sistema di misure personali di prevenzione, e che lo struttura come meccanismo di produzione di reati artificiali sanzionati con pene sproporzionate. Possiamo dire (come molti hanno detto da molto tempo) meccanismo criminogeno?