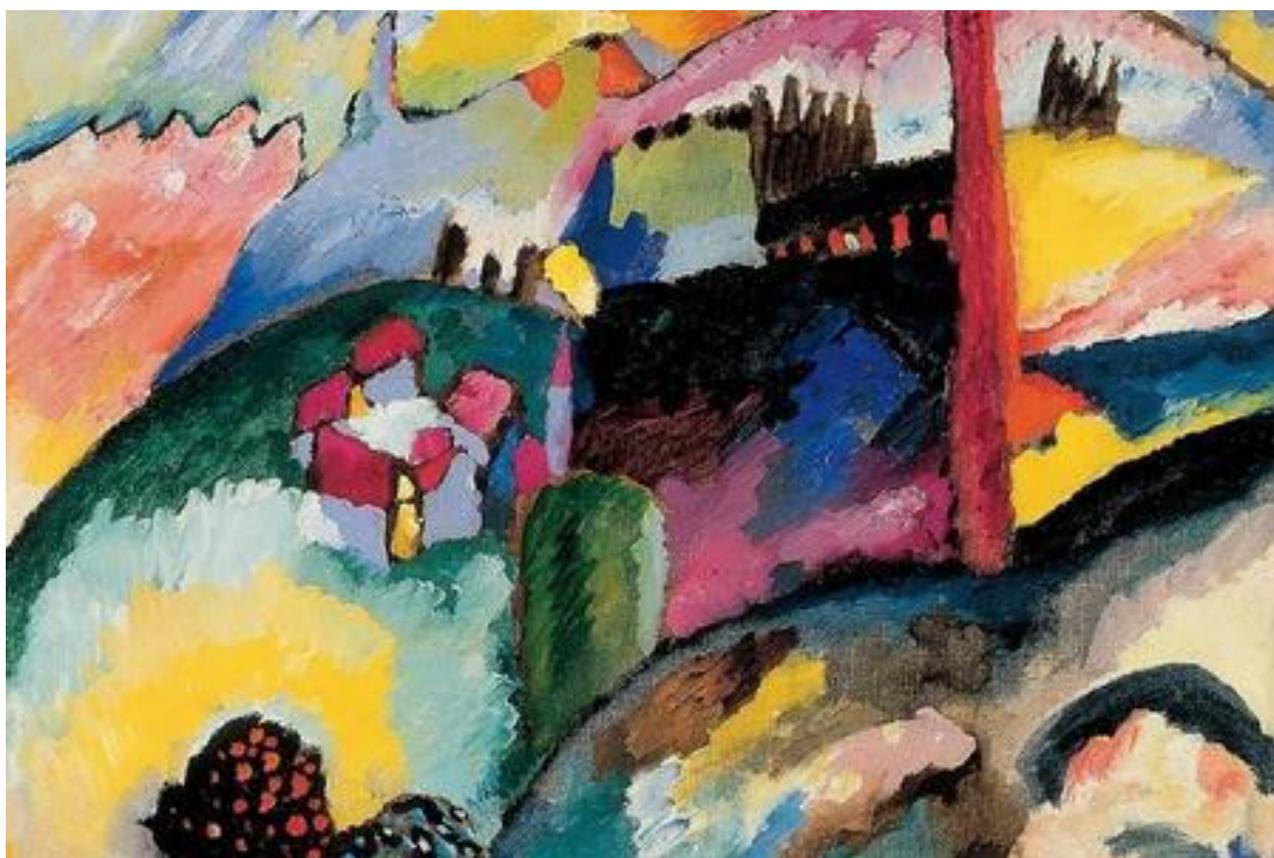


Numero 1 – 2022

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – COSIMO D'ARRIGO (*componente della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici.*) – BALDOVINO DE SENSI, (*giudice del tribunale di L'Aquila*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*già presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*giudice del Tribunale di Frosinone*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*già magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 1°

(gennaio-aprile 2022)

Gli Autori	4
Giuseppe Vettori, <i>Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito</i>	5
Tiziana Balduni, <i>Scrivere sentenze (in materia tributaria) è attività extragiudiziarica?</i>	16
Cesare Parodi, <i>Intercettazioni e reati intrafamiliari: quali problemi?</i>	21
Alessandro Centonze, <i>Punti fermi e questioni ancora controverse nella giurisprudenza in tema di terrorismo interno</i>	27
Andrea Venegoni, <i>L'EPPO nel panorama della cooperazione giudiziaria europea</i>	44

Gli Autori

Alessandro Centonze, *consigliere della Corte di cassazione*

Giuseppe Vettori, *professore emerito di diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze*

Cesare Parodi, *procuratore aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Tiziana Balduni, *componente del Consiglio superiore della magistratura*

Andrea Venegoni, *sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Giuseppe Vettori

Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito

Sommario: 1. Il credito fra prescrizione e abuso. - 2. Le clausole generali fra semantica e dogmatica. - 3. Inesigibilità

1. Il credito fra prescrizione e abuso.

Una sentenza della Corte di Cassazione ha sollecitato di nuovo un dialogo sulle clausole generali e sulle conseguenze della loro violazione. Provo ad indicare qualche aspetto.

Come è noto la decisione ¹ si è espressa sul caso di una società familiare che conclude con uno dei soci un contratto di locazione di un immobile. Il canone per sette anni non viene richiesto e solo dopo il divorzio dei coniugi la società intima lo sfratto con la richiesta di tutti i canoni non pagati. La Corte di Cassazione esclude una vicenda estintiva perché non provata, ma accerta un affidamento del debitore ed un abusivo esercizio del diritto del creditore, utilizzando il rimedio della *inesigibilità* dei canoni per tutto il periodo di inerzia del creditore. Con una motivazione che richiama la dottrina tedesca della *Verwirkung*² e la soluzione adottata nel BGB.

Le critiche sono molte e le riassumo in breve così.

In mancanza di un fatto estintivo, anche tacito, il credito è sempre esigibile sino al termine di prescrizione, stante l'irrilevanza del mero silenzio e la insufficienza di una vaga clausola generale di buona fede³. La quale, peraltro, si reputa inutilizzabile quando è in contrasto con principi del sistema (nel nostro caso si indica la tipicità delle cause di estinzione dell'obbligazione e il divieto di uso gratuito dei beni sociali da parte di un socio) o quando resti preclusa dal necessario bilanciamento con la posizione di terzi⁴. Sarebbe, inoltre inammissibile in Italia un rimedio simile alla *Verwirkung*, secondo orientamenti già espressi in passato dalla Cassazione⁵. Sicché in attesa di un intervento legislativo che limiti lo spazio temporale della prescrizione, si reputa preferibile una soluzione giurisprudenziale che

¹ Cass. Sez. Terza, 14 giugno 2021, n.16743.

² Ranieri, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Cedam, 1971; Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978; Id., voce «*Verwirkung*», nel Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., XIX, Utet, 1999, 722 ss.

³ Orlandi, *Ermeneutica del silenzio*, in NGCC, 2021, 2, p.

⁴ D'Amico, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in NGCC, 2021, 2 p.

⁵ Scognamiglio, *La Verwirkung e i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, in NGCC, 2021, 2, p.

tenga conto della volontà di rinunzia, anche tacita del titolare del credito, più rispettosa del principio di autonomia. Anche se si riconosce un ruolo fondamentale al caso concreto⁶.

Una diversa visione rispetto a queste lucide riflessioni si può basare sui seguenti punti.

Il silenzio come ogni comportamento deve essere valutato in base alla correttezza e buona fede, fissati nel codice come doveri reciproci. Insisto su questo termine. Credo che la Corte di Cassazione dovrebbe ridefinire la massima secondo cui ogni contraente deve salvaguardare la posizione dell'altro. Tutto è più chiaro se ci riferiamo a parole semplici e di valore universale. Ogni etica laica o religiosa ed ogni filosofia antica o moderna si riconosce nella reciprocità. Nessuno può tenere un contegno che non desidera subire dalla controparte. Se le parole sono “il grande portone attraverso il quale il diritto entra nella coscienza degli uomini”, se la *ratio* della norma si può ampliare tramite un'estensione semantica. Se tutto ciò è vero la correttezza è un lemma normativo che trova nella reciprocità il suo fondamento semantico e positivo⁷. Solo una breve digressione.

In una recente e brillante analisi⁸ si osserva che i concetti ricorrenti di solidarietà, giustizia, equità, eguaglianza, buona fede, effettività, pongono il problema del passaggio dal giudizio ontologico al fatto e viceversa. Il che richiede non solo una dimostrazione ma pone un'alternativa fra la possibilità di ordinare razionalmente e *l'intuire* estraneo al diritto e dunque inammissibile. Perché non si può creare una regola da un valore senza “passare da una sua formalizzazione semantica attraverso disposizioni vigenti”. Non si può disapplicare una norma ordinaria sulla base della priorità della norma costituzionale, neppure ragionando, finemente, sulla diversità fra disapplicazione del concetto normativo tratto dalla disposizione, e annullamento della legge ordinaria di competenza della Corte costituzionale⁹. Né è possibile il richiamo allo spirito del tempo eludendo la lingua e le parole che restano, in questa visione, ineliminabili. Secondo lo schema dettato dell'art.12 delle preleggi, ove il riferimento alla *ratio* non può che significare prevalenza dell'interesse regolato dalla norma e dell'art. 101 della Costituzione. La quale limita la discrezionalità dell'interprete¹⁰ e la separazione dei poteri in un *ordo superior* delimitato secondo una rigorosa razionalità semantica. Fuori di tale limite non c'è diritto e il

⁶ Macario, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in NGCC, 2021, 2, p

⁷ Di recente Nicolussi, *Le obbligazioni*. Milano. Wolters Kluwer, 2021, p.36,42,93.

⁸ Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 15 ss., e i riferimenti a Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti*, 1984, p. 55 ss. Id. Irti, *Riconoscersi nelle parole*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 12-13

⁹ Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 371 ss.; ora in Perlingieri, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, pp. 252-253

¹⁰ Luciani, *Interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Enc.dir.*, Annali, Giuffrè Milano, 2016 p. 433-437

richiamo dei principi “esige il passaggio dalla vaghezza del puro astratto alla concretezza della fattispecie”¹¹.

Una replica a questa elegante visione è possibile in questi termini. La realtà nel diritto va oltre le parole ed è possibile fissare “un'essenza sociale” dei fatti che non occupano uno spazio fisico come i doveri e i diritti. La loro esistenza non ha niente di oscuro o di mistico, ma è orientata da interessi, bisogni ed azioni che esigono risposte. Per la loro conversione in diritto la fattispecie è uno schema utile e necessario, ma esistono altre forme di “quadratura e di certezza” in una società complessa. La legalità costituzionale fissa un ordine preciso e precise funzioni per la legge, i giudici, la Scienza giuridica. Un ordine che supera e contamina le parole e la *ratio* dell'art.12 delle Preleggi al codice civile, affidando alla dogmatica, alla teoria dell'argomentazione e alla nuova retorica il compito di recepire la confluenza continua fra Logica e Storia. Anche perché, come si è giustamente osservato, legalità ordinaria e costituzionale, Stato di diritto e Stato costituzionale non sono in armonia e una “loro conciliazione è indispensabile se si vuole che l'ordinamento funzioni”¹².

Quanto al ruolo dei principi è noto che i problemi più sensibili, dalla nascita alla morte, sono stati affrontati e risolti, negli ultimi decenni utilizzando il potere-dovere del giudice di applicare la legge anche in casi non espressamente previsti (art.12 disp.att.c.c.), sulla base di riferimenti normativi come “dignità, identità, libertà” a cui dovremo ricorrere ancora in difesa dei diritti civili e di libertà¹³. Ma che cosa accade alle clausole generali nei diritti di credito?

La tipicità delle cause di estinzione delle obbligazioni è un principio difficilmente giustificabile in presenza dell'atipicità delle fonti dell'obbligo e non rileva nel nostro caso perché la inesigibilità non estingue il credito ma lo limita, tenendo conto del contegno scorretto e della sua durata nel tempo; nella specie, poi, non si può parlare di un divieto di uso gratuito dei beni sociali perché la norma (2256 c.c.) espressamente ammette l'uso personale in presenza del consenso di tutti i soci. Il che esclude anche un pregiudizio ingiusto dei terzi che potranno agire, casomai, contro la società e i suoi organi sociali per il risarcimento dei danni.

¹¹ Orlandi, cit. p.209, 216 nota 247,218, 226-227. Su questo tema v. testualmente Vettori, *I principi, le parole, la dogmatica*, in *Ars interpretandi*, 2021,2, p. 83 ss.

¹² Luciani, cit.p. 462.

¹³ P.Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè,2009,p.29 ss. in part.38. e ora V.Pescatore, *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, Torino, Giappicchelli, 2021, ed ivi Pescatore, *La legge tedesca sui trattamenti di conversione al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, p.5 ss., 13 ss.

D'altra parte il richiamo alla *Verwirkung* non è un trapianto indebito, ma una possibile forma di contaminazione teorica affidata alla dogmatica e alla giurisprudenza, in presenza di casi che giustificano tale forma di tutela. Insomma i veri punti di disaccordo con la sentenza e con la sua motivazione sono il rilievo del fatto, il ruolo della clausola generale di buona fede e le conseguenze della sua violazione. Il che esige un ragionamento più ampio.

2. Le clausole generali fra semantica e dogmatica.

Il nostro codice subordina il contegno delle parti ad un dovere di correttezza, autonomo e precettivo, talmente radicato nel nostro ordine giuridico da non tollerare smentite¹⁴. Come si è osservato si può solo separare i vantaggi dai rischi dell'indeterminatezza¹⁵ per non smarrire la coerenza del sistema¹⁶. Solo un cenno.

Sino agli anni sessanta del novecento la giurisprudenza aveva sostanzialmente escluso il valore della clausola come fonte autonoma di un diritto e di un obbligo¹⁷, ma dagli anni settanta in poi la dottrina e i giudici hanno consolidato un valore precettivo e autonomo della clausola generale¹⁸, anche se si lamenta la perdita di calcolabilità del diritto positivo¹⁹ e si reputa che “eventuali carenze di tutela debbano essere soddisfatte dal legislatore” unico a poter disporre “di tutti gli elementi di giudizio necessari per effettuare una valutazione dei diversi interessi”²⁰.

Si comprende così come il tema abbia attratto la riflessione del filosofo, sempre più dentro “al conoscere e all'operare del giurista”²¹, nella ricerca di un giusto equilibrio fra legge e giurisdizione²², basato su chiare scelte di politica del diritto guidate da Logica e Dogmatica²³. Vediamola da vicino.

¹⁴ Mi permetto per i richiami un rinvio a Vettori, *Contratto e rimedi*, 4 ed., Milano. Wolters Kluwer, p.855.ss.

¹⁵ Gentili, op. cit. p. XVII.

¹⁶ D'Amico, op. cit. p. 607 ma v. la posizione di E.Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in Giust,civ.,2020,p.243.

¹⁷ Cass. 16 febbraio 1963, n. 357 in Foro pad. 1964, I, c.1283 con nota critica di Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*.

¹⁸ Vettori, *Contratto e rimedi*, cit.

¹⁹ Irti, *Un diritto incalcolabile*, in Riv.dir.civ, 2015, p. 11 ss e Id, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in Carleo,*Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 17 ss.

²⁰ D'Amico, voce *Giustizia contrattuale*, in Enc.dir. , Il contratto, Milano ,2021, p. 607

²¹ Si considera giustamente un classico il volume di Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit. p. 95.

²² Sul punto Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 63 ss; id. *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, in part. p.142-145 da un lato isolando l'auto-ordinarsi della società come filtro sistemico capace di scegliere “fra la folla dei fatti ed interessi solo quelli meritevoli di essere tutelati e promossi”, dall'altro non ripetendo all'infinito i difetti della giurisprudenza in un ordine politico, non solo nazionale, ove “la democrazia parlamentare offre la

Una bella analisi di alcuni anni fa esamina la struttura semantica delle clausole generali che appaiono come termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi non vaghi, ma indeterminati, da concretizzare con criteri esterni e interni al diritto²⁴, fra loro “potenzialmente concorrenti”, utilizzando il sillogismo, interno, per un controllo di coerenza fra premesse e decisione ed esterno per la scelta dello *standard* e del suo contenuto²⁵.

Se seguiamo questo metodo occorre formulare, per la decisione, una premessa maggiore largamente condivisa e una minore dettata dal caso.

Nella nostra vicenda la premessa maggiore è chiara.²⁶ Le origini romane, arricchite dalla dogmatica tedesca e rafforzate dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza anche italiana scandiscono un ordine consolidato. Dal dovere di correttezza e buona fede sorgono obblighi reciproci e autonomi di prestazione e di protezione. Questa tecnica di formazione giudiziale e sapienziale delle regole integra il rapporto credito-debito con precettività altra e diversa rispetto al rapporto voluto dalle parti. Essa “pone un limite all’esercizio del diritto di credito quando l’interesse del creditore entri in conflitto con un interesse del debitore che nel sistema degli interessi protetti assuma un valore preminente”²⁷.

La premessa minore deve considerare la carica normativa del fatto.

Come si è accennato esattamente la valutazione giudiziale deve attingere a quella che è stata definita la ‘legalità del caso’²⁸ o il dovere di verità dell’interprete nel ricercare la regola più “congrua, convincente, adatta, appropriata a soddisfare le esigenze pratiche alla base del fatto storico”. Falzea parla “di convenienza e adattabilità dell’effetto al fatto”²⁹ a cui deve obbedire anche il procedimento

figura di un legislatore spesso assente, spesso sordo, spesso impotente, spesso addirittura cosciente di dover abdicare alle vecchie pretese totalizzanti”

²³ Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè 1996, p. 51 nt 68 e il richiamo a Leibniz, 1968, p. 508 .

²⁴ Velluzzi, cit.p.56-57

²⁵ Gianformaggio, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di Di Ciotti e Velluzzi, Torino,2008, p. 28. Ove la conclusione che “un giurista privo di consapevolezza critica è un cattivo giurista” mentre “un filosofo del diritto che non conosce il diritto non è un filosofo del diritto”

²⁶ Velluzzi, cit.

²⁷ Mengoni, voce “Responsabilità contrattuale”, cit.

²⁸ Scognamiglio, *La Verwirkung e i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, in NGCC,2021, 2, p. 1189 e il richiamo a Viola, *La legalità del caso*, in *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale– La Corte costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Esi, 2007, 315 ss

²⁹Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica.II.dogmatica giuridica*,Milano, Giuffrè,1997, p.62.

ermeneutico³⁰. Scalisi osserva che “la regola deve recepire e conformarsi alla normatività insita nel fatto stesso”, richiamando le taglienti parole di Pugliatti: “ nel cuore del fatto non c’è soltanto l’essere, ma fuso insieme ad esso e inscindibile da esso c’è anche il dover essere”³¹. Parole limpide e chiare a tutti. L’interprete deve indagare la “carica di valore contenuta nel fatto e alla luce di essa interrogare il testo”³². Perché la giuridicità è comprensiva del dato positivo e del dover essere portato dai fatti, osservato in base a quello che scorre nella vita sociale³³.

Il nostro caso è emblematico. Quale che sia la motivazione dei componenti nella società familiare il diritto di credito non viene esercitato per sette anni e l’intimazione di pagamento si ha dopo il dissolversi della famiglia, in modo improvviso e con una richiesta integrale.

Accertata una violazione della buona fede per un contegno abusivo o fonte di un affidamento legittimo si transita nel campo delle tutele perché la buona fede e l’abuso di diritto, come figure che appartengono allo stesso genere, “superano il modello della fattispecie e degli effetti come espressione di un ordine rimediabile che si sovrappone all’obbligo voluto dalle parti, orientando e correggendone gli effetti”³⁴.

Si tratta di capire come e con quale strumento tecnico. E qui il compito spetta all’interprete nella delimitazione del fatto dovuto³⁵ e alla dogmatica nella scelta delle tecniche più appropriate al caso.

Sicché si può ricercare una volontà tacita della società di rinunciare al credito o di rimettere il debito. Se esiste una prova si potrà decidere in tal senso, motivando la possibilità di un effetto parziale della rinuncia, della remissione o *del pactum de non petendo*. Senza la quale lo strumento non sarebbe efficace al pari dell’inesigibilità, che ha una precisazione chirurgica nel limitare gli effetti in modo effettivo e proporzionale alla lesione inferta con il comportamento abusivo.

In mancanza resta una valutazione del solo comportamento conforme o contrario a buona fede.

Con una precisazione. Le due valutazioni sull’atto di rinuncia o remissione e sul comportamento omissivo, non si escludono a vicenda, ma concorrono nei limiti della compatibilità.

Sul punto si è espressa la grande lezione dogmatica risalente agli anni trenta del novecento³⁶, da cui muove la distinzione fra atto e i contegni formativi ed esecutivi che non si esauriscono nella

³⁰ Scalisi, op.cit, p. 1268

³¹ Pugliatti, *Per un convegno di diritto cosmico* (1961), in *Scritti giuridici*, VI, Milano, Giuffrè, 2012, p.44

³² Scalisi, op. cit. p.1266.

³³ Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 72 ss.

³⁴ Di Majo, *Obbligazioni e tutele*, Torino, Giappicchelli, 2019, p.67ss.

³⁵ Orlando, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in Riv.trim.dir.proc.civ.2011, p1034 ss.

fattispecie, ma giustificano una rilevanza autonoma rispetto alla validità o inefficacia dell'atto³⁷. Di ciò è consapevole la giurisprudenza italiana che nel distinguere fra regole di validità e di responsabilità, ammette queste ultime anche in presenza di un contratto valido ed efficace³⁸. Mentre tutte le fonti persuasive del diritto uniforme reputano sempre possibile un cumulo o un concorso della regola di validità e di efficacia e una forma di responsabilità aquiliana, contrattuale e precontrattuale³⁹. Il che

³⁶ Cammarata, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*(1929), in *Formalismo e sapere giuridico. Studi.*, Milano, Giuffrè, 1963, p.277 Chiave di volta della logica giuridica è :” la distinzione tra *l'elemento formale* e *l'elemento materiale* del diritto:altro è la norma, alt ma lo norma ro è l'insieme dei presupposti o condizioni cui la norma medesima subordina la propria applicazione:altro, in termini più poveri, è la regola, altro l'addentellato, il *support* della regola”. Id.p. 280 “senza il fatto, il valore non si particularizza mai nelle singole valutazioni:il fatto media il valore, perché senza il fatto,il valore resterebbe allo stato di mera virtualità”. Id. *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica.*, p. 345ss.in part,390-399

³⁷ Cammarata, cit.p. 392. “ogni figura di qualificazione giuridica si esaurisce, logicamente in sé stessa: nessuna ha in sé l'efficacia di dar luogo, per così dire, automaticamente, a nuove conseguenze giuridiche” ma la norma può assumere” come presupposto di conseguenze giuridiche un contegno, non in quanto atto giuridico qualificato, ma in quanto fatto... a tale situazione perciò, e non alla preesistente qualificazione giuridica, in quanto tale, la norma ricollega le conseguenze giuridiche”. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, Giuffrè, 1983 p.43ss.,Id. *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb.cont.*,2008,p.104ss, e in *Pers.merc.*2008: ma v. con estrema chiarezza Scalisi, *Invalidità e inefficacia:modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv.dir.civ.*,2003,p.210-214:”i comportamenti tenuti dalle parti nel corso dette trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale”

³⁸ Cass., Sez. Un., 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008, Cass. n.16937 del 2006, Cass. n. 2479 del 2007. e Vettori, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb.cont.*, 2008, ora in Id. *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271 ss. Id. Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi, in *Contratti*, 2008 p. 8. «Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronunzia di responsabilità. Perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità». Questa conclusione era già stata affermata dalla cassazione nel 2007 ma è ora ribadita con estrema lucidità e con profili del tutto innovativi, condivisi da una parte della dottrina

³⁹ L'art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti nell'art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto.La sentenza *Courage*³⁹ della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa.

contraddice l'idea che la clausola di buona fede sia regola del rapporto e non dell'atto⁴⁰. La clausola concerne la valutazione di comportamenti doverosi che non sono assorbiti dalla fattispecie ma concorrono con essa nella definizione di rimedi effettivi e adeguati alla soluzione del caso.

Dunque si può ipotizzare un risarcimento per la condotta abusiva e la violazione di un affidamento legittimo, provando il danno subito in base ad un onere che graverà sul danneggiato. Resta da esaminare una possibile inesigibilità del credito.

3. L'inesigibilità

La figura si distingue dalla impossibilità perché a differenza di quella "non produce effetti definitivi" limitandosi a provocare una stasi o un'inefficacia totale o parziale della pretesa per l'esistenza di un abuso o di un contegno del creditore che giustifica un *exceptio* fondata sulla prevalenza dell'interesse del debitore⁴¹. In presenza di circostanze che il par. 275 del BGB descrive come grave sproporzione, tratta dal contenuto dell'obbligo e dal giudizio di buona fede, escludendo la mera impotenza finanziaria o la semplice "esorbitanza"⁴².

Questo rimedio in Italia è costruito in modo diverso. Si tiene conto che l'attuazione del rapporto di credito "non risponde esclusivamente alla logica formale della conformità al titolo e alla legge, ma si adegua alla sostanza dell'assetto di interessi realizzato con l'obbligazione". Con un duplice livello di valutazione realizzato dalla fonte dell'obbligo e dall'art.1175 c.c., potenziato dai riferimenti alla tutela della persona alla cui salvaguardia "l'obbligazione è vocata in forza della sua struttura complessa"⁴³. Specie quando la posizione del debitore sia esposta a circostanze eccezionali come la crisi economica globale o la Pandemia⁴⁴.

Si deve poi distinguere *inesequibilità* ed *inesigibilità*⁴⁵: la prima "implica una valutazione del rapporto tra mezzi e scopo...tramite una diagnosi preliminare sul contratto interpretato alla luce dell'art. 1366 c.c." Mentre la inesigibilità presuppone una prestazione possibile, oggetto di obbligazione, il cui

⁴⁰ Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, In *Questione giustizia*, 2019, ma vedi anche Id. *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv.dir.civ.*,2006,I,p.131 ss.

⁴¹ Nicolussi, *Le obbligazioni*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p.36,42-43,93,109.

⁴² Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappicchelli, 2015 p. 447 ss. Dove si trova una compiuta analisi della dottrina tedesca e italiana sul punto.

⁴³ Piraino, op.cit. p.453-456.

⁴⁴ da ultimo Di Majo, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di Grisi, Napoli, 2014, p. 32ss. Id. *Obbligazioni e tutele*, Torino, Giappicchelli, 2019, p.179 ss.

⁴⁵ Gambino, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da Sacco, Torino, 2015, p.1991ss. e 560ss. E il richiamo a Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc.dir.*,XXXIX,Milano, 1988, ora in *Obbligazioni e negozio*.Scritti II, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano, 2011, p. 316, 332.

adempimento, in date circostanze, non può essere preteso dal creditore” per un termine non ancora scaduto (1185 c.c.), per l’esercizio di un’azione dilatoria (1460 c.c.) o nella forma dell’abuso del diritto “fungendo non da limite dell’obbligazione ai sensi degli artt. 1218 e 1256 c.c., bensì da autonoma ‘causa esimente’ del debitore”⁴⁶.

Questo rimedio ha un preciso seguito nel nostro ordinamento⁴⁷, anche se esiste una giurisprudenza oscillante⁴⁸, come ,sull’usura sopravvenuta, le decisioni dell’Arbitro bancario e finanziario⁴⁹ e della Corte di Cassazione.⁵⁰

⁴⁶ Gambino, op. cit. p. 193 e ancora L.Mengoni, op.cit.p. 334.

⁴⁷ Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, 1996, 283; eA. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1992, 125, nt. 1 e di recente Astone, *Ritardo nell’esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in Riv. dir. civ., 2005, II,603 ss., Ranieri, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Cedam, 1971, passim, Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978; Astone, *Venire contra factum proprium*, Jovene, 2006, spec. 93 ss., 139 ss., 153 ss.; Bozzi, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Cedam, 2008, spec. cap. V, §§ 6-9. Autori tutti citati da D’Amico, cit.

⁴⁸ V. sul punto D’Amico, cit.p.1167 e il riferimento a C Cass., 15.3.2004, n. 5240, in Foro it., 2004, c. 1397

(con Nota di Colangelo) e al Commento alla sentenza di Astone, *Ritardo nell’esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in Riv. dir. civ., 2005, II,603 ss.

⁴⁹ Decisione 21 marzo 2017 n.3090 : Il Collegio deve al riguardo richiamare il nuovo indirizzo della Cassazione (3 aprile 2013, n. 1796), secondo cui la norma d’interpretazione autentica recata dalla l. 28 febbraio 2001, n. 24, esclude la rilevanza dell’usura sopravvenuta ai soli fini della declaratoria di nullità della clausola ex art. 1815, 2° comma, c.c.; non consente anche, per converso, di consolidare l’efficacia, nel corso del rapporto, degli interessi divenuti nel frattempo usurari. Sviluppando tale impostazione, questo Collegio ha distinto opportunamente gli effetti dell’usura a seconda se riferiti al momento genetico dell’accordo o invece al momento funzionale (v., in particolare, ABF Napoli, n. 1796/2013, e poi da ult., ABF Napoli, n. 4664/2016); distinguo assai rilevante, poiché schiude il varco da un lato all’esclusione della ricorrenza di una fattispecie – qui palesemente inammissibile – di invalidità sopravvenuta del contratto di finanziamento o di una sua specifica clausola, *dall’altro lato alla configurazione, nella specie, di una mera inopponibilità al cliente dei tassi eccedenti rispetto al tasso soglia legale, trimestralmente rilevato*. Decisione 19 maggio 2016 n.46664: “Peraltro non è superfluo precisare che, in base agli orientamenti dell’Arbitro stabiliti da Collegio di coordinamento (decisione 77/2014), l’accertamento dell’usura sopravvenuta avrebbe come conseguenza solamente la declaratoria di inesigibilità degli interessi corrisposti sopra soglia, e non invece la gratuità del credito come sostiene il ricorrente: ciò in quanto, a seguito dell’interpretazione autentica introdotta dall’art. 1 del d.l. n. 394/2000, è stato chiarito che l’usura sopravvenuta non riguarda l’applicazione dell’articolo 644 del codice penale e dell’articolo 1815, secondo comma, del codice civile. Di conseguenza, il Collegio ritiene che la riconduzione del rapporto ai tassi effettivamente concordati (più bassi del tasso soglia) risulti soluzione anche più vantaggiosa al ricorrente che se si fosse accertata l’usura sopravvenuta.”

⁵⁰per tutti su “risorse e ambiguità della buona fede”: Gambino, *L’usura sopravvenuta e la negazione di effetti*, in Giust.civ.,2014,n.3. : La soluzione, in questa seconda chiave di lettura, dominata dalla buona fede, muove dal «rapporto», considerato nel suo concreto svolgersi e attuarsi. Si tratta di assumere, come luogo di incidenza delle variazioni successive, i comportamenti delle parti; immessi, per effetto di quelle variazioni, in un diverso contesto situazionale. Si delinea la correlazione tra esercizio del diritto e

A ben vedere l'inesigibilità esige una riflessione attenta sul rapporto tra interpretazione e comparazione⁵¹ che può aprire ad un'ermeneutica "storicamente adeguata"⁵² in risposta alle esigenze del fatto. Ma non solo. Occorre riflettere nel nostro ordinamento sul rapporto fra inefficacia e validità e sulla loro possibile coesistenza. Solo qualche cenno tratto da un pensiero limpido.

L'inefficacia colpisce l'effetto e implica "la mancata attribuzione di valore (in termini di possibilità o necessità di agire) ai modelli di comportamento prescelti dalle parti per la realizzazione dell'assetto di interessi avuto di mira". In tal caso il regolamento o il programma, pur rilevante e riconosciuto valido, rimane carente di effetti, perché l'ordine giuridico non ritiene che i comportamenti o le condotte, cui è affidata dalle parti la realizzazione del divisato assetto di interessi, possano formare oggetto di una qualificazione di valore". Sicché l'assetto di interessi "pur avendo ottenuto la garanzia giuridica della propria conservazione (validità) non riesce ciò nonostante a conseguire anche la garanzia giuridica della propria realizzazione".

Ciò può avvenire "per cause intrinseche all'effetto (indeterminatezza del soggetto o dell'oggetto)", ma anche per "ragioni estrinseche, e più propriamente ragioni di sistema" volte "ad impedire all'effetto di prodursi o di esplicarsi pienamente"⁵³ in presenza di un contegno in mala fede nella fase esecutiva di un obbligo, quando la clausola negoziale o la pretesa legittima, ma abusiva "è improduttiva di effetti non in quanto tale, ma *ab-extrinseco*". Perché, "avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, è contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola"⁵⁴, o considerare legittimo un contegno omissivo. In

adempiamento dell'obbligo. L'uno, che nel principio di buona fede trova limiti e condizionamenti; l'altro, che rinviene nell'interesse del creditore, nel risultato atteso, un criterio di valutazione. La nozione – inesigibilità – può però colorarsi di un significato forte e di un significato debole. In un senso, il fenomeno implica indebito oggettivo; sicché, in caso di avvenuto pagamento, il debitore ha diritto alla restituzione. Nell'altro, non si darebbe immediata corrispondenza tra inesigibilità e indebito. L'indebito presuppone l'invalidità o l'inefficacia della fonte, che qui manca. La situazione di inesigibilità, equiparabile a ciò che accade nella prescrizione, esige che il debitore la eccepisca. In mancanza, in caso di integrale adempimento, gli è preclusa l'azione di restituzione per indebito oggettivo. .

⁵¹ Grondona, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in Brutti Somma, (a cura di) *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Intitute, Francoforte, 2018 pp.219-244. | e il richiamo nella nota 6 a Betti.

⁵² Ascarelli, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica, in: Hobbes, Th., A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England / Leibniz, G.W., Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, Milano, 1960, p.64

⁵³ Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit. ora in, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, p.146-148.

⁵⁴ Così Cass.20 aprile 1994 n.3775 in Foro it.1995,I,1296, con nota di C.M.Barone (caso Fiuggi)

entrambi i casi è il fatto che orienta nella richiesta di una tutela che dia piena ed effettiva risposta ad un affidamento determinato da un silenzio, una inerzia o una tolleranza⁵⁵.

Dunque l'inesigibilità ben motivata e delimitata rientra, anche nel nostro ordinamento, fra le tutele possibili per la violazione della clausola generale di buona fede. e la recente sentenza della Cassazione ha il merito di aver riproposto il problema di ammissibilità di un rimedio, compatibile con il nostro ordine giuridico e utile per la soluzione di molti conflitti.

⁵⁵ Imbruglia, *La clausola di tolleranza*, in *Pers.merc.*,2017/4, p. 219 ss.

Tiziana Balduni

Scrivere sentenze (in materia tributaria) è attività extragiudiziaria?

Intervengo sulle disposizioni contenute nella proposta di modifica alla Circolare sugli incarichi extragiudiziari (pratica CSM n. 32/XX/2021 - odg del 23/3/2022), le quali riguardano i magistrati ordinari che operano nella giustizia tributaria, esprimendo l'auspicio che il CSM assuma una linea di giusto apprezzamento nei confronti di coloro che, rispondendo ad una chiara ed inequivocabile richiesta del Legislatore, hanno accettato di svolgere le funzioni giudicanti in un settore di grande importanza della giustizia italiana, il cui compenso, sovente, non è sufficiente neppure per la copertura delle spese.

Il CSM deve cioè prendere definitivamente atto che con le leggi 111/2011 e 183/2011, è stato ulteriormente chiarito che fare il giudice tributario non è una sorta di - pur pregevole - hobby, bensì uno dei modi di essere del magistrato "di carriera", che anche nello svolgimento delle funzioni di giustizia tributaria viene garantito nella sua terzietà ed indipendenza da un organo di governo autonomo - analogo a quelli che tutelano i giudici ordinari, amministrativi e contabili - che provvede alle nomine per concorso, ai trasferimenti, al conferimento degli uffici direttivi, al controllo disciplinare.

Sempre vi sono stati nella giustizia tributaria uffici (direttivi e semidirettivi) riservati ai magistrati di carriera (la cui assenza avrebbe quindi paralizzato la giustizia tributaria), ma si è aggiunto addirittura un concorso per giudice tributario riservato ai magistrati ed una legge che ha disposto l'immissione nelle funzioni di giudice tributario di tutti gli idonei¹; mentre l'art. 39, comma 2, lett. d), D.L. 6 luglio

¹ Ai sensi dell'art. 1, comma 33, L. 228/2012, il comma 39 dell'art. 4 L. 183/2011 è stato così modificato: " 39. Tutti i candidati risultati idonei all'esito del concorso bandito in data 3 agosto 2011 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, 4^a serie speciale, n. 65 del 16 agosto 2011, sono nominati componenti delle commissioni tributarie ed immessi in servizio, anche in soprannumero, nella sede di commissione tributaria scelta per prima da ciascuno di essi. Gli stessi entrano a comporre l'organico della commissione tributaria prescelta a misura che i relativi posti si rendono progressivamente vacanti «, previo espletamento della procedura di interpello di cui al comma 40»[1] e da tale momento sono immessi nelle relative funzioni. Ai componenti in soprannumero il compenso, in misura fissa e variabile, e' riconosciuto solo in relazione agli affari trattati successivamente alla data in cui i medesimi, anche per effetto di trasferimento, entrano a comporre l'organico di una sede di commissione tributaria e sono immessi nelle

2011, n. 98, convertito dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, ha stabilito che: “*per le commissioni tributarie regionali i posti da conferire sono attribuiti in modo da assicurare progressivamente la presenza in tali commissioni di due terzi dei giudici selezionati tra i magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, in servizio o a riposo*”.

E come sarebbe possibile realizzare questi obiettivi legislativi se non vi fossero magistrati ordinari disponibili?

Il magistrato ordinario - giudice tributario non merita di essere considerato una sorta di “*sorvegliato speciale*”, bensì deve essere apprezzato come un giurista, che impegna una parte del suo tempo là dove il legislatore vuole che vada.

La più recente circolare sugli incarichi extragiudiziari dei magistrati ordinari (Circolare n. P 22581 del 9 dicembre 2015, così come modificata con delibera del 12 aprile 2017) non dà compiutamente atto di questa realtà. Sembra, invece, che il CSM faccia riferimento alla visione oramai abbandonata da decenni secondo cui le commissioni tributarie erano organi amministrativi di conciliazione o mediazione fra opposti interessi². E questo errore di impostazione è presente, ed addirittura rafforzato, anche nella proposta di delibera ora rimessa all'esame del “*plenum*”; proposta che, del resto, appare incongruente laddove, al suo art. 2, riconosce che presso gli organi di Giustizia tributaria, i magistrati svolgono una *funzione giudiziaria* e non meramente conciliativa od arbitrale.

La stessa collocazione delle disposizioni relative ai magistrati tributari nella circolare: “*in materia di incarichi extragiudiziari*” appare erronea, trattandosi non di magistrati cui è conferito un “*incarico extragiudiziario*”, bensì di coloro che esercitano le loro funzioni anche nella giustizia tributaria.

Nelle linee guida premesse della Circolare del 2015 traspare ancora ingiusta diffidenza verso i giudici tributari e si legge: “*l'esercizio delle funzioni giudiziarie presso gli organi di giustizia tributaria continua a non abbisognare in generale alcuna forma di autorizzabilità: tuttavia, la modifica introdotta ha lo scopo di rendere effettiva*

funzioni. Dall'attuazione delle disposizioni contenute nel presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

² Questa concezione è stata definitivamente superata con la legge delega 9.10.1971, n. 825 (art. 10, n. 14) e il d.P.R. delegato 26.10.1972, n. 636,

una forma di controllo successivo in luogo di quella del controllo generalizzato biennale, prevista nel testo previgente della circolare, che era una forma di verifica sostanzialmente rimasta inattuata (articolo 2.2.)”.

Tale impostazione risulta viepiù ribadita e rafforzata nella relazione di accompagnamento alla proposta di modifica della circolare rimessa ora alla valutazione del plenum del CSM, che prendendo le mosse dalla giusta premessa secondo cui: *“La compatibilità del contemporaneo esercizio delle funzioni di giudice tributario e di quelle di giudice ordinario è stata valutata direttamente dal legislatore il quale ha ritenuto in tal modo di perseguire l’interesse pubblico ad assicurare agli utenti una giurisdizione altamente qualificata ed ai magistrati un’occasione di sicuro arricchimento professionale”*, giunge tuttavia a prevedere che: *“Questo, però, non significa che il Consiglio non debba attivare un penetrante meccanismo di controllo ex post sul contemporaneo svolgimento delle funzioni giurisdizionali ordinarie e tributarie; controllo che deve essere supportato dall’ausilio dei dirigenti degli uffici... Si è ritenuto necessario porre attenzione a questo tema in quanto lo svolgimento delle funzioni di giudice tributario è pur sempre una attività giurisdizionale che, ove fosse svolta senza la dovuta attenzione e, quindi, in modo poco dignitoso, danneggerebbe l’immagine della magistratura”*. Con ciò, apertamente sottintendendo possibile carenza di professionalità e trascuratezza di chi si dedica a questo settore.

E tale diffidenza è trasfusa poi anche nel novellato art. 2, comma 2.4, della circolare (nonché negli artt. 7 commi 7.3 e 7.5; 16, comma 2^{gter}; 17, comma 3^b; 19, comma 9), che prevedono una sorta di sorveglianza speciale sui giudici tributari, richiesti, tra l’altro, di redigere un’autodichiarazione attestante l’eventuale svolgimento delle funzioni di giudice tributario con indicazione della funzione (magistrato, Presidente di Sezione, Presidente di Commissione), sede e sezione di appartenenza, di eventuali applicazioni temporanee o supplenze con carattere di stabilità ad ulteriori sedi o sezioni, e del numero di udienze tenute mensilmente, nonché delle sentenze depositate nell’anno di riferimento ed, addirittura, dell’impegno orario complessivo riferito al medesimo lasso temporale, quasi che il tempo dedicato alla partecipazione alle udienze ed alla redazione di sentenze possa essere quantificato preventivamente e finanche contenuto in un monte orario non previsto da alcuna disposizione di legge.

Le disposizioni di cui sopra, appaiono viepiù inutili ed incongruenti se sol si consideri che l’art. 24 della circolare in oggetto prevede che l’attività in questione non possa essere valutata positivamente ai fini del giudizio di professionalità e che vi è un organismo autonomo – il Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria – deputato al controllo su tutti i giudici tributari, indipendentemente dalla loro estrazione professionale.

Perciò propongo al CSM che la attività presso le Commissioni Tributarie non sia considerata “*extragiudiziaria*”, bensì – come discende dalla Costituzione e dalla legge - “*giudiziaria*”, e si traggano le debite conseguenze da questa corretta impostazione. Ad esempio, affermando che alla giustizia tributaria non si applica l’art. 24 della circolare cit. secondo cui: “*tutti gli incarichi extragiudiziari non sono valutabili ai fini del giudizio di professionalità*”.

L’applicazione di tale disposizione alle sentenze deliberate e redatte nella materia tributaria costituisce oggi un vero e proprio assurdo logico, posto che il giudice tributario affronta e risolve un gran numero di questioni che sono comuni alla materia civilistica e processual-civilistica ed interpella - alla pari di tutti gli altri giudici - la Corte Costituzionale e la Corte Europea di Giustizia.

Da ultimo, ricordo l’imminenza di decisioni di riforma della giustizia tributaria che potrebbero comportare ulteriori modifiche fondamentali nel regime dei magistrati ordinari che operano nelle commissioni tributarie.

La relazione finale redatta dalla “*Commissione della Cananea*” non ha operato le scelte di fondo, per cui ora si attendono le proposte della nuova Commissione interministeriale “*degli otto*” e sopra tutto della Politica.

Basterà in proposito ricordare che è sul tappeto la proposta (valutata da alcuni come ottimale) di assicurare una maggiore professionalità dei giudici tributari prevedendo la applicazione temporanea a tempo pieno presso le Corti d’Appello tributarie di magistrati ordinari, contabili, amministrativi.

Anche coloro come il prof. Franco Gallo che ritengono invece di preferire la nascita di un corpus di magistrati tributari di carriera reclutati per concorso, propongono poi l’applicazione alle commissioni tributarie di alcuni magistrati di carriera come temporanea “*soluzione ponte*” in attesa che i concorsi per esami diano il loro frutto e i magistrati tributari di carriera raggiungano una anzianità adeguata per accedere alle funzioni direttive.

Ed è evidente come simili proposte rispecchino la inclusione della giustizia tributaria fra le attività proprie dei giudici e, quindi, giudiziarie.

Cesare Parodi

Intercettazioni e reati intrafamiliari: quali problemi?

Il tema delle intercettazioni presenta alcune specificità in relazione ai reati in ambito familiare.

In primo luogo, non sono infrequenti, da parte delle persone offese (e, a volte degli stessi indagati) registrazioni private dirette a documentare la natura e la “qualità” dei rapporti oggetto di accertamento. La registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, da chi vi abbia partecipato o sia stato comunque autorizzato ad assistervi **non è riconducibile alla nozione di intercettazione ma costituisce prova documentale**, a condizione che l'autore abbia effettivamente e continuativamente partecipato o assistito alla conversazione registrata. Prova documentale che potrà essere acquisita ai sensi dell'art. 234 c.p.p.¹, ferma restando la necessità di verificare la riferibilità a soggetti individuati dal contenuto delle conversazioni.

In relazione ai presupposti di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p.p., certamente i reati di cui agli artt. 572 c.p., 609 bis ss, 612 bis e 612 ter c.p. consentono in astratto l'attività di captazione, laddove indispensabili e in presenza di gravi indizi di reato. In concreto, tuttavia, occorre osservare – se consideriamo le ipotesi di reato in ambito familiare o analoghe (escludendo quindi, per le condotte di violenza sessuale, atti persecutori e *revenge porn* i fatti posti in essere da soggetti sconosciuto o comunque non identificati, trattandosi di situazione nella quali le intercettazioni possono consentire di individuare l'autore dei fatti) che l'esigenza di dare sollecita tutela alle persone offese rende frequentemente inutile la captazione, ogni qual volta l'autore della condotta deve essere posto nella condizioni di non proseguire nell'attività criminosa, divenendo, pertanto, consapevole dell'esistenza dell'indagine.

In termini differenti si pone il problema per i maltrattamenti e- in determinati casi- per gli abusi sessuali intrafamiliari. Specie laddove le persone offese (per ragioni di età o di limitazione psicofisiche) non si trovino nella condizione di poter riferire compiutamente sulle violenze di varia natura subite (e ove in analoga situazione per timore o altro, si trovino altri membri del nucleo familiare), **le intercettazioni ambientali** possono costituire il principale strumento per accertare le responsabilità.

E' noto come – da alcuni anni- le intercettazioni a mezzo di **captatore informatico** installato su un dispositivo mobile rappresentino il mezzo più efficace anche per captazioni di questa natura, fermo restando come anche l'installazione di microfono tradizionali, in ambito domestico, possono contribuire efficacemente alla ricerca della prova.

Proprio l'utilizzo del captatore impone una sintetica ricognizione dello “stato dell'arte”. I delitti sopra indicati non rientrano tra quelli di cui all'art. 266 comma 2 bis c.p. di modo che «l'intercettazione

¹ Ex plurimis, Cass. pen. Sez. V, 11 febbraio 2019 (dep. 29 marzo 2019) n.13810, Ced 275237

di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile” potrà avvenire “qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale..... solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

Il P.M. e quindi l'organo giudicante sono chiamati ad effettuare una specifica valutazione sul *fumus committendi delicti* in relazione al luogo di svolgimento dell'intercettazione; un giudizio prognostico, in base al quale gli esiti dell'intercettazione saranno utilizzabili non tanto laddove si ritenga che sia in corso la flagranza di uno dei reati previsti dall'art.266 c.p.p. quanto - a prescindere dalla flagranza del reato- nel caso in cui gli elementi, valutati *ex ante*, siano tali da rendere verosimile la commissione di uno di tali reati. Per altro, il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, non postula poi che detta attività debba essere stata effettivamente sussistente, dovendosi considerare sufficiente, sulla base del testuale dettato normativo, che dell'attività in questione possa, con giudizio *ex ante*, ragionevolmente ritenersi la sussistenza all'atto dell'emanazione del provvedimento di autorizzazione all'effettuazione delle operazioni.²

Ai sensi dell'art. 267 **c.p.p.** (Presupposti e forme del provvedimento), inoltre il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica:

- le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini
- per i delitti oggetto della presente trattazione i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.³

In concreto, si deve osservare che l'intercettazione ambientale a mezzo del captatore può essere disposta laddove emergano elementi indicativi di una concreta prosecuzione dei maltrattamenti o degli abusi sessuali. Laddove, al contrario, l'indagine si diretta ad accertare condotte riferibili al passato- anche se gravi- attraverso atti di stimolo di ricordi o commenti degli stessi (situazione frequente nelle indagini in ambito familiare) il captatore non potrà essere utilizzato per le intercettazioni in luogo di privata dimora (in ogni caso, non consentite), mentre potrà essere utilizzato per intercettazioni ambientali in luoghi diversi a condizione che venga predisposto un progetto investigativo in grado di

² Cass. pen. Sez. I, n.1367, 12 dicembre 1994 (dep. 10 febbraio 1995) n. 1367, Ced 200242

³ Si deve rilevare che, ai sensi dell'art 267 comma 2 bis c.pp..per i delitti in oggetto non è previsto in ogni modo l'attivazione dell'intercettazione a mezzo del captatore in via di urgenza da parte del p.m.

consentire una valutazione preventiva su luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, nei quali verrà disposta l'attivazione del microfono. Si pensi, ad es., a un luogo di lavoro o di frequentazione di uno o più dei familiari oggetto dell'indagine. Qualche dubbio pare, infine, legittimo, con riguardo all'obbligo di motivazione sulle ragioni che rendono necessario l'uso del captatore. Vi è la concreta possibilità - stante la oggettiva maggiore efficacia delle captazioni ambientali con tale strumento - che le ragioni possano essere individuate a mezzo di semplici formule di stile riferibili a tale oggettiva e non facilmente confutabile osservazione tecnico-operativa.

Assume una specifica rilevanza per il settore in oggetto la disposizione di cui all'art. 268 c.p.p. (Esecuzione delle operazioni) il cui comma 2 bis stabilisce «Il pubblico ministero dà indicazioni e vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini». Il legislatore ha voluto riportare - a differenza di quanto originariamente previsto dalla riforma delle intercettazioni - il P.M. al centro delle scelte non solo in relazione alla conduzione delle indagini, ma anche sulla tutela in concreto dei diritti dei soggetti privati in relazione al "bene" riservatezza.

La legge non specifica, tuttavia, cosa debba intendersi **indicazioni e vigilanza**. Le indicazioni devono essere contenute in direttive generali da applicare a tutti i procedimenti o esiste un potere-dovere del singolo P.M. di fornirle e/o integrare quelle generali? Nella relazione del massimario alla riforma si legge che «indicazioni contenute in circolari generali ben difficilmente potranno tener conto delle specificità della singola indagine e delle captazioni che in quel determinato contesto potranno porre il problema della rilevanza e della necessità della trascrizione». Si deve ritenere che, pur in mancanza di una norma che impone al pubblico ministero di adottare specifiche indicazioni ex art. 268, comma 2-bis, c.p.p. per ciascun procedimento e dovendosi, pertanto, ritenere sufficiente l'adozione di circolari generali, nulla esclude che tali indicazioni possano essere adeguatamente specificate e integrate con riguardo a quei procedimenti che, per argomenti, oggetto di indagine e soggetti coinvolti, dovessero richiedere una maggiore e specifica attenzione al rispetto della riservatezza e della tutela dei dati sensibili. Tra queste potrebbero esservi indubbiamente **i reati in ambito familiare**.

La funzione di vigilanza alla quale è tenuto il P.M. è diretta a assicurare che la P.G. effettui una rigorosa selezione delle intercettazioni rilevanti e utilizzabili a fini processuali e a evitare, ex art. 268, comma 2, c.p.p., che nei verbali di trascrizione siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o riguardanti dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini. A tale fine si rende necessaria **un'interlocuzione costante, anche**

informale (secondo quanta solitamente avviene nella fase delle indagini preliminari, ossia in una fase per sua natura non inquadrabile in rigidi e schematici protocolli), del P.M. con gli organi di P.G. delegati alle operazioni, onde evitare che nei c.d. brogliacci di ascolto o verbali di trascrizione sommaria sia documentato il contenuto di conversazioni manifestamente irrilevanti o inutilizzabili.

Il P.M. non può vigilare in concreto su tutto: il controllo del P.M. sulle intercettazioni di cui non va disposta la trascrizione sarà limitato ai soli casi in cui la P.G. riterrà dubbia la possibilità di procedere alla trascrizione. Le circolari operative di molte Procure forniscono indicazione preventiva alla P.G., specificando non solo i casi in cui la trascrizione non deve essere effettuata, ma anche tempistica e modalità di comunicazione con il pubblico ministero, al fine di rendere effettiva l'attività di vigilanza imposta dal novellato art. 268, comma 2-bis, c.p.p.

Nello specifico, il limite alla trascrizione si pone per le espressioni lesive della reputazione o persone o riguardanti dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini.

Una formula che pone alcuni problemi, rilevanti nel caso di specie, in quanto proprio in ambito familiare possono essere oggetto di captazioni riferimenti a dati personali sensibili che pure potrebbero assumere una valenza probatorio per le indagini. Telefonate relative a una relazione extraconiugale, del tutto (verosimilmente) irrilevanti in un'indagine per reati contro la p.a. o societari, possono indubbiamente assumere grande rilievo in un'ipotesi di maltrattamenti. Nella materia *de quo*, la ricostruzione dei rapporti personali, nelle loro varie sfaccettature, difficilmente potrebbe essere ritenuta non rilevante (es. rapporti familiari e interpersonali). Esiste, per altro, un rischio – a fronte di una non particolare utilità probatoria- di andare incontro, con trascrizioni troppo ampie, a rilevanti lesioni alla riservatezza delle persone coinvolte? Di certo, alcune questioni devono essere affrontate.

In primo luogo, se le espressioni sono comunque riportate nei verbali, non vi sono **sanzioni processuali**, in assenza di una specifica previsione di nullità o inutilizzabilità; si tratta di mera irregolarità processuale, in quanto tale non produttiva di effetti in ordine alla validità dell'acquisizione probatoria, eventualmente rilevante solo sotto il profilo disciplinare ai sensi dell'art. 124, comma 1, c.p.p. La prova acquisita mediante le intercettazioni è quella documentata con la registrazione: il contenuto della trascrizione non può inficiare il valore probatorio del dato registrato

In secondo luogo, cosa si deve intendere per espressioni lesive della reputazione delle persone o relative a dati personali sensibili? Le **espressioni** sono le formule espressive utilizzate (e allora il contenuto potrebbe essere riportato, in altro modo) oppure anche il contenuto in senso stretto ?

Per la relazione dell'**Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione**⁴, appare preferibile un'interpretazione logico-sistematica dell'art.268, comma 2-bis, c.p.p., sulla base della quale ritenere che la selezione vada operata in considerazione del contenuto della conversazione e non già con riguardo alle mere espressioni impiegate.

In terzo luogo, occorre precisare il significato del termine **rilevanza**: si tratta di un bilanciamento tra l'esigenza alla riservatezza e quella alla completezza delle indagini preliminari, che porta a dare prevalenza a quest'ultima esigenza in caso di conflitto. In questo senso, tuttavia, la rilevanza dell'art. 268 comma 2 bis non può identificarsi *tout court* con quelle dell'art. 268 comma 6 c.p.p.?

La rilevanza del comma 2-bis è applicata nel corso delle indagini preliminari e, cioè, in un momento in cui l'individuazione dei fatti potenzialmente utili ai fini di prova è ancora in divenire. Il vaglio sulla rilevanza può essere meno rigoroso e deve essere calibrato sulle esigenze investigative in atto, potenzialmente aperte a sviluppi non facilmente delineabili nel loro evolversi.

La rilevanza cui si dovrà attenere il giudice nell'escludere le intercettazioni ai sensi dell'art. 268, comma 6, c.p.p., atteso che tale selezione avviene, di norma, ad indagini concluse o quanto meno ad intercettazioni concluse, quando è possibile compiere una valutazione in ordine all'effettiva utilità probatoria dei risultati delle captazioni che può essere proiettata già nell'ottica del giudizio e non espressiva delle sole esigenze investigative.⁵

Specie nelle indagini ad ampio raggio (si consideri un periodo di maltrattamenti o abusi di particolare ampiezza temporale) di frequente la rilevanza di una singola conversazione può emergere in una fase ulteriore dell'indagine, così che una mancata indicazione del contenuto sui brogliacci (sui quali deve comparire, se giudicato in un primo momento relativa a conversazioni non rilevanti, solo data, ora e dispositivo su cui la registrazione è intervenuta) potrebbe rendere, se non impossibile, molto difficile tale rivalutazione.

⁴ Corte suprema di cassazione - ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su novità normativa. La legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Rel: 35/20 Roma, 23 marzo 2020 in www.sistemapenale.it

⁵ Cfr. Corte suprema di cassazione - ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su novità normativa Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia (legge 23 novembre 2021, n. 178), 2 dicembre 2021, in www.sistemapenale.it

La mancata indicazione, quantomeno sommaria, del contenuto di molte conversazioni nei brogliacci imporrà alla difesa, a tempo debito, un ascolto generalizzato delle tracce; una scelta certamente percorribile ma indubbiamente onerosa e, per vari aspetti, rischiosa. Anche per la pubblica accusa.

Alessandro Centonze

Punti fermi e questioni ancora controverse nella giurisprudenza in tema di terrorismo interno

SOMMARIO: 1. Le finalità di terrorismo dell'ordine democratico e le macro-aree dell'eversione interna. – 2. La partecipazione alle associazioni terroristiche dell'estrema sinistra di matrice brigatista. – 2.1. L'inquadramento sistematico della finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico interno. – 2.2. L'applicazione dell'aggravante di terrorismo di cui all'art. 1 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625. – 3. La partecipazione alle associazioni terroristiche appartenenti all'area dell'estrema destra stragista. – 4. La partecipazione alle associazioni terroristiche di matrice *no-global* e ambientalista. – 4.1. L'accertamento processuale del contesto nel quale l'attentato di matrice *no-global* e ambientalista si verifica: l'individuazione delle finalità perseguite.

RIFLESSIONI IN MEMORIA DI EMILIO ALESSANDRINI E GUIDO GALLI

1. Le finalità di terrorismo dell'ordine democratico e le macro-aree dell'eversione interna.

Il materiale giurisprudenziale su cui mi soffermerò nella presentazione di questa sessione l'ho scelto seguendo un criterio basato sull'inquadramento generale dei fenomeni terroristici ed eversivi, ricostruito attraverso alcune sentenze di legittimità, che ho selezionato per la loro esemplarità rispetto alle tematiche che intendo introdurre, relative all'inquadramento dei reati commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico¹.

Ho ritenuto, pertanto, opportuno seguire, dopo un'accurata ricerca del materiale giurisprudenziale funzionale al percorso ricostruttivo che volevo compiere e al gruppo di lavoro nel quale intervengo, una soluzione espositiva di natura tendenzialmente casistica, incentrata sul percorso pluriennale compiuto dalla giurisprudenza di legittimità sulle tematiche oggetto della mia presentazione, che riguardano le connotazioni strutturali dei reati di terrorismo "interno"².

¹ Relazione di presentazione al gruppo di lavoro denominato "Punti fermi e questioni ancora controverse nella giurisprudenza in tema di terrorismo", svoltosi il 19 luglio 2022, nell'ambito dell'incontro di studi organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura a Milano, intitolato "Il contrasto al terrorismo" (Corso intitolato a Emilio Alessandrini e Guido Galli).

² Ritengo opportuno segnalare che ho seguito questo metodo espositivo in alcuni precedenti interventi formativi, i cui esiti sono sintetizzati in A. CENTONZE, *La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le esperienze emerse con riferimento al terrorismo "nazionale"*, in *Dir. viv.*, 2019, 3, pp. 16 ss.; ID., *La partecipazione alle associazioni terroristiche: le macro-aree dell'eversione interna, i reati fine e le fattispecie monosoggettive. Riflessioni in memoria di Guido Galli*, in *Giustizia Insieme* (www.giustiziainsieme.it), 8 settembre 2021, pp. 1 ss.

Questa soluzione seminariale, se ha reso più laboriosa l'attività preparatoria della presentazione, a causa della stratificazione del materiale giurisprudenziale, mi ha consentito di recuperare alcune importanti pronunzie di legittimità, che, pur essendo state massimate, sono state, a fronte della loro esemplarità, trascurate nel dibattito sui temi che esporrò.

Vorrei, quindi, parlare, mediante sintetici richiami, di alcune pronunzie di legittimità particolarmente sintomatiche – sia per il loro contenuto giurisdizionale, sia per la risonanza mediatica dei fatti di reato giudicati, sia per la chiarezza delle argomentazioni esposte in tali provvedimenti decisorii – rispetto ai fenomeni terroristico-eversivi relativi al “terrorismo brigatista”, al “terrorismo di estrema destra” e al “terrorismo *no-global* e ambientalista”.

Mi sembra anche doveroso segnalare che, nei miei precedenti interventi seminariali su analoghe tematiche, mi sono soffermato anche sul “terrorismo secessionista”³ – che rientra nel più ampio *genus* del “terrorismo separatista” europeo –, del quale, però, non mi occuperò nell'ambito di questa presentazione, ferma restando la possibilità di brevi richiami giurisprudenziali, funzionali alla chiarificazione delle tematiche affrontate, essendo tale fenomeno criminale sostanzialmente recessivo rispetto alle altre macro-aree terroristiche.

Di questi, complessi, fenomeni terroristici, dunque, ritengo di dovere parlare attraverso il richiamo dei passaggi salienti del percorso argomentativo seguito nei vari provvedimenti decisorii citati, cercando, nei limiti del consentito, di effettuare una ricostruzione quanto più possibile fedele di ciascuna pronuncia e degli obiettivi didattici perseguiti in questo gruppo di lavoro.

2. La partecipazione alle associazioni terroristiche dell'estrema sinistra di matrice brigatista.

Per uno sguardo d'insieme sulle tematiche affrontate in questa sessione si ritiene utile richiamare anche gli interventi di A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2015, pp. 1 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, pp. 753 ss.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, pp. 926 ss.; F. RESTA, *Ancora su terrorismo e stato di crisi*, in *Ind. pen.*, 2011, 505 ss.; A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270 sexies c.p. (Prendendo spunto da un'azione dimostrativa dell'Animal Liberation Front)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 21 febbraio 2013, pp. 1 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, pp. 655 ss.

³ Mi sono, in particolare, occupato del “terrorismo secessionista”, nel più ampio contesto del “terrorismo separatista” attivo in alcuni Paesi europei, in A. CENTONZE, *La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le esperienze emerse con riferimento al terrorismo “nazionale”*, cit., pp. 29-32.

Nella nostra panoramica, occorre muovere dalle pronunzie che riguardano i fenomeni terroristici riconducibili all'estrema sinistra di matrice brigatista, ai quali ci si riferirà allo scopo di evidenziare quali fattispecie vengono in rilievo in tale ambito consortile.

Occorre premettere che queste organizzazioni terroristiche, generalmente, dispongono di una struttura operativa fortemente gerarchizzata, con una ripartizione di ruoli direttivi ed esecutivi, che, sul piano associativo, assume rilievo ai sensi degli artt. 270, 270-*bis* e 306 c.p.

In questa cornice sistematica, allo scopo di comprendere la rilevanza delle fattispecie di reato rispetto alle organizzazioni terroristiche di matrice brigatista, alcune considerazioni metodologiche si impongono.

Si consideri che queste organizzazioni di ispirazione marxista-leninista, generalmente, fanno circolare le proprie ideologie rivoluzionarie attraverso la stampa periodica clandestina, diffondendola mediante distribuzione cartacea e pubblicando interventi che assumono connotazioni apologetiche, rilevanti *ex artt.* 414 e 415 c.p.⁴

Si consideri che queste organizzazioni terroristiche risultano fondate su un programma "rivoluzionario", che prevede l'uso sistematico della violenza, anche con l'impiego di armi micidiali, che devono essere reperite dagli esponenti della struttura associativa che si sta considerando. Le attività di reperimento di armi, munizioni ed esplosivi, a loro volta, danno origine a una pluralità di reati-fine, caratterizzati da finalità terroristiche, tendenzialmente riconducibili alla disciplina generale in materia di armi.

Si consideri che queste organizzazioni terroristiche, secondo quanto affermato in diverse sentenze di legittimità, sono governate da un nucleo ristretto di soggetti, non sempre conosciuti dalla

⁴ Sulle connotazioni apologetiche delle comunicazioni e delle pubblicazioni di ispirazione terroristica, in termini generali, si rinvia a Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2018, El Mahdi, n. 1970, in *C.E.D. Cass.*, n. 276453-01; Cass. pen., Sez. I, 4 aprile 2017, Dibrani, n. 24103, in *C.E.D. Cass.*, n. 270604-01; Cass. pen., Sez. I, 6 ottobre 2015, Halili, n. 47489, in *C.E.D. Cass.*, n. 265265-01; Cass. pen., Sez. I, 3 novembre 1997, Galeotto, n. 10641, in *C.E.D. Cass.*, n. 209166-01.

Queste pronunzie di legittimità, a loro volta, traggono origine dall'arresto giurisprudenziale risalente, espresso dalla sentenza Cass. pen., Sez. I, 27 settembre 1991, Mazzucchelli, n. 3422, in *C.E.D. Cass.*, n. 188454-01, nella quale veniva affermato il seguente principio di diritto: «È configurabile l'apologia di reato sotto forma di istigazione a delinquere nel fatto di erigere un monumento a perenne memoria – additandola ad esempio – a persona nota per avere spento la vita di un capo di Stato, qualora si accerti che, nonostante la lontananza storica dell'assassinio, sussiste attualmente e concretamente la possibilità che l'erezione del monumento eserciti una forza di suggestione e di persuasione tale da poter stimolare la commissione di altri fatti criminosi, corrispondenti o similari a quello esaltato».

base della consorzeria, che impongono l'enucleazione dei processi decisionali attraverso cui si elaborano le strategie associative *ex artt. 270, 270-bis e 306 c.p.*

Si consideri che queste organizzazioni terroristiche dispongono di una cassa comune, gestita da affiliati della struttura associativa, che rispondono, sotto il profilo organizzativo, ai componenti di vertice del sodalizio, che avallano le condotte illecite relative a tale segmento criminale, rilevanti *ex art. 648-bis c.p.*

Si consideri che queste organizzazioni terroristiche, generalmente, dispongono di una sede centrale e di alcune sedi periferiche, che vengono coordinate tra loro dai vertici del gruppo, presso le quali, molto spesso, vengono rinvenuti gli arsenali militari a disposizione del sodalizio.

Si consideri che queste organizzazioni terroristiche dispongono di un cospicuo materiale ideologico, che, generalmente, viene sequestrato nel corso delle indagini preliminari, durante le attività di perquisizione effettuate presso le basi logistiche delle consorzerie, tra cui quello apologetico già richiamato, rilevante ai sensi degli artt. 414 e 415 c.p.

Si consideri, infine, che queste organizzazioni terroristiche, oltre alle attività delittuose finalizzate a consentire il sostentamento degli affiliati e l'elaborazione delle strategie eversive, generalmente, pianificano alcuni attentati particolarmente eclatanti, commessi in danno di esponenti di spicco della società civile o del mondo delle professioni – come, limitandoci a richiamare i più recenti episodi, nel caso degli omicidi dei docenti universitari Ezio Tarantelli, Roberto Ruffilli, Massima D'Antona e Marco Biagi⁵ –, per i quali, laddove tali attentati non si concretizzano, si pongono delicati problemi di accertamento del superamento della soglia di punibilità delle condotte illecite, in linea con la questione della repressione degli atti pretipici nel tentativo⁶.

⁵ Si tratta, com'è noto, di una strategia eversiva affermata nel corso degli anni Settanta del secolo scorso, in conseguenza della quale vennero assassinati numerosi esponenti delle istituzioni nostrane, tra cui diversi magistrati, come Guido Galli, alla memoria del quale l'incontro di studi nel quale è stato presentato questo intervento è dedicato.

Su queste tematiche, da un punto di vista storico-giornalistico, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia agli studi di P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006; M. CALVI - A. CECI - A. SESSA - G. VASATURO, *Le date del terrore. La genesi del terrorismo italiano e il microclima dell'eversione dal 1945 al 2003*, Sossella, Roma, 2003; L. SCIALÒ, *Le stragi dimenticate. La strategia della tensione secondo la Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia*, Boopen. Napoli, 2008; B. TOBAGI, *Piazza Fontana. Il processo impossibile*, Einaudi, Torino, 2019.

⁶ Sul problema della punibilità degli atti pretipici, con particolare riferimento, alle attività propedeutiche all'esecuzione di un omicidio, si rinvia a Cass. pen., Sez. II, 12 luglio 2019, Raicevic, n. 36311, in *C.E.D. Cass.*, n. 277032-01; Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2010, Resa, n. 27918, in *C.E.D. Cass.*, n. 248305-01;

2.1. L'inquadramento sistematico della finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico interno.

Nella cornice richiamata nel paragrafo precedente, il punto di riferimento normativo indispensabile per inquadrare le finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico interno, è rappresentato dalla disposizione dell'art. 270-*sexies* c.p., intitolato «Condotte con finalità di terrorismo», a tenore del quale: «Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia».

Si tratta di una disposizione, che, nella sua formulazione normativa, come evidenziato dalla Suprema Corte, ha recepito le indicazioni della Convenzione di New York⁷, che consentono di ritenere «connotate da finalità di terrorismo quelle condotte: 1) che “per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un Paese o a una Organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici, o un'Organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto”; 2) che possono “destabilizzare, o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'Organizzazione

Cass. pen., Sez. I, 12 ottobre 2001, Mereu, n. 43406, in *C.E.D. Cass.*, n. 220145-01; Cass. pen., Sez. I, 2 ottobre 1997, Tundo, n. 1365, in *C.E.D. Cass.*, n. 209688-01; più in generale, sull'importanza dei canoni della proporzionalità e dell'offensività, rilevanti *ex art. 3 Cost.*, rispetto alla legittimazione di scelte di anticipazione della tutela penale, si ritiene opportuno rinviare agli studi di A. CADOPPI, «*Non evento*» e *beni giuridici «relativi»: spunti per un reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività*, in *Ind. pen.*, 1990, pp. 373 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, pp. 275 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, Milano, 2005, pp. 279 ss.

⁷ La Convenzione per la repressione del finanziamento al terrorismo è stata adottata a New York il 9 dicembre 1999 e aperta alla firma il 10 gennaio 2000, anche se fino all'11 settembre 2001 solo quattro Stati avevano provveduto a ratificare l'accordo convenzionale; tuttavia, gli efferati attentati statunitensi e la consapevolezza del rilievo determinante delle disponibilità finanziarie di cui i terroristi beneficiavano davano uno straordinario impulso all'accordo, tanto è che vero che oggi la Convenzione conta 169 Stati parte e 132 Stati firmatari.

internazionale; 3) che siano “definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l’Italia”⁸.

Ne discende che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità consolidata – attraverso un parallelismo sistematico tra l’art. 270 c.p., intitolato «Associazioni sovversive», l’art. 270-*bis* c.p. intitolato «Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico», l’art. 270-*sexies* c.p., intitolato «Condotte con finalità di terrorismo» e l’art. 306 c.p., intitolato «Banda armata: formazione e partecipazione» – la condotta illecita di natura «terroristica ha rilevanza penale in sé; tuttavia, quando è tenuta allo scopo di raggiungere gli obiettivi [...], fa “corpo unico” con tale finalità. Ma tale opera di destabilizzazione/distruzione, ovviamente, altro non è che la sovversione o eversione violenta di cui all’[art. 270 c.p.](#) [...]», atteso che la disposizione «descrive la condotta come diretta ad attentare agli ordinamenti economici o sociali del nostro Stato, ovvero a sopprimere il suo ordinamento politico e giuridico»⁹.

In questa cornice ermeneutica, l’obiettivo terroristico o eversivo dell’ordine democratico anche «se qualificato come “finalità” (artt. 270-*bis* e 280) o come “scopo” (art. 289-*bis*) nel codice penale, non costituisce, in genere, un obiettivo in sé, ma, ovviamente, funge da strumento di pressione, da metodo di lotta, da *modus operandi* particolarmente efferato: si diffonde il panico, colpendo anche persone e beni non direttamente identificabili con l’avversario o riferibili allo stesso, per imporre a quest’ultimo una soluzione che, in condizioni normali, non avrebbe accettato»¹⁰.

Pertanto, le fattispecie connotate da finalità terroristiche o di eversione dell’ordine democratico interno, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, si caratterizzano per la loro natura giuridica di delitti di pericolo presunto, per cui, ponendosi delicati problemi di superamento della soglia di punibilità indispensabile alla configurazione del reato, si richiede la concretezza del proposito

⁸ Nella direzione ermeneutica richiamata nel testo, si ritiene esemplare la sentenza Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2012, Bortolato, n. 12252, in *C.E.D. Cass.*, n. 251920-01, che riguarda l’operatività e i reati-fine commessi nell’interesse dell’organizzazione terroristica denominata “Partito Comunista Politico Militare” (PCPM); si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. I, 11 maggio 2000, Paiano, n. 3486, in *C.E.D. Cass.*, n. 216253-01; Cass. pen., Sez. I, 4 novembre 1987, Adinolfi, n. 6952, in *C.E.D. Cass.*, n. 178586; Cass. pen., Sez. I, 7 aprile 1987, Angelini, n. 8952, in *C.E.D. Cass.*, n. 176516-01.

⁹ Si veda Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2012, Bortolato, n. 12252, cit. ; su questi temi, si rinvia anche all’intervento di A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell’art. 270 sexies c.p.*, cit., pp. 1 ss.

¹⁰ Si veda Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2012, Bortolato, n. 12252, cit.

eversivo perseguito con atti di terrorismo, in vista dei quali la consorteria criminale è stata costituita e i reati-fine vengono commessi, in esecuzione del programma associativo¹¹.

Ne deriva ulteriormente che è necessario accertare, con riferimento a ciascun reato-fine, se la condotta illecita è stata commessa con l'intenzione e la possibilità di utilizzare metodologie terroristiche, rilevanti ai sensi dell'[art. 270-sexies c.p.](#), strumentali al perseguimento del programma di eversione dell'ordine costituzionale presupposto. Occorre, pertanto, accertare se, nei programmi e negli effettivi progetti dell'agente, rientra il proposito di intimidire indiscriminatamente la popolazione, anche attraverso la commissione del singolo reato-fine, allo scopo di esercitare forme di coartazione nei confronti dei poteri pubblici e di distruggere – o quantomeno di destabilizzare – gli assetti istituzionali nel nostro Paese¹².

Diventa, allora, indispensabile comprendere, con riferimento ai singoli reati-fine, commessi in relazione alla sfera di operatività di un'organizzazione terroristica di matrice brigatista, quali sono gli scopi di propaganda armata perseguiti e se i comportamenti criminosi sono tendenzialmente rivolti verso obiettivi sintomatici, in modo da ottenere un effetto paradigmatico e innescare meccanismi di emulazione. Si tratta di verificare processualmente se attraverso la singola azione terroristica si vogliono raggiungere determinati risultati di destabilizzazione, accettando anche il rischio di vittime collaterali ovvero se si vuole colpire indiscriminatamente la popolazione, per suscitare terrore, panico e insicurezza nell'ambiente sociale di riferimento; il che, a ben vedere, mira a ottenere lo stesso effetto sintomatico perseguito nel caso degli "omicidi eccellenti" che si sono richiamati nel paragrafo precedente¹³.

Queste certezze probatorie, naturalmente, devono essere raggiunte tenendo conto della struttura delle fattispecie associative terroristiche di cui agli artt. 270, 270-bis e 306 c.p., che, secondo la Suprema Corte, si connotano per il dolo specifico «costituito dallo scopo di commettere delitti contro la personalità interna o internazionale dello Stato, nonché per la organizzazione in banda e la disponibilità di armi; non è però richiesto che la gerarchia interna sia di tipo militare e che ciascun partecipante sia

¹¹ Si vedano Cass. pen., Sez. II, 22 aprile 2020, Bekaj, n. 14704, in *C.E.D. Cass.*, n. 279408-01; Cass. pen., Sez. VI, 5 marzo 2019, Shalabi, n. 13421, in *C.E.D. Cass.*, n. 275983; Cass. pen., Sez. II, 25 giugno 2006, Bouhrama, n. 24994, in *C.E.D. Cass.*, n. 234345-01.

¹² Si vedano Cass. pen., Sez. V, 7 febbraio 2019, Koraichi, n. 10380, in *C.E.D. Cass.*, n. 277239-01; Cass. pen., Sez. I, 21 giugno 2005, Drissi, n. 35427, in *C.E.D. Cass.*, n. 232280-01.

¹³ Ci si riferisce, naturalmente, agli omicidi di Ezio Tarantelli, Roberto Ruffilli, Massimo D'Antona e Marco Biagi, citati nel paragrafo 2.

effettivamente armato, essendo sufficiente la disponibilità e, quindi, la concreta possibilità di utilizzare le armi da parte degli associati»¹⁴.

2.2. L'applicazione dell'aggravante di terrorismo di cui all'art. 1 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625.

Occorre, infine, soffermarsi brevemente sull'aggravante di terrorismo, così come introdotta dall'art. 1 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15 dicembre 2001, n. 438, precisando che, essendo la violenza terroristica entrata a fare parte della struttura del reato associativo di cui all'art. 280-*bis* c.p., tale elemento costitutivo non può essere considerato come circostanza aggravante della stessa fattispecie¹⁵.

A conclusioni differenti, invece, deve giungersi per i reati-fine di cui si è parlato nella parte iniziale di questa esposizione, per i quali la circostanza in questione deve essere riconosciuta, costituendo l'aggravante di terrorismo un elemento esterno e integrativo rispetto alle fattispecie, di volta in volta, considerate. Ne consegue che, per verificare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'aggravante eversiva di cui all'art. 1 del decreto-legge n. 625 del 1979, è necessario accertare che il reato-fine consista «nell'uso di ogni mezzo di lotta politica [...] che sia in grado di rovesciare, destabilizzando i pubblici poteri e, minando le comuni regole di civile convivenza, sul piano strutturale e funzionale, il sistema democratico previsto dalla Carta costituzionale [...]»¹⁶.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che, come affermato dalla Suprema Corte, l'aggravante dell'eversione dell'ordine democratico non può identificarsi nel concetto di una qualsiasi azione politica violenta, non potendo rappresentare “un'endiadi della finalità di terrorismo”, ma si identifica necessariamente nel sovvertimento del basilare assetto istituzionale e nello sconvolgimento del suo funzionamento ovvero nell'uso di ogni mezzo di lotta politica che sia in grado di destabilizzare le istituzioni pubbliche e di alterare il sistema democratico costituzionale¹⁷.

3. La partecipazione alle associazioni terroristiche appartenenti all'area dell'estrema destra stragista.

¹⁴ Si veda Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2012, Bortolato, n. 12252, cit.

¹⁵ Si vedano Cass. pen., Sez. VI, 2 novembre 2005, Sergi, n. 2310, in *C.E.D. Cass.*, n. 233113-01; Cass. pen., Sez. 5, 17 settembre 2008, Morobianco, n. 40348, in *C.E.D. Cass.*, n. 241859-01.

¹⁶ Si veda Cass. pen., Sez. I, 27 ottobre 2020, Cropo, n. 36816, in *C.E.D. Cass.*, n. 280761-01.

¹⁷ Si veda Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 2012, Bonetti, n. 25428, in *C.E.D. Cass.*, n. 253305-01.

Occorre premettere che in questi procedimenti penali, riguardanti fatti di reato notevolmente risalenti nel tempo, generalmente, non si controverte sull'operatività delle organizzazioni terroristiche, in quanto tali, ma sugli esiti criminosi della loro attività eversiva, rilevante sotto il profilo dei reati-fine commessi in attuazione del programma consortile eversivo.

Ne discende che le finalità terroristiche, pur decisive per valutare i delitti commessi dalle organizzazioni appartenenti all'area dell'estrema destra eversiva – di natura eminentemente stragistica e riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 285 c.p., intitolata «Devastazione, saccheggio e strage», eventualmente aggravata ai sensi dell'art. 1 del decreto-legge n. 625 del 1979 –, vengono in rilievo soltanto indirettamente, essendo strumentali alla comprensione delle strategie sottese ai reati-fine oggetto di vaglio, che possono essere ricostruite solo attraverso l'accertamento processuale degli obiettivi sovversivi di cui sono espressione.

La rappresentazione esemplare di quanto si sta affermando ci proviene dai processi sulle stragi riconducibili all'estrema destra eversiva, eseguiti a cavallo tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, rispetto ai quali assume un rilievo decisivo l'accertamento processuale del collegamento tra il delitto di cui all'art. 285 c.p.¹⁸ e la strategia sovversiva di matrice stragista, nel cui contesto maturava la decisione di eseguire gli attentati più eclatanti di quell'epoca, come la “Strage di Piazza Fontana” e la “Strage di Piazza della Loggia”.

Infatti, costituisce un dato, storico e giurisdizionale, ormai consolidato quello secondo cui gli attentati stragisti organizzati dalla destra eversiva italiana, tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio del decennio successivo del secolo scorso, maturavano nel contesto organizzativo del gruppo di “Ordine Nero”, nel quale erano confluiti i componenti del disciolto gruppo di “Ordine Nuovo”, oltre ad alcuni nuovi aderenti all'area eversiva in questione. Si tratta, in particolare, di cellule eversive formatesi in seno

¹⁸ Per l'inquadramento della fattispecie di cui all'art. 285 c.p., si rinvia alla storica sentenza Cass. pen., Sez. Un., 26 marzo 1960, Neidermajer, n. 7, in *C.E.D. Cass.*, n. 098430-01, che precede di oltre un decennio i processi penali sulla stagione stragista della destra eversiva, nel quale si affermava il seguente principio di diritto: «La distinzione tra i delitti di furto e di saccheggio, dal punto di vista materiale ed a parte le differenze qualitative, si fonda precipuamente su due elementi (pluralità degli agenti e molteplicità indiscriminata degli impossessamenti), che, necessari solo nel secondo delitto, lo rendono assai più pericoloso del primo dal punto di vista dell'ordine giuridico: tale maggiore pericolosità, dovuta alla costante presenza dei due elementi suddetti, si riflette nella diversa obiettività giuridica, che, nei reati di saccheggio, non si esaurisce nella protezione del patrimonio ma si dirige a quella assorbente dell'ordine pubblico (art. 419 cod. pen.) o, addirittura, della stessa personalità dello stato (art. 285 C.P.), quando in questa ultima ipotesi, ricorra il relativo dolo specifico (scopo di attenuare alla sicurezza dello stato)».

agli ambienti dell'estrema destra italiana extraparlamentare, soprattutto radicati nell'area lombarda e nell'area veneta del Paese¹⁹.

In seno a queste due cellule eversive, si sviluppavano delle vere e proprie articolazioni militari, che avevano una ramificata struttura territoriale e possedevano la capacità di organizzare attentati di grande risonanza sociale, anche grazie al fatto che tali organismi terroristici disponevano di autonomi canali di approvvigionamento di armi ed esplosivi, come ad esempio la gelignite, che è la sostanza chimica utilizzata per il confezionamento dell'ordigno fatto detonare nella "Strage di Piazza della Loggia", verificatasi a Brescia il 25 maggio 1974. Queste cellule eversive, al contempo, al loro interno, disponevano di veri e propri armieri, con elevate competenze tecniche, talvolta acquisite negli ambienti della destra eversiva straniera, che venivano utilizzati dai vertici consortili per il confezionamento di ordigni esplosivi di portata devastante, come quello utilizzato nell'attentato bresciano²⁰.

Il riferimento agli episodi stragisti degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso assume un rilievo fondamentale anche per un'altra ragione, collegata al contesto ideologico nel quale veniva elaborata la strategia eversiva dell'estrema destra italiana di matrice extraparlamentare. I componenti delle cellule terroristiche in esame, infatti, avevano maturato la consapevolezza, attraverso frequenti riunioni preparatorie, svolte con esponenti di spicco dell'ambiente eversivo, di «potere contare, a livello

¹⁹ Questi dati ci provengono dall'attività svolta dalle commissioni di inchiesta sul fenomeno terroristico istituite nel nostro Paese nell'ultimo quarantennio, che si sono avvalse degli esiti dei diversi procedimenti penali celebrati sugli episodi stragisti verificatisi a cavallo tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta. Tali conclusioni, sul piano giurisdizionale, hanno ricevuto una conferma definitiva negli esiti del processo sulla "Strage di Piazza della Loggia", per il quale si rinvia alle successive note 19, 20 e 21.

²⁰ Su questi temi, si ritiene opportuno segnalare la sentenza Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2017, Maggi, n. 41585, in *C.E.D. Cass.*, n. 271252-01, con cui, all'esito di un procedimento svoltosi lungo sette gradi di giudizio, si concludeva il processo penale sulla "Strage di Piazza della Loggia"; la prima sentenza sulla strage bresciana veniva emessa dalla Corte di assise di Brescia il 2 luglio 1979 e, con tale pronuncia, veniva condannato uno degli autori materiali dell'attentato, ucciso prima della decisione di appello, pronunciata dalla Corte di assise di appello di Brescia il 2 marzo 1982, con cui veniva assolto l'altro imputato.

All'esito di tale complesso percorso processuale venivano condannati due degli autori dell'attentato in questione, commesso il 25 maggio 1974, a Brescia, in Piazza della Loggia, nel corso di una manifestazione indetta dal Comitato Permanente Antifascista e dalle Segreterie Provinciali della C.G.I.L., C.I.S.L. e U.I.L., mediante la collocazione di un ordigno in un cestino metallico per i rifiuti, posto in aderenza a una colonna dei portici delimitanti la piazza e provocandone l'esplosione.

locale e nazionale, sulle coperture di appartenenti agli apparati dello Stato e ai servizi di sicurezza, italiani ed esteri»²¹.

Gli accertamenti processuali sviluppatasi nel corso dei decenni su tali episodi stragisti, dunque, ci consentono di affermare che le condotte preparatorie ed esecutive degli attentati di matrice terroristica – riconducibili alla fattispecie dell'art. 285 c.p. – dovevano essere correlate alle attività di elaborazione ideologica, di organizzazione logistica e di proselitismo politico portate avanti, fin dalla seconda metà degli anni Sessanta, dalle cellule dell'estrema destra eversiva italiana, nella quale gravitavano gli autori dei reati. Non v'è dubbio, infatti, che gli attentati, come accertato in sede giurisdizionale, rientravano «nel programma di destabilizzazione dell'assetto istituzionale perseguito dall'area dell'estrema destra italiana [...]»²².

Pertanto, l'inserimento del programma dei gruppi di “Ordine Nuovo” e di “Ordine Nero” in uno scenario eversivo di rilievo nazionale di matrice stragista costituisce un dato processuale incontrovertito, corroborato dal fatto che, in diversi processi celebrati sugli episodi delittuosi in esame, venivano accertate riunioni finalizzate a programmare l'attività operativa dell'estrema destra extraparlamentare e a mettere a punto la futura strategia eversiva, con lo spostamento dell'attività terroristica nei centri urbani di grandi dimensioni e il potenziamento delle strutture di copertura delle attività illegali.

3.1. Il problema dell'accertamento dei fatti in contestazione a notevole distanza di tempo dagli accadimenti stragistici.

Le considerazioni che si sono espone nel paragrafo precedente ci consentono di introdurre il tema centrale dei processi sulle stragi di matrice eversiva degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, che trae origine proprio dalla natura del reato-fine oggetto di vaglio, che è la fattispecie dell'art. 285 c.p., a tenore del quale: «Chiunque, allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato, commette un fatto diretto a portare la devastazione, il saccheggio o la strage nel territorio dello Stato o in una parte di esso è punito con l'ergastolo» – e pone il problema della valutazione giurisdizionale del compendio probatorio, di matrice eminentemente indiziaria e connotato da un'intrinseca problematicità, acquisito a distanza di alcuni decenni dai fatti delittuosi in esame. Basti, in proposito, considerare che sulla “Strage

²¹ Si veda Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2017, Maggi, n. 41585, cit.

²² Si veda Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2017, Maggi, n. 41585, cit.

di Piazza della Loggia”, prima della sentenza di legittimità che si è richiamata nel paragrafo precedente, erano stati celebrati sette procedimenti penali, senza il raggiungimento di alcuna verità processuale.

In questi casi, si tratta di effettuare una valutazione del compendio probatorio acquisito nel rispetto dei principi sul processo indiziario, governato dall’orientamento ermeneutico consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo cui «nel processo penale indiziario, il giudice di merito deve compiere una duplice operazione, atteso che, dapprima, gli è fatto obbligo di procedere alla valutazione dell’elemento indiziario singolarmente considerato, per stabilire se presenti o meno il requisito della precisione e per vagliarne l’attitudine dimostrativa; successivamente, occorre procedere a un esame complessivo degli elementi indiziari acquisiti [...], allo scopo di appurare se i margini di ambiguità, correlati a ciascuno di essi, possano essere superati in una visione unitaria²³, in modo da consentire l’attribuzione del fatto illecito all’imputato, pur in assenza di una prova diretta di reità, sulla base di un complesso di dati, che saldandosi logicamente, conducano necessariamente a un giudizio di colpevolezza come esito inevitabile [...] e, dunque, oltre “ogni ragionevole dubbio”²⁴.

Il giudice di merito, infatti, non può «limitarsi ad una valutazione atomistica e parcellizzata degli indizi, né procedere ad una mera sommatoria di questi ultimi, ma deve, preliminarmente, valutare i singoli elementi indiziari per verificarne la certezza [...] e l’intrinseca valenza dimostrativa [...] e, successivamente, 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 risolversi, consentendo di attribuire il reato all’imputato “al di là di ogni ragionevole dubbio”²⁵ 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»²⁶.

Al contempo, l’inquadramento del compendio probatorio acquisito nell’ambito del procedimento indiziario, generalmente, consente di superare il problema della valutazione da parte del giudice di appello delle prove orali acquisite nei giudizi di merito, spesso assai lontane nel tempo e oggetto di

²³ Si vedano Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 2013, Stasi, n. 44324, in *C.E.D. Cass.*, n. 258321-01; Cass. pen., Sez. I, 26 marzo 2013, Knox, n. 26455, in *C.E.D. Cass.*, n. 255677-01; Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 1998, Buiono, n. 13671, in *C.E.D. Cass.*, n. 212026-01.

²⁴ Si veda Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2017, Maggi, n. 41585, cit.

²⁵ Si vedano Cass. pen., Sez. I, 30 novembre 2017, Mangafic, n. 1790, in *C.E.D. Cass.*, n. 272056-01; Cass. pen., Sez. I, 12 aprile 2016, Graziadei, n. 20461, in *C.E.D. Cass.*, n. 266941-01; Cass. pen., Sez. II, 19 settembre 2013, Kuzmanovic, n. 42482, in *C.E.D. Cass.*, n. 256967-01.

²⁶ Si veda Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2017, n. 41585, Maggi, cit.

frequente rivisitazione, che erano state ritenute utili ai fini della decisione adottata, ma che non sempre è possibile rinnovare, con la possibile violazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla luce della sentenza emessa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso "Dan contro Moldavia".

Queste considerazioni valgono soprattutto con riferimento alle conseguenze processuali dell'applicazione del seguente principio di diritto: «Costituiscono prove decisive al fine della valutazione della necessità di procedere alla rinnovazione della istruzione dibattimentale delle prove dichiarative nel caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado fondata su una diversa conclusione delle dichiarazioni rese, quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato, o anche soltanto contribuito a determinare, l'assoluzione e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee ad incidere sull'esito del giudizio, nonché quelle che, pur ritenute dal primo giudice di scarso o nullo valore, siano, invece, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti – da sole o insieme ad altri elementi di prova – ai fini dell'esito della condanna»²⁷.

4. La partecipazione alle associazioni terroristiche di matrice no-global e ambientalista.

Occorre, infine, soffermarsi sui reati-fine e sulle fattispecie collegate alla sfera di operatività delle associazioni terroristiche di matrice *no-global* e ambientalista.

Si consideri, innanzitutto, che nelle ipotesi di condotte illecite riconducibili ad associazioni terroristiche di matrice *no-global* e ambientalista, assumono rilievo soprattutto i delitti di cui agli artt. 280

²⁷ Si veda Cass. pen., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, n. 27620, in *C.E.D. Cass.*, n. 267491-01; nella stessa direzione, si vedano le successive pronunzie delle Sezioni Unite Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 2021, Cremonini, n. 22065, in *Cass. C.E.D.*, n. 281228-01; Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 2019, Pavan, n. 14426, in *Cass. C.E.D.*, n. 275112-01; Cass. pen., Sez. Un., 19 gennaio 2017, Patalano, n. 18620, in *C.E.D. Cass.*, n. 269786-01.

Su queste fondamentali pronunzie delle Sezioni Unite si vedano i commenti di R. APRATI, "Overturning" sfavorevole in appello e mancanza del riesame, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, pp. 2672 ss.; V. AIUTI, Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo, in *Cass. pen.*, 2016, 9, pp. 1125 ss.; F.M. DAMOSSO, Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali, in *Cass. pen.*, 2021, 9, pp. 2694 ss.; S. RECCHIONE, Il processo a statuto probatorio variabile: la rinnovazione in appello della prova scientifica, in *www.sistemapenale*, 23 giugno 2020.

c.p., intitolato «Attentato per finalità terroristiche e di eversione», e 280-*bis* c.p., intitolato «Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi»²⁸.

In questa cornice, occorre evidenziare che per l'integrazione dei delitti puniti dagli artt. 280 e 280-*bis* c.p., è necessario il compimento, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, di atti idonei diretti in modo non equivoco a provocare gli eventi criminosi prefigurati dalle due fattispecie di reato, con un atteggiamento della volontà intenzionalmente diretto alla loro produzione²⁹.

Più precisamente, queste fattispecie di reato si caratterizzano per un doppio finalismo soggettivo, atteso che l'azione criminosa deve essere ispirata dal fine di eversione dell'ordine democratico o dalla finalità di terrorismo; al contempo, il soggetto attivo del reato deve mirare a provocare l'evento della morte o delle lesioni in danno di una o più persone, quali avvenimenti strumentali allo scopo eversivo perseguito dall'agente.

Ne discende che la morte e le lesioni delle vittime degli attentati eversivi in questione sono gli eventi naturalistici verso i quali si orienta la condotta tipica prefigurata dagli artt. 280 e 280-*bis* c.p., rispetto ai quali deve essere misurata l'idoneità e l'univocità degli atti compiuti dal soggetto attivo del reato e verso cui deve dirigersi la sua volontà³⁰.

Occorre, allora, accertare quali sono gli obiettivi perseguiti dalle associazioni terroristiche di matrice *no-global* e ambientalista, dovendosi evidenziare che «la pressione illegalmente attuata sull'autorità pubblica deve presentare, in quanto tale, un connotato di idoneità alla produzione dell'evento "costrizione", e non semplicemente un finalismo soggettivamente orientato in tal senso [...]»³¹.

²⁸ Mi sembra opportuno sottolineare che i fenomeni terroristici di matrice *no-global* e ambientalista rappresentano un ambito criminale in crescente espansione, che investe vari settori operativi, che riguardano, oltre alla protezione ambientale *stricto sensu* intesa, anche le istanze di tutela animalista, delle quali, per ragioni di sintesi espositiva, non ci si occupa, ma il cui richiamo è utile per inquadrare, in termini generali, le questioni affrontate nella parte conclusiva di questa introduzione.

²⁹ Si vedano Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 2015, Gai, n. 34782, in *C.E.D. Cass.*, n. 264417-01; Cass. pen., Sez. I, 10 maggio 1993, Algranati, n. 11344, in *C.E.D. Cass.*, n. 195771-01; Cass. pen., Sez. I, 18 dicembre 1987, Berardi, n. 10233, in *C.E.D. Cass.*, n. 179470-01.

³⁰ Si veda Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2014, Alberto, n. 28009, in *C.E.D. Cass.*, n. 260078-01; questa pronuncia appare meritevole di essere segnalata, oltre che per la completezza degli argomenti esposti, perché riguarda un caso emblematico delle tematiche ambientaliste che si stanno considerando, quale l'attentato di Chiomonte verificatosi il 14 maggio 2013, a margine della realizzazione delle opere infrastrutturali di collegamento tra l'Italia e la Francia nella Val di Susa.

³¹ Si veda Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2014, Alberto, n. 28009, cit.

Tuttavia, nel contesto ritenuto indispensabile per la configurazione dei fatti delittuosi eversivi che si stanno considerando, non può essere compresa la pressione legittimamente esercitata da movimenti politici e da gruppi di cittadini, atteso che la costrizione deve essere indebita e connessa alla natura terroristica dell'attentato, di volta in volta, considerato.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che la previsione dell'art. 49 Cost. – che costituisce la norma di riferimento costituzionale per la disciplina dei diritti associativi, che rappresentano il limite esterno alla configurazione dei delitti contro la personalità dello Stato, cui ci si sta riferendo – prevede che «tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Nella stessa direzione, con specifico riferimento alla matrice ideologica delle organizzazioni terroristiche che si ispirano ai valori ambientalisti e ai limiti costituzionali alla rilevanza penale delle condotte consortili che si stanno considerando, occorre richiamare l'art. 18, comma primo, Cost., secondo cui tutti «i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale»

Questione ermeneutica ulteriore e differente, invece, è quella dell'individuazione delle modalità con cui vengono diffuse, telematicamente ovvero attraverso la stampa clandestina, le ideologie terroristiche di matrice *no-global* e ambientalista, per le quali è possibile la concretizzazione di condotte illecite di natura apologetica, rilevanti ai sensi degli artt. 414 e 415 c.p., in termini analoghi a quanto si è affermato a proposito delle organizzazioni terroristiche di matrice brigatista.

D'altra parte, una dilatazione eccessiva della nozione di terrorismo, inevitabilmente, rischia di condizionare meccanismi di pressione politica o di protesta pienamente legittimi, sul piano costituzionale, finalizzati a orientare le scelte politiche delle istituzioni governative. Non assumono, pertanto, un rilievo decisivo formule generiche, come i riferimenti ai possibili danni per il Paese; ai ritardi nella realizzazione dell'opera pubblica controversa; alle spese sostenute per il controllo dell'ordine pubblico, necessitate dalle proteste ambientaliste.

Si impone, al contempo, la contestualizzazione, territoriale e ideologica, dell'azione illecita, essendo necessario che «l'idoneità sia misurata con riferimento al tempo in cui il fatto viene commesso, e con riguardo ad attività conosciute dall'agente, che può quindi rappresentarsele come fattori causali concorrenti nella produzione del rischio tipico»³².

³² Si veda Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2014, Alberto, n. 28009, cit.

4.1. *L'accertamento processuale del contesto nel quale l'attentato di matrice no-global e ambientalista si verifica: l'individuazione delle finalità perseguite.*

Dalle considerazioni espresse nel paragrafo precedente discende che la contestualizzazione, territoriale e ideologica, delle azioni terroristiche delle organizzazioni ambientaliste deve essere effettuata tenendo conto degli obiettivi eversivi perseguiti con le condotte illecite rilevanti *ex artt. 280 e 280-bis c.p.*, che devono essere valutati dal giudice di merito caso per caso.

La matrice terroristica di un attentato di ispirazione *no-global e ambientalista*, pertanto, comporta l'esistenza di una correlazione tra i danni materiali provocati dall'azione criminosa e l'evento eversivo, al quale sono collegate le fattispecie previste dagli artt. 280 e 280-*bis* c.p., su cui deve essere effettuata una verifica giurisdizionale particolarmente rigorosa.

Non si può, infatti, mai prescindere dalle esigenze di offensività e di tassatività delle condotte illecite di cui agli artt. 280 e 280-*bis* c.p., che devono essere garantite sul piano dell'accertamento giurisdizionale, mediante una verifica stringente delle potenzialità lesive dei comportamenti sovversivi, che deve essere valutata in termini obiettivi, alla luce delle circostanze di tempo e di luogo in cui si concretizzano gli attentati, di volta in volta, considerati.

Non può, in proposito, non richiamarsi la giurisprudenza di legittimità, consolidatasi in tema di configurazione della fattispecie prevista dall'art. 280 c.p., secondo cui: «Per la configurabilità del delitto di attentato per finalità terroristiche o di eversione, *ex art. 280 c.p.*, è necessario che la condotta di chi attenta alla vita o alla incolumità di una persona, finalizzata al terrorismo secondo le definizioni di cui all'art. 270-*sexies* c.p., possa, per natura o contesto, arrecare grave danno al Paese ovvero che la stessa, tenuto conto del contesto oggettivo e soggettivo in cui si inserisce, sia volta alla sostanziale deviazione dai principi che regolano l'essenza della vita democratica»³³.

Occorre, allora, verificare, caso per caso, se, per gli effetti direttamente riferibili al fatto di reato contestato, come tali rappresentati e voluti dagli autori nel contesto consortile *no-global e ambientalista* in cui si concretizza la loro azione, si è creata un'apprezzabile possibilità di rinuncia da parte dello Stato alla prosecuzione dell'opera pubblica, dalla quale è derivato un danno grave e di consistenti

³³ Si veda Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 2015, Gai, n. 34782, cit.; su questa importante pronuncia di legittimità si veda anche il commento di A. SIBERTI, *Gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 280 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, pp. 1537 ss.

proporzioni, che sia effettivamente connesso a tale rinuncia o, comunque, all'azione terroristica indirizzata al perseguimento di quell'obiettivo.

La contestualizzazione dell'azione terroristica di matrice *no-global* e ambientalista, del resto, risponde alla stessa formulazione dell'art. 280 c.p., che non ritiene sufficiente il generico perseguimento di finalità eversive, atteso che, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, per integrare «il delitto di attentato per finalità terroristiche o eversive di cui all'art. 280 c.p., non è sufficiente la sola rappresentazione ed accettazione del rischio dell'evento lesivo, ma è necessario che la condotta dell'agente sia intenzionalmente diretta a ledere la vita o l'incolumità di una persona, quali beni protetti dalla norma»³⁴.

³⁴ Si veda Cass. pen., Sez. I, 16 luglio 2015, Alberti, n. 47479, in *C.E.D. Cass.*, n. 265404-01.

Andrea Venegoni

L'EPPO nel panorama della cooperazione giudiziaria europea¹

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. EPPO e Eurojust – 2.1. Le norme rilevanti – 2.2. L'accordo del febbraio 2021 - 3. EPPO ed OLAF – 3.1. Le norme rilevanti – 3.2. Il regolamento 2223 del 2020

1. Introduzione

Tra gli aspetti dell'operatività della Procura Europea, che ha preso avvio il 1° giugno 2021², quello dei rapporti con gli altri preesistenti organismi europei nel campo delle indagini o della cooperazione giudiziaria è forse, finora, uno dei meno esplorati negli studi specifici.

Eppure, il confronto con il panorama nel quale l'EPPO si è inserito non è affatto un aspetto secondario, potendo avere riflessi importanti anche sulle sue indagini.

L'EPPO, infatti, non nasce isolato in un ambiente prima del tutto vergine.

Rappresenta, come è ovvio, una novità assoluta ed un *unicum* nell'ambito degli uffici europei di indagine o di coordinamento, ma, al tempo stesso, non è venuto al mondo senza che le tematiche ad esso sottese non fossero già ben note e senza che le stesse venissero affrontate attraverso gli strumenti ed i mezzi che la normativa preesistente consentiva.

Il tema delle indagini transnazionali nel campo della lotta alle frodi contro gli interessi finanziari dell'Unione è, infatti, al centro dell'attenzione degli studiosi da almeno due decenni, se non di più e, come già detto più volte, la sua evoluzione è anche, in un certo senso, l'evoluzione del diritto penale europeo.

Non è necessario in questa sede ricordare in dettaglio il *Corpus Iuris* nelle edizioni di anni '90 del secolo scorso e dei primi anni 2000, così come l'evoluzione normativa dal Trattato di Maastricht a quello di Amsterdam del 1997, di Nizza del 2000, per arrivare al Trattato Costituzionale europeo del 2004, che all'art. III-275 già conteneva l'esplicita previsione della istituzione della Procura Europea, del suo fallimento a seguito degli esiti dei referendum popolari in Francia e nei Paesi Bassi nel 2005, ma anche la riproposizione non solo della norma sulla Procura Europea nel Trattato di Lisbona del 2007

¹Testo della relazione svolta alla Giornata di studi dal titolo «*L'attuazione della Procura Europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*», organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania, il DiDEC dell'Università dell'Insubria e la SSM, Struttura Didattica Territoriale del Distretto di Corte d'Appello di Trento, e con il Patrocinio della Camera Penale di Trento, e svoltosi il 26 novembre 2021;

²La Procura Europea, prevista dall'art. 86 TFUE, è stata introdotta con regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)

(art. 86), ma anche la creazione in quella sede di autentiche basi per il fondamento di un diritto penale europeo, specie con gli artt. 82 e 83 TFUE, ma anche l'art. 325 TFUE.

Sulla base del quadro normativo preesistente al Trattato di Lisbona, dunque, in varie forme erano già state prese iniziative per affrontare il tema della lotta alle frodi contro il bilancio comunitario, sia con la creazione di autentici organismi investigativi, seppure non penali, sia con il rafforzamento della cooperazione giudiziaria, sia penale che non, anche in questo caso con la creazione di organismi specifici.

Il panorama nel quale è nato l'EPPO era già, quindi, piuttosto affollato, se solo si considera che avevano, ed hanno, un ruolo attivo nel campo suddetto in primis Eurojust, l'OLAF, ma anche altri enti quali Europol o la Corte dei Conti europea.

Con la creazione dell'EPPO, questi organismi ed i loro compiti nel campo della lotta alle frodi non sono affatto scomparsi.

Si tratta, quindi, di vedere se e come la nascita dell'EPPO ha avuto un impatto sulla loro attività, per non dire sulla loro stessa ragion d'essere.

In questo senso, primaria è la trattazione dei rapporti tra EPPO ed i principali due organismi del panorama suddetto, vale a dire Eurojust ed OLAF.

2. EPPO ed Eurojust

Il rapporto tra EPPO ed Eurojust³ non può non essere preso in considerazione nell'analisi sulla Procura Europea, se non altro per un dato formale di partenza di rilievo fondamentale. L'art. 86 TFUE, la norma che rappresenta la base legale per l'istituzione dell'EPPO, afferma infatti che quest'ultimo è costituito "a partire da Eurojust"; questa è infatti la formula con cui in lingua italiana è stata tradotta la versione originale inglese "from Eurojust"⁴.

³Vale la pena ricordare, sinteticamente, che Eurojust è stato costituito con decisione quadro 2002/187/GAI, e quindi come ufficio intergovernativo nell'ambito dell'allora "terzo pilastro" sulla cooperazione giudiziaria penale (decisione poi modificata negli anni successivi), e che con regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, è stato istituito come Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale.

⁴Tra gli scritti più recenti su Eurojust, anche quanto ai rapporti con EPPO, si veda, tra gli altri, SPIEZIA, *Il Pubblico Ministero europeo ed i rapporti con Eurojust*, in *Dir. Pen. Cont.*, oggi reperibile su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; DE AMICIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: Eurojust*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2019; sul ruolo

Che cosa intenda significare la versione originale con la scarnissima preposizione “from” e in cosa si sostanzia l'espressione “a partire da” utilizzata nella versione italiana è tema che ha sempre appassionato gli studiosi di diritto penale europeo e su cui molto è stato scritto.

Tra l'altro, come sa bene chi si occupa della materia, tra i due organismi non vi è, in principio, una piena sovrapposizione né di azioni né di competenza. Eurojust è, infatti, un organo di “mero” coordinamento di indagini condotte dalle autorità nazionali, mentre l'EPPO è un ufficio inquirente che conduce indagini “in proprio”; per contro, Eurojust ha un campo d'azione molto più vasto di quello dell'EPPO, occupandosi di tutte le forme di criminalità transnazionale, laddove EPPO, in primo luogo, in principio non conduce solo indagini transnazionali – essendo, piuttosto, ampiamente prevedibile che molte di esse siano puramente nazionali, coinvolgendo un solo Stato -, e, in secondo luogo, ha una competenza specifica limitata, al momento, ai reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, come definiti dalla direttiva PIF⁵ e dalle leggi nazionali di recepimento, alla quale compie espresso rinvio l'art. 22 del regolamento EPPO a proposito della competenza dell'Ufficio.

Anche con l'approvazione del regolamento istitutivo dell'EPPO, la domanda originaria sul significato dell'espressione che designa la genesi di EPPO non ha trovato una piena risposta.

2.1. Le norme rilevanti

Il regolamento dedica una norma specifica ai rapporti tra i due organismi, l'art. 100, oltre al “considerando” 102.

Peraltro, tali disposizioni si occupano prevalentemente della cooperazione operativa.

E' solo l'art. 100, comma 4, del regolamento la disposizione che, invece, forse spiega meglio il concetto della creazione di EPPO “a partire da” Eurojust, laddove afferma che “L'EPPO può avvalersi del sostegno e delle risorse amministrative di Eurojust. A tal fine, Eurojust può fornire all'EPPO servizi di interesse comune. Le modalità sono regolate mediante un accordo”.

La suddetta norma lascia intendere tale processo come una, almeno iniziale, condivisione di strutture e personale; non era escluso, in origine, che questo si traducesse anche nella condivisione

di Eurojust in particolare: FALATO, *Flessibilità del modello di pre-investigazione di fronte ad eccezionali esigenze di cooperazione giudiziaria. La funzione proattiva di Eurojust*, in Arch. Pen., 2020, n. 2

⁵ direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale

fisica dei locali per la sede di EPPO, dato che l'Aja era, in astratto, una delle possibili candidate ad ospitare il nuovo ufficio, salvo questo aspetto essere stato superato dall'esistenza di un accordo dei rappresentanti degli Stati membri del 2003, tuttora vigente, non a caso citato espressamente nell'ultimo "considerando" del regolamento, il n. 121⁶, che, rifacendosi ad una precedente decisione del 1965 sulle sedi delle nuove istituzioni europee, stabilì la sede di EPPO a Lussemburgo.

La condivisione del personale amministrativo e degli uffici con Eurojust, quindi, a quanto consta, non si è realizzata, e la formula secondo cui la costituzione di EPPO sarebbe avvenuta "a partire da" Eurojust è rimasta, si può forse concludere, più un'affermazione o un auspicio iniziale che il punto di partenza di un processo attuatosi poi concretamente.

A dire il vero, ulteriormente, le parti hanno poi anche concluso l'accordo menzionato nell'art. 100 comma 4 per regolare le modalità di fornitura dei servizi di interesse comune. Nel febbraio 2021, infatti, il Procuratore Capo di EPPO ed il Presidente di Eurojust hanno siglato un documento che disciplina compiutamente i rapporti tra i due uffici⁷. Anche in esso, però, non si ravvisano previsioni che rendano concreta l'affermazione dell'art. 86 TFUE sulla creazione di EPPO "a partire da" Eurojust e l'unica norma che si richiami al principio secondo cui Eurojust può fornire servizi alla Procura Europea è l'art. 16 che, però, si limita a ripetere l'affermazione di principio, e ne rinvia l'attuazione ad un ulteriore accordo separato, dopo avere precisato che questo ambito può riguardare anche la formazione professionale.

Il concetto secondo cui EPPO è stato creato "a partire da" Eurojust è rimasto, quindi, di difficile interpretazione, ed anche la distanza fisica che si è venuta a creare tra i due uffici non ha certo favorito l'implementazione del principio.

Piuttosto, i rapporti tra EPPO ed Eurojust sono illustrati negli atti normativi e nello stesso accordo del febbraio 2021 più che altro in termini di cooperazione a livello operativo tra due organismi già costituiti ed autonomi; un tema che non attiene, quindi, alla genesi di EPPO.

⁶Considerando 121: I rappresentanti degli Stati membri, riuniti a livello di capi di Stato o di governo a Bruxelles il 13 dicembre 2003, hanno stabilito la sede dell'EPPO conformemente alle disposizioni della decisione dell'8 aprile 1965 (Decisione (67/446/CEE) (67/30/Euratom) dei rappresentanti dei governi degli Stati membri relativa all'installazione provvisoria di talune istituzioni e di taluni servizi delle Comunità (GU C EE 152 del 13.7.1967, pag. 18).

⁷Accordo di lavoro tra la procura europea («EPPO») e l'agenzia dell'unione europea per la cooperazione giudiziaria penale («Eurojust») del 4-11.2.2021, consultabile sul sito https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/2021-02/working_arrangement_eppo_it.pdf

Il “considerando” 102 del regolamento EPPO del 2017 stabilisce alcuni principi di base, quali quello della cooperazione operativa con scambio di informazioni⁸.

L’art 100 del medesimo regolamento stabilisce il principio dell’instaurazione di “relazioni strette” tra EPPO ed Eurojust, basate su una cooperazione reciproca nell’ambito dei rispettivi mandati e sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione come specificato nel presente articolo.

Prevede, poi, che il procuratore capo europeo e il presidente di Eurojust si riuniscano periodicamente per discutere le questioni di interesse comune.

Sul fronte operativo, la norma prevede che l’EPPO possa associare Eurojust alle proprie attività nei casi transfrontalieri, fra l’altro:

a) condividendo informazioni, compresi dati personali, riguardanti le sue indagini, in conformità delle pertinenti disposizioni del presente regolamento;

b) invitando Eurojust, o il o i relativi membri nazionali competenti, a prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle sue decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati membri dell’Unione europea che sono membri di Eurojust ma non partecipano all’istituzione dell’EPPO, nonché nei paesi terzi.

Ancora, la norma prevede che EPPO abbia accesso indiretto, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel sistema automatico di gestione dei fascicoli di Eurojust. Quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati del sistema automatico di gestione dei fascicoli inseriti dall’EPPO e quelli inseriti da Eurojust, ne è data notizia a Eurojust, all’EPPO, nonché allo Stato membro dell’Unione europea che ha fornito i dati a Eurojust. L’EPPO, a sua volta, adotta misure adeguate a consentire che Eurojust abbia accesso, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel suo sistema automatico di gestione dei fascicoli.

⁸L’EPPO ed Eurojust dovrebbero diventare partner e cooperare sul fronte operativo in conformità dei rispettivi mandati. Tale cooperazione può riguardare qualsiasi indagine condotta dall’EPPO in cui si consideri necessario od opportuno uno scambio di informazioni o un coordinamento delle misure investigative con riferimento a casi che rientrano nella competenza di Eurojust. Ogniqualvolta chiedi tale cooperazione a Eurojust, l’EPPO dovrebbe operare in collegamento con il membro nazionale di Eurojust dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso. La cooperazione operativa può riguardare anche paesi terzi che abbiano concluso un accordo di cooperazione con Eurojust.

2.2. L'accordo del febbraio 2021

L'accordo del febbraio 2021 specifica meglio alcuni di questi aspetti.

In primo luogo, occorre soffermarsi sull'art. 3 dell'accordo, anche in relazione a quanto affermato in precedenza sulle rispettive competenze dei due uffici. E' infatti vero, come già ricordato, che l'ambito di operatività di Eurojust è più esteso di quello di EPPO, essendo quest'ultimo limitato al momento ad una specifica categoria di reati, ma nulla esclude che la cooperazione operativa tra i due uffici possa rilevare anche ai fini di reati diversi da quelli rientranti nella competenza specifica di EPPO.

In altre parole, e per provare a fare un esempio molto pratico, lo scambio di informazioni su una serie di truffe agricole ai danni dei fondi UE, per esempio con impiego fittizio di personale, potrebbe essere una fonte di conoscenza molto utile per Eurojust nel coordinamento di una più ampia indagine, in ipotesi, di associazione finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, esclusa dalla competenza di EPPO alle condizioni dell'art. 22 del regolamento.

Per questo l'art. 3 dell'accordo non limita affatto la cooperazione tra i due uffici ai soli "reati PIF", ma stabilisce che essa riguarda i settori rilevanti della criminalità che rientrano nel mandato di entrambe le parti, a partire però, naturalmente, dai reati che attentano agli interessi finanziari dell'Unione di cui alla direttiva del 2017 come attuata nelle legislazioni nazionali.

La base dell'accordo è, poi, lo scambio di informazioni, da attuarsi con diverse modalità. La principale appare l'accesso ai reciproci registri informatici, ma è previsto anche l'incontro periodico tra i vertici dei due uffici che può certamente tradursi anche nello scambio di ulteriori informazioni sui casi.

Di grande rilievo è poi il campo della cooperazione giudiziaria, in particolare nei confronti degli Stati non-EPPO che possono essere sia Stati dell'UE (al momento cinque Stati UE non sono parte dell'EPPO: Irlanda, Svezia, Danimarca, Polonia ed Ungheria, i quali sono pertanto esclusi dal meccanismo di conduzione delle indagini transnazionali EPPO dell'art. 31 del regolamento) sia, a maggior ragione, Stati non-UE.

Nei confronti dei primi, EPPO può invitare il membro nazionale di Eurojust interessato dal caso a prestare sostegno in materia di cooperazione giudiziaria. Questo, secondo l'accordo, può in particolare riguardare

- a. l'organizzazione delle riunioni di coordinamento;
- b. l'esecuzione di indagini simultanee coordinate (centri di coordinamento);
- c. l'istituzione di squadre investigative comuni e le relative operazioni;

d. la prevenzione e risoluzione di conflitti di giurisdizione.

Particolarmente rilevante è il tema della costituzione di squadre investigative comuni atteso che, a quanto risulta, le prime sono in corso di realizzazione con Stati UE, ma non-EPPO, dove per EPPO si deve ritenere che partecipi la polizia dello Stato membro coinvolto, non disponendo EPPO di polizia propria, ma sotto la supervisione del Procuratore Europeo Delegato che dirige l'indagine.

Nei confronti degli Stati terzi, non UE, EPPO può altresì chiedere il sostegno di Eurojust per i casi transnazionali, ma sul punto l'accordo è molto più vago, limitandosi a prevedere che nelle questioni operative pertinenti alla competenza di EPPO, Eurojust può chiedere a EPPO di prestare sostegno, laddove opportuno, senza specificare in quali atti concreti esso si articoli.

3. EPPO ed OLAF

Altro nodo cruciale nel funzionamento dell'EPPO sono i rapporti con l'OLAF, l'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode che può, a buon diritto, considerarsi un suo parente stretto.

Il motivo è presto detto: l'OLAF era, nel panorama ante-EPPO, l'organismo dell'UE deputato specificamente a condurre indagini nel campo della lotta alle frodi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione⁹. Certo, le indagini OLAF erano, e sono, amministrative e non penali, ma hanno due caratteristiche: ai loro fini il territorio dell'Unione Europea è unitario, nel senso che l'OLAF può muoversi liberamente su di esso senza barriere nazionali, e, a certe condizioni, l'OLAF può acquisire prove anche in Paesi terzi. Inoltre, sulla base di disposizioni contenute nel regolamento dell'Unione sulle indagini dell'OLAF, in quanto tali direttamente applicabili negli Stati, le prove possono essere trasferite dal livello amministrativo al livello penale ed essere utilizzate in quest'ultimo.

L'OLAF, a differenza di Eurojust, è un autentico ufficio investigativo, nel senso che svolge indagini "in proprio" e non ha un ruolo di coordinamento, o almeno non lo ha in via principale. Inoltre, la materia in cui svolge le proprie indagini è esattamente la protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

⁹ L'OLAF è stato costituito con decisione n. 1999/352/CE/CECA/Euratom del 28 aprile 1999, poi modificata dalle decisioni 2013/478/UE del 27 settembre 2013, decisione della Commissione (UE) 2015/512 del 25 marzo 2015; decisione della Commissione 2015/2418 del 18 dicembre 2015; le sue indagini sono state governate dapprima dal regolamento del Consiglio n. 1073/1999 e poi dal regolamento n. 883/2013 che ha modificato il precedente.

Fortissime sono, quindi, le analogie ed i punti di contatto tra OLAF ed EPPO sebbene resti la differenza fondamentale per cui le indagini di OLAF sono meramente amministrative, e finalizzate più al recupero delle somme frodate che all'individuazione di responsabilità individuali.

In altre parole, l'OLAF non si è mai configurato, né ha mai avuto l'ambizione di esserlo, come ufficio di procura, quanto piuttosto quale ufficio investigativo amministrativo.

Tuttavia, per contro, descrivere l'OLAF come mero ufficio di indagini amministrative nel campo della protezione degli interessi finanziari dell'Unione è, a sua volta, riduttivo.

Esso è, infatti, ben di più.

A livello investigativo conduce indagini anche al di fuori del suddetto specifico settore, per esempio, le c.d. indagini "interne" sulle condotte poste in essere dal personale delle Istituzioni europee non riguardano necessariamente solo il campo della protezione degli interessi finanziari.

Ha svolto e può svolgere tuttora, di fatto, un ruolo di cooperazione giudiziaria, rispetto alle autorità giudiziarie che conducono indagini nel settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione

Ha un ruolo di *policy* nel settore antifrode, sia in termini di predisposizione di testi di proposte legislative, in collaborazione con gli altri uffici della Commissione Europea, di cui esso fa parte, sia in termini di elaborazione della strategia antifrode della Commissione.

Si comprende, quindi, come i rapporti con l'OLAF siano il vero banco di prova dell'azione dell'EPPO, per quanto l'OLAF non venga menzionato nell'art. 86 TFUE.

Questo anche in termini di sopravvivenza stessa dell'OLAF, come qualcuno aveva anche ipotizzato in vista della creazione dell'EPPO.

In realtà, anche dopo l'istituzione di quest'ultimo ufficio, l'OLAF conserva un proprio spazio e ragion d'essere che gli consente di continuare ad esistere, ma le relazioni tra i due enti devono necessariamente essere chiarite.

Non è un caso, quindi, che il regolamento EPPO dedichi ai rapporti con OLAF più di una norma.

3.1. Le norme rilevanti

I "considerando" 100, 101, 103, 104 e 105, in particolare, sono specificamente dedicati ai rapporti con OLAF, così come l'art. 101.

Uno dei concetti fondamentali che emerge già dai “considerando” del regolamento è quello di evitare sovrapposizioni tra le indagini EPPO e quelle OLAF.

Questo è davvero un problema tipico dei rapporti con OLAF, più che di quelli con Eurojust, atteso che, come detto sopra, solo l'OLAF era, prima della creazione di EPPO, l'organismo deputato a condurre vere e proprie indagini nel campo della protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

L'istituzione di EPPO ha posto, quindi, due questioni: evitare duplicazioni di indagini, ma anche evitare che la creazione di un organismo inquirente penale europeo portasse al sostanziale “svuotamento” del *core business* di OLAF.

Questo è stato uno dei timori che ha sempre aleggiato nel corso di tutto il processo legislativo per l'istituzione di EPPO.

La realtà sta, probabilmente, dimostrando il contrario.

Lo stesso regolamento, in effetti, auspica quella che in questi primi mesi si sta rivelando una caratteristica della convivenza tra i due organismi: la complementarietà.

In questo senso, il considerando 103 traduce questo concetto sancendo, in primo luogo, l'alternatività tra indagine amministrativa OLAF ed indagine penale EPPO, laddove afferma che “in linea di principio l'OLAF non dovrebbe avviare sugli stessi fatti alcuna indagine amministrativa parallela a un'indagine condotta dall'EPPO”. E' anche vero, però, che subito dopo prosegue nel senso che ciò “non dovrebbe pregiudicare il potere dell'OLAF di avviare un'indagine amministrativa di propria iniziativa, in stretta consultazione con l'EPPO”.

In quest'ultimo ambito, il considerando 105 prevede che nei casi in cui l'EPPO non conduce un'indagine, dovrebbe poter fornire informazioni pertinenti per consentire all'OLAF di valutare l'azione opportuna conformemente al suo mandato. In particolare, precisa la norma, l'EPPO potrebbe prendere in considerazione la possibilità di informare l'OLAF dei casi in cui non vi sono ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato di competenza dell'EPPO ma potrebbe essere opportuna un'indagine amministrativa dell'OLAF, o dei casi in cui l'EPPO archivia un caso e un rinvio all'OLAF sarebbe auspicabile ai fini di un recupero o di un seguito amministrativo.

Ancora, al momento di fornire le informazioni, l'EPPO può chiedere all'OLAF di valutare se avviare un'indagine amministrativa o adottare un'altra azione di seguito amministrativo o di monitoraggio, in particolare ai fini di misure cautelari, recupero o misure disciplinari, in conformità del regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013.

Anche nel rapporto EPPO – OLAF è, poi, essenziale lo scambio di informazioni.

Certamente, laddove il considerando 101 afferma che “l’EPPO dovrebbe poter ottenere qualunque informazione pertinente rientrante nella sua competenza dalle banche dati e registri delle istituzioni, degli organi, degli uffici e delle agenzie dell’Unione” non può non riferirsi anche all’OLAF, che ha accesso ai *data base* della Commissione in cui, tra l’altro, confluiscono le informazioni che gli Stati trasmettono sull’accertamento di irregolarità e frodi nella gestione dei fondi europei ai sensi dei vari regolamenti, per esempio quelli, sui fondi strutturali o in materia di politica agricola.

L’art. 101 del regolamento, poi, traduce in maniera ancora più concreta i suddetti concetti; così la complementarità dell’azione dei due uffici e la loro coesistenza, pur con il principio di alternatività delle indagini, viene declinata nella norma in condotte concrete nel senso che nel corso di un’indagine EPPO quest’ultimo può chiedere all’OLAF, in conformità del mandato dell’Ufficio antifrode, di sostenere o integrare l’attività del primo, in particolare:

- a) fornendo informazioni, analisi (comprese analisi forensi), competenze e sostegno operativo;
- b) facilitando il coordinamento delle azioni specifiche delle autorità nazionali amministrative competenti e degli organi dell’Unione;
- c) conducendo indagini amministrative.

Al contempo, si prevede che per consentire all’OLAF di valutare l’azione amministrativa opportuna conformemente al suo mandato, l’EPPO può fornire all’OLAF informazioni pertinenti in merito a casi in cui l’EPPO ha deciso di non condurre un’indagine o che ha archiviato.

Per realizzare tutto questo, la norma prevede che l’EPPO abbia accesso indiretto, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel sistema di gestione dei fascicoli dell’OLAF. Quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati inseriti dall’EPPO nel sistema di gestione dei fascicoli e quelli detenuti dall’OLAF, ne è data notizia sia all’OLAF che all’EPPO.

Allo stesso modo, EPPO adotta misure adeguate a consentire che l’OLAF abbia accesso, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel suo sistema di gestione dei fascicoli.

Il discorso, però, non si esaurisce a questo punto.

3.2. Il regolamento 2223 del 2020

Proprio a testimoniare la delicatezza della convivenza dei due uffici e la necessità di regolare con precisione e chiarezza i rispettivi ambiti di azione in un’ottica di utilizzo nel migliore dei modi delle

rispettive competenze, la Commissione ha ritenuto necessaria una modifica normativa dell'azione di OLAF.

Le indagini dell'ufficio sono, infatti, disciplinate da sempre da un regolamento, conseguenza del fatto che la politica antifrode (non penale) era una delle materie fondamentali delle Comunità Europee prima ancora che dell'Unione, e che, con l'istituzione di quest'ultima, l'ambito in cui è stato costituito l'OLAF era quello del c.d. "primo pilastro", nella struttura istituzionale dell'Unione anteriore al Trattato di Lisbona.

In questo senso, il regolamento 1073 del 1999 prima, ed il regolamento 883 del 2013 poi, sono stati gli atti normativi che hanno essenzialmente regolato le indagini di OLAF.

L'entrata in vigore di EPPO, quindi, ha comportato la necessità di una modifica di quest'ultimo in alcuni punti specifici (oltre ad altre modifiche che non hanno riguardato specificamente i rapporti con EPPO).

In particolare, con regolamento 2223 del 2020¹⁰ si è rimodulata l'attività di OLAF tenendo conto della presenza di EPPO, regolando, per esempio, il flusso di informazioni da altri organi dell'Unione a OLAF ed EPPO (con una modifica dell'art. 8 del regolamento 883 del 2013) ma, soprattutto, inserendo in quest'ultimo regolamento una serie di articoli, dal 12-quater al 12-octies, che riguardano specificamente i rapporti con EPPO.

Così, si è previsto (art 12-quater) che l'OLAF invii una segnalazione senza indebito ritardo per ogni condotta criminosa in relazione alla quale l'EPPO potrebbe esercitare la propria competenza, contenente, come minimo, una descrizione dei fatti, compresa una valutazione del danno reale o potenziale, la possibile qualificazione giuridica e qualsiasi informazione disponibile riguardo alle potenziali vittime, agli indagati o ad altre persone coinvolte.

Tale segnalazione, quando la notizia ricevuta dall'OLAF non è del tutto completa, può comportare una previa valutazione da parte di OLAF dei fatti

Si conferma, poi, nella stessa norma, il principio generale di alternatività tra indagine amministrativa OLAF e penale EPPO, prevedendo che, se la condotta criminosa viene riscontrata nel corso di un'indagine di OLAF e l'EPPO avvia un'indagine a seguito della segnalazione di quest'ultimo,

¹⁰ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2223 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 dicembre 2020 che modifica il regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013 per quanto riguarda la cooperazione con la Procura europea e l'efficacia delle indagini dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode

l'indagine amministrativa sugli stessi fatti deve interrompersi, tranne nei casi di cui agli articoli 12-sexies o 12-septies, su cui si tornerà a breve.

Parallelamente, l'art. 12-quinquies stabilisce che, sempre fatti salvi gli articoli 12-sexies e 12-septies, il direttore generale OLAF interrompe un'indagine avviata e non avvia una nuova indagine se l'EPPO sta svolgendo un'indagine sugli stessi fatti.

In entrambe le situazioni, è interessante notare che, secondo la normativa, OLAF verifica tramite il sistema di gestione dei fascicoli dell'EPPO se quest'ultimo stia conducendo un'indagine, e può comunque chiedere ulteriori informazioni all'EPPO.

Esistono, però, alcune eccezioni al principio di alternatività tra le due indagini.

La prima è prevista nell'art. 12-sexies, già sopra citato, e consiste nel fatto che nel corso di un'indagine condotta dall'EPPO, e su richiesta di quest'ultima a norma dell'articolo 101, paragrafo 3, del regolamento (UE) 2017/1939, l'OLAF sostiene o integra l'attività dell'EPPO, in particolare:

- a) fornendo informazioni, analisi (comprese analisi forensi), competenze e sostegno operativo;
- b) facilitando il coordinamento delle azioni specifiche delle autorità nazionali amministrative competenti e degli organi dell'Unione;
- c) conducendo indagini amministrative.

La possibilità di svolgere un'indagine amministrativa da parte di OLAF in pendenza di un'indagine penale EPPO si basa, quindi, su una richiesta di quest'ultimo, di cui la suddetta norma afferma che deve essere trasmessa per iscritto e precisare almeno: a) le informazioni sull'indagine dell'EPPO nella misura in cui siano pertinenti ai fini della richiesta; b) le misure che l'EPPO chiede all'Ufficio di attuare; c) se del caso, la tempistica prevista per evadere la richiesta.

Questa situazione coinvolge, tuttavia, un tema delicatissimo: quello delle garanzie procedurali.

Si tratta, infatti, nel corso di un'indagine penale, di chiedere ad un'autorità amministrativa di fornire informazioni che non sono semplicemente tali, ma che, come si comprende a proposito, per esempio, delle analisi forensi, potrebbero anche costituire elementi di prova, come previsto espressamente dal successivo comma 3 dello stesso articolo.

Nel nostro sistema è interessante, quindi, riportare tale norma al principio dell'art. 220 disp. att. c.p.p., tenendo però presente che l'art 12-sexies è norma di un regolamento europeo, direttamente applicabile e, in linea di principio, prevalente sulle norme nazionali contrastanti.

Peraltro, ad evitare eccessivi allarmismi sotto questo profilo, provvede proprio il sopra citato comma 3 stabilendo che “al fine di tutelare l'ammissibilità delle prove nonché i diritti fondamentali e le

garanzie procedurali, laddove l'Ufficio attui, nell'ambito del suo mandato, misure di sostegno richieste dall'EPPO a norma del presente articolo, l'EPPO e l'Ufficio, agendo in stretta collaborazione, garantiscono il rispetto delle garanzie procedurali applicabili di cui al capo VI del regolamento (UE) 2017/1939".

Una riflessione sul livello di garanzie che questa disposizione comporta rispetto ad uno standard nazionale quale quello italiano, comunque, appare di sicuro interesse.

La seconda eccezione al principio di alternatività delle due indagini è quella di cui all'art. 12-septies che prevede, fin dal titolo, la figura delle "indagini complementari" dell'OLAF.

Si tratta dell'ipotesi inversa rispetto alla precedente, e si realizza quando l'EPPO sta svolgendo un'indagine e, in questo caso, è l'OLAF che ritiene opportuno, in casi debitamente giustificati, che sia avviata anche un'indagine dell'Ufficio.

La stessa norma circoscrive la finalità di tale scenario all'agevolare l'adozione di misure cautelari o di misure finanziarie, disciplinari o amministrative.

In tal caso, l'OLAF informa l'EPPO per iscritto, specificando la natura e le finalità dell'indagine.

Tale eventualità, però, può concretizzarsi solo se l'EPPO non manifesta contrarietà al fatto che l'OLAF conduca l'indagine complementare; nel caso di opposizione, infatti, l'OLAF non può aprire la propria indagine o, se la ha aperta, la deve terminare.

La deroga al principio di alternatività delle due indagini è, quindi, significativa anche perché il comma 2 consente che essa si verifichi non solo quando l'indagine EPPO è già in corso, ma anche quando sia aperta successivamente, mentre l'indagine amministrativa OLAF è già pendente; in tal caso si prevede espressamente che OLAF non deve necessariamente chiudere la propria indagine amministrativa, ma la possa proseguire, in questo caso sempre però al limitato fine di agevolare l'adozione di misure cautelari o di misure finanziarie, disciplinari o amministrative.

La questione è, allora, provare a immaginare l'ambito di concreta operatività dell'indagine complementare.

Dall'indicazione normativa sul suo perimetro sorgono, infatti, alcune domande.

Si potrebbe ritenere, in primo luogo, che le misure cui fa riferimento la norma siano pertinenti all'indagine amministrativa stessa.

In tal caso si porrebbe, però, nuovamente la questione della tutela delle garanzie del soggetto che, per esempio, subisca una "misura cautelare reale amministrativa" ad opera di un'autorità amministrativa

(che, probabilmente, piuttosto che l'OLAF, sarebbe la Commissione Europea) in pendenza di un'indagine penale.

L'ambito più adeguato dell'indagine complementare potrebbe, forse essere quello delle c.d. indagini interne dell'OLAF, le indagini, cioè, che coinvolgono personale delle istituzioni europee.

In tal caso, si può intravedere uno spazio per un'indagine complementare amministrativa che riguardi aspetti non propriamente oggetto di quella penale, in particolare quelli disciplinari.

Più difficile, a primissima lettura, potrebbe essere ipotizzare uno spazio per misure cautelari, che devono intendersi come reali se si pensa che la norma si riferisca al livello amministrativo. Tornerebbe, infatti, in rilievo la questione delle garanzie difensive, atteso che tali misure, sebbene formalmente amministrative, potrebbero avere lo stesso livello di afflittività delle corrispondenti penali, per di più proprio mentre un'indagine penale è in corso.

Ma a simili conclusioni si dovrebbe pervenire se si ritenesse che le misure cautelari e finanziarie di cui parla la norma siano misure adottabili da EPPO nel procedimento penale.

In tal caso, infatti, la norma legittimerebbe ancora un organo amministrativo a prendere l'iniziativa, in costanza di un'indagine penale, per l'adozione di fonti di prova da essere poi utilizzate in sede penale per l'adozione di misure cautelari o finanziarie.

In conclusione, l'esperienza pratica rivelerà l'ambito concreto della figura dell'"indagine complementare", ma non vi è dubbio che la questione vada analizzata con un particolare riguardo.

Infine, l'art. 12-octies declina la cooperazione tra OLAF ed EPPO facendo riferimento ad accordi di lavoro che regolino anche lo scambio di informazioni.

Sulla base di questa disposizione, i due uffici hanno effettivamente siglato un accordo nel febbraio 2021 che regola tale aspetto.

La norma ha, comunque, delineato i limiti dell'accorso stesso, prevedendo la possibilità reciproca di accesso dei due uffici ai rispettivi sistemi informatici di gestione dei fascicoli.

L'accesso dell'OLAF al sistema EPPO è definito "indiretto" nel senso che, quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati inseriti dall'Ufficio nel sistema di gestione dei fascicoli e quelli detenuti dall'EPPO, ne è data notizia sia all'Ufficio che all'EPPO.

Per contro, la norma stabilisce anche che l'OLAF adotta misure adeguate a consentire che l'EPPO abbia accesso, in base al medesimo sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel suo sistema di gestione dei fascicoli.

La norma prevede, infine, che i rapporti tra i due uffici comportino incontri periodici; la stessa li prevede a livello di vertice, mentre l'accordo del febbraio 2021 sostanzia tale previsione con la creazione di "gruppi di contatto" reciproci nei rispettivi uffici e nella previsione di incontri periodici dei loro rappresentanti.

In conclusione, queste sole prime riflessioni dimostrano quante aree da esplorare vi siano tuttora nel funzionamento dell'EPPO.

Quella dei rapporti con Eurojust e OLAF è, come detto in apertura, una di quelle forse meno esplorate, ma, come si è cercato di evidenziare, non è certamente meno rilevante di molte altre che riguardano la disciplina delle indagini in senso stretto.

L'EPPO si conferma, quindi, fonte inesauribile di spunti di interesse per studi ed analisi, spesso dai risvolti relevantissimi di cui non si ha, forse, ancora piena contezza ma che, probabilmente, verranno disvelati progressivamente dallo sviluppo delle prime indagini.