

1^a SERIE SPECIALE

Spediz. abb. post. - art. 1, comma 1
Legge 27-02-2004, n. 46 - Filiale di Roma

Anno 163° - Numero 28

GAZZETTA  UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 13 luglio 2022

SI PUBBLICA IL MERCOLEDÌ

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE LEGGI E DECRETI - VIA ARENULA, 70 - 00186 ROMA
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - VIA SALARIA, 691 - 00138 ROMA - CENTRALINO 06-85081 - LIBRERIA DELLO STATO
PIAZZA G. VERDI, 1 - 00198 ROMA

CORTE COSTITUZIONALE





S O M M A R I O

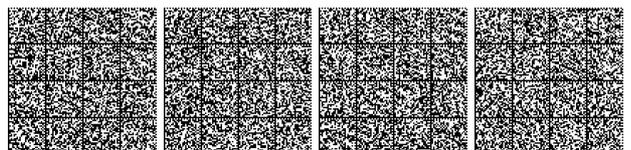
SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

- N. **171.** Sentenza 8 giugno - 8 luglio 2022
 Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.
Sanità pubblica - Farmacie - Effettuazione dei test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e dei tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARS-CoV-2 - Possibilità che i test siano effettuati anche presso le parafarmacie - Omessa previsione - Denunciata violazione della libertà di iniziativa economica e del principio di ragionevolezza - Non fondatezza delle questioni.
 - Legge 30 dicembre 2020, n. 178, art. 1, commi 418 e 419.
 - Costituzione, artt. 3 e 41. Pag. 1
- N. **172.** Ordinanza 23 giugno - 11 luglio 2022
 Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.
Previdenza - Trattamenti pensionistici i cui importi complessivamente considerati superano 100.000 euro lordi annui - Decurtazione percentuale progressiva, per la durata originaria di cinque anni, dell'ammontare lordo annuo, purché il trattamento non risulti inferiore ai 100.000 euro e non sia interamente liquidato con il sistema contributivo - Denunciata irragionevolezza, violazione di principi di affidamento, uguaglianza e adeguatezza del trattamento previdenziale, nonché di capacità contributiva - Manifesta inammissibilità delle questioni.
Previdenza - Trattamenti pensionistici i cui importi complessivamente considerati superano 100.000 euro lordi annui - Decurtazione percentuale progressiva, per la durata, a seguito di pronuncia costituzionale, di tre anni, dell'ammontare lordo annuo, purché il trattamento non risulti inferiore ai 100.000 euro e non sia interamente liquidato con il sistema contributivo - Denunciata irragionevolezza, violazione di principi di affidamento, uguaglianza e adeguatezza del trattamento previdenziale, nonché di capacità contributiva - Manifesta inammissibilità delle questioni.
 - Legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, commi da 261 a 268.
 - Costituzione, artt. 3, 23, 36, 38 e 53. Pag. 18
- N. **173.** Sentenza 25 maggio - 12 luglio 2022
 Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.
Processo penale - Sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto - Possibilità che il giudice decida sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta dalla parte civile - Omessa previsione - Ingiustificata disparità di trattamento e violazione dei diritti di difesa e alla ragionevole durata del processo - Illegittimità costituzionale in parte qua.
 - Codice di procedura penale, art. 538.
 - Costituzione, artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma; Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 6, paragrafo 1. Pag. 21
- N. **174.** Sentenza 23 giugno - 12 luglio 2022
 Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.
Processo penale - Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato - Concessione per reati connessi, ex art. 12, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., ad altri per i quali tale beneficio sia già stato concesso - Esclusione - Irragionevolezza - Illegittimità costituzionale in parte qua.
 - Codice penale, art. 168-bis, quarto comma.
 - Costituzione, art. 3. Pag. 31



ATTI DI PROMOIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

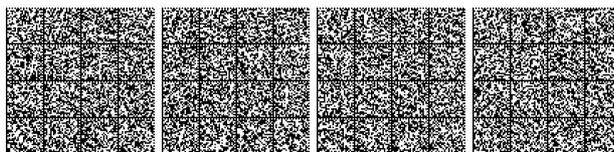
- N. 37. Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 10 giugno 2022 (del Presidente del Consiglio dei ministri)
- Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Previsione che gli interventi riguardano esclusivamente la canapa (*Cannabis sativa L.*) con un contenuto di tetraidrocannabinolo (THC) entro i limiti previsti dalla normativa europea e statale.**
- Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Previsione che la Regione promuove, tra l'altro, le attività di sperimentazione e ricerca funzionali all'espansione della coltura della canapa orientate all'utilizzo della canapa nel settore alimentare, cosmetico, farmacologico e ornamentale; le attività di formazione di coloro che operano nella filiera della canapa e di informazione per la diffusione della conoscenza delle proprietà della canapa e dei suoi utilizzi nel campo agronomico, agroindustriale, della bioedilizia e farmacologico; l'impiego e test dei semi di canapa per la produzione di semi decorticati ad uso alimentare.**
- Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Prodotti ottenibili dalla coltivazione della canapa - Inserimento tra i prodotti ottenibili di piante intere, parti di pianta e rami freschi o essiccati, polveri derivate, ottenute dalla macinatura, vagliatura o setacciamento.**
- Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Canapa terapeutica - Promozione, coltivazione e trasformazione della canapa terapeutica ad uso medico da parte delle aziende pubbliche e private presenti nel territorio regionale.**
- Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Norma finanziaria - Previsione che la Regione attua la legge regionale n. 6 del 2022 nei limiti delle risorse finanziarie stanziare annualmente con legge di bilancio per tali finalità.**
- Legge della Regione autonoma Sardegna 11 aprile 2022, n. 6 (Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale), artt. 1, comma 5; 2, comma 2, lettera a), numeri 1 e 6, lettera b) e lettera c); 3, comma 1, lettere h) e i); 8; e 9..... Pag. 39
- N. 78. Ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze del 24 marzo 2022
- Misure di sicurezza - Libertà vigilata - Condannato alla pena dell'ergastolo ammesso alla liberazione condizionale - Applicazione obbligatoria della misura della libertà vigilata - Previsione della durata della libertà vigilata in misura fissa e predeterminata - Mancata previsione della possibilità del magistrato di sorveglianza di verificare l'adeguatezza della sua permanente esecuzione e, per l'effetto, di disporre la revoca anticipata.**
- Codice penale, artt. 177, secondo comma, e 230, primo comma, numero 2. Pag. 45
- N. 79. Ordinanza del Tribunale di Ravenna del 23 maggio 2022
- Processo penale - Incompatibilità del giudice - Incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice il quale abbia concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen. - Mancata previsione.**
- Codice di procedura penale, artt. 623, comma 1, lettera a), e 34..... Pag. 54



N. 80. Ordinanza del Tribunale di Ravenna del 23 maggio 2022

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice il quale abbia concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen. - Mancata previsione.

– Codice di procedura penale, artt. 623, comma 1, lettera a), e 34..... Pag. 60





SENTENZE ED ORDINANZE DELLA CORTE

N. 171

Sentenza 8 giugno - 8 luglio 2022

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Sanità pubblica - Farmacie - Effettuazione dei test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e dei tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARS-CoV-2 - Possibilità che i test siano effettuati anche presso le parafarmacie - Omessa previsione - Denunciata violazione della libertà di iniziativa economica e del principio di ragionevolezza - Non fondatezza delle questioni.

- Legge 30 dicembre 2020, n. 178, art. 1, commi 418 e 419.
- Costituzione, artt. 3 e 41.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Giuliano AMATO;

Giudici : Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 418 e 419, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023), promosso dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche nel procedimento vertente tra il Movimento nazionale liberi farmacisti e altri e la Regione Marche e altri, con ordinanza dell'11 gennaio 2022, iscritta al n. 4 del registro ordinanze 2022 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 6, prima serie speciale, dell'anno 2022.

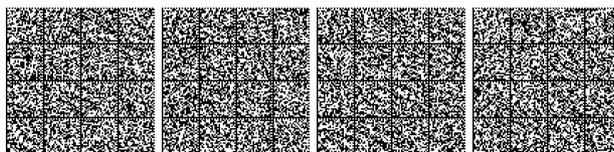
Visti gli atti di costituzione del Movimento nazionale liberi farmacisti e altri, dell'Unione regionale dei titolari di farmacia delle Marche - Federfarma Marche, della Federazione nazionale unitaria dei titolari di farmacia italiani - Federfarma, nonché gli atti di intervento di Parafarmacia S. Rita di Binda Gaia e altri e del Presidente del Consiglio dei ministri; udito nell'udienza pubblica del 7 giugno 2022 il Giudice relatore Filippo Patroni Griffi;

uditi gli avvocati Daniele Granara per Movimento nazionale liberi farmacisti e altri, Andrea Galvani per Unione regionale dei titolari di farmacia delle Marche - Federfarma Marche, Piermassimo Chirulli e Massimo Luciani per Federazione nazionale unitaria dei titolari di farmacia italiani - Federfarma e l'avvocato dello Stato Gianna Galluzzo per il Presidente del Consiglio dei ministri;

deliberato nella camera di consiglio dell'8 giugno 2022.

Ritenuto in fatto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 418 e 419, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023), per violazione degli artt. 3



e 41 della Costituzione. Le disposizioni censurate - nella parte in cui consentono alle sole farmacie, e non anche alle cosiddette parafarmacie, l'effettuazione dei «test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e dei tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigeni SARS-CoV-2» - determinerebbero un'irragionevole disparità di trattamento tra farmacie e parafarmacie, limitando inoltre, senza un giustificato motivo, la libertà di iniziativa economica delle seconde, che non potrebbero svolgere un'attività che invece le prime, operanti nello stesso mercato di riferimento, sono abilitate a svolgere.

1.1.- Il giudice *a quo* riferisce di essere chiamato a decidere, su ricorso di alcuni titolari di parafarmacie ubicate nella Regione Marche e da tre associazioni di categoria, sull'impugnazione della deliberazione della Giunta regionale delle Marche 24 maggio 2021, n. 663, nonché di altri atti presupposti, connessi e conseguenti specificamente indicati. Con detta deliberazione, la Giunta ne ha annullato in autotutela una precedente, la n. 465 del 19 aprile 2021, che era volta a recepire l'accordo con le parafarmacie per l'effettuazione di «test rapidi basati sulla ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi anti SARS-CoV-2». I ricorrenti hanno richiesto, altresì, la condanna della Regione Marche al risarcimento del danno patito in ragione del provvedimento impugnato.

1.2.- Il TAR Marche dà conto, innanzitutto, delle doglianze dei ricorrenti nel giudizio *a quo*.

Nel loro ricorso, questi premettono che le parafarmacie, istituite dal decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, «sono nate per incrementare l'offerta del servizio farmaceutico in favore dell'utenza e per aumentare il tasso di concorrenza all'interno del mercato di riferimento». In ciascuna di esse devono essere presenti uno o più farmacisti abilitati (art. 5, comma 2, del d.l. n. 223 del 2006, come convertito).

A causa della pandemia da COVID-19 e in ragione della «impellente necessità di svolgere screening di massa» la Regione Marche, con deliberazione della Giunta n. 1547 del 2020, aveva approvato l'accordo con le organizzazioni rappresentative delle farmacie convenzionate «finalizzato all'effettuazione dei test diagnostici sierologici rapidi per la ricerca degli anticorpi per il virus SARS-CoV-2»; con deliberazione della Giunta n. 145 del 2021, aveva sottoscritto l'accordo per l'effettuazione di tamponi rapidi antigenici in farmacia; con deliberazione della Giunta n. 146 del 2021, aveva ampliato il novero delle strutture che possono effettuare il test antigenico rapido (laboratori, strutture e professionisti privati accreditati dalla Regione), secondo quanto previsto dalla circolare del Ministero della salute n. 705 del 2021 (Aggiornamento della definizione di caso COVID-19 e strategie di testing).

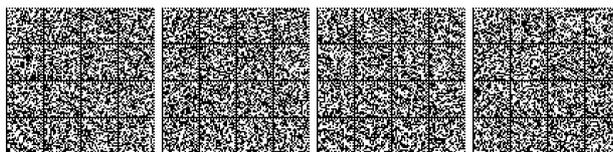
Successivamente, in ragione dell'andamento della pandemia, la Regione ha voluto implementare i servizi di screening e, con la indicata deliberazione n. 465 del 2021, poi annullata in autotutela, ha approvato l'accordo con le associazioni più rappresentative delle parafarmacie delle Marche per l'effettuazione dei test in questione: ciò, al dichiarato fine di facilitare l'accesso dei cittadini alle prestazioni sanitarie, aumentare l'efficienza e la capillarità delle attività di prevenzione, mettere in atto un controllo più accurato dell'evoluzione della pandemia. In tale accordo erano stabilite le modalità di adesione e gli obblighi delle parafarmacie quali, in particolare, la necessità che i test si svolgessero con il presidio di un farmacista e che l'esito dei tamponi fosse comunicato all'amministrazione regionale ai fini dell'inserimento in apposita banca dati.

La richiamata deliberazione della Giunta regionale, pertanto, in linea con la normativa statale volta a contenere e gestire l'emergenza sanitaria, aveva ritenuto le parafarmacie strutture in grado di aumentare l'efficienza delle attività di prevenzione e contrasto alla diffusione del virus. Una volta stipulato l'accordo, argomenta il giudice ricorrente, le parafarmacie si sono adeguate ai protocolli stabiliti e hanno investito notevoli risorse per poter eseguire i test in discorso.

1.2.1.- In data 26 aprile 2021, tuttavia, Federfarma Marche chiedeva alla Giunta regionale, con formale diffida, l'annullamento della citata deliberazione, che veniva reputata illegittima per diversi profili, innanzitutto perché in violazione del disposto dell'art. 1, comma 418, della legge n. 178 del 2020, alla luce del quale il legislatore avrebbe «inteso riservare alle sole farmacie la possibilità di effettuare test mirati al monitoraggio del virus SARS-CoV-2». L'effettuazione di tali test presso le parafarmacie, inoltre, sarebbe in contrasto con quanto affermato da questa Corte nella sentenza n. 66 del 2017 - secondo la quale la legislazione statale consentirebbe alle parafarmacie la sola vendita di talune ristrette categorie di medicinali - oltre che con i principi posti dal legislatore statale sulla organizzazione del servizio farmaceutico, i quali avrebbero natura di principi fondamentali nella materia «tutela della salute», ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.

In sede di parere, richiesto dall'Azienda regionale sanitaria Marche, l'Avvocatura regionale ha ritenuto corretta la prospettazione di Federfarma.

L'annullamento in autotutela, pertanto, sarebbe stato adottato in quanto, erroneamente, si è dato «esclusivo rilievo» al luogo in cui è eseguito il test, «anziché, come si sarebbe dovuto, alla figura professionale del soggetto che, tanto nelle farmacie che nelle parafarmacie, è obbligato ad assistere gli utenti nell'esecuzione del (o anche a effettuare in prima persona *il*) test».



Di qui la censura, da parte dei ricorrenti, dell'operato della Regione per diversi motivi.

1.3.- Il TAR Marche riferisce di aver respinto la domanda cautelare; tale pronuncia è stata riformata dal Consiglio di Stato, sezione terza, con l'ordinanza 21 settembre 2021, n. 5163, nei soli limiti della sollecita fissazione dell'udienza di trattazione nel merito, poi fissata per il 15 dicembre 2021.

Ciò premesso, il giudice rimettente reputa che «la definizione del presente giudizio non possa prescindere dalla previa risoluzione» delle sollevate questioni di legittimità costituzionale e di non poter accogliere le istanze dei ricorrenti volte a investire la Corte di giustizia dell'Unione europea.

1.3.1.- Il giudice dell'Unione europea, infatti, nella sentenza 5 dicembre 2013, in cause da C-159/12 a C-161/12, quarta sezione, Venturini e altri, si è pronunciato su questioni che vedevano contrapporsi farmacie e parafarmacie, affermando la compatibilità con i Trattati delle «limitazioni che la legge nazionale italiana poneva alle prestazioni e alle attività che le parafarmacie possono erogare» (si trattava, nella specie, del divieto di vendita, posto in capo alle parafarmacie, di una intera classe di farmaci, quelli soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale). In particolare, si affermò allora che spetta a ciascuno Stato membro stabilire a quale livello intenda garantire la sanità pubblica e il modo in cui raggiungere detto livello, ferma restando la necessità che il sistema attuato sia idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo e non vada oltre quanto necessario per raggiungerlo.

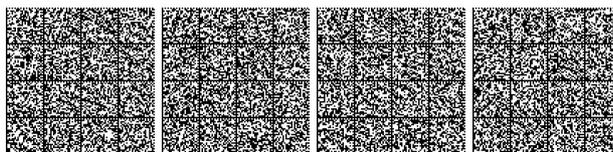
Il rimettente, che riporta ampi stralci della decisione, afferma che i «ricorrenti, non si comprende sulla base di quali dati di conoscenza, sostengono che la pronuncia della CGUE andrebbe in realtà letta come un'ultima chance che il giudice comunitario ha voluto concedere al legislatore italiano per allineare la normativa di settore ai principi di concorrenza, libertà di stabilimento e parità di accesso al mercato, salvando in limine una normativa che, nel suo complesso, è invece confliggente con i citati principi comunitari».

Il TAR Marche non condivide tale assunto dei ricorrenti, deducendo, al contrario, che le conclusioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha ritenuto non contrastante con i Trattati una «limitazione permanente e rilevante» all'attività delle parafarmacie, «sono viepiù attagliate alla odierna controversia», ove viene invece in rilievo una limitazione «transeunte e riguardante peraltro solo una specifica prestazione, il tutto nel pieno di una emergenza sanitaria di livello pandemico». Aggiunge, poi, che, in ragione della sopravvenuta normativa di cui all'art. 5 del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche), convertito nella legge 16 settembre 2021, n. 126, l'accordo con le farmacie approvato con la citata deliberazione n. 145 del 2021 è stato sospeso, il che «rende ancora meno rilevante [...] qualsiasi profilo comunitario».

1.3.2.- Nel passare a motivare sulle ragioni che lo inducono a sollevare le questioni di legittimità costituzionale, il giudice rimettente, anzitutto, esclude che le disposizioni censurate possano essere «suscettibili di interpretazione analogica o estensiva». Il legislatore italiano, infatti, avrebbe ben presente la distinzione tra farmacie e parafarmacie, sicché «sia in base al canone di interpretazione letterale, sia alla luce delle fondate argomentazioni delle parti resistenti» deve escludersi che la disposizione contenga un refuso. Conseguentemente, il TAR rimettente reputa infondati tutti i «motivi di ricorso tesi ad evidenziare la violazione dei diritti partecipativi dei soggetti privati destinatari degli effetti lesivi del provvedimento di autotutela e l'assenza dei presupposti per il legittimo esercizio del *ius poenitendi* previsti dall'art. 21-*nonies*» della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi). Resta invece da verificare, afferma il giudice *a quo*, se poteva considerarsi illegittima la deliberazione della Giunta regionale che recava l'accordo con le parafarmacie, annullata in autotutela dalla Regione perché ritenuta in violazione delle disposizioni censurate: il che, dunque, porta il giudice marchigiano a dubitare della legittimità costituzionale di queste ultime.

1.3.3.- In punto di rilevanza, il giudice *a quo* osserva che, al di là del fatto che l'accordo con le parafarmacie ha avuto comunque vigenza per circa un mese, i ricorrenti hanno proposto anche la domanda risarcitoria per i danni che assumono di aver subito con l'adozione del provvedimento di autotutela, di modo che l'eventuale illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate avrebbe «evidenti riflessi» sulla delibazione di detta domanda. Ove, infatti, le questioni di legittimità costituzionale fossero reputate non fondate, nel giudizio principale andrebbe verificato «se, al di là della conformità del provvedimento di autotutela alla normativa statale, il modus operandi dell'amministrazione sia comunque rilevante ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.»; in caso di suo accoglimento, invece, dovrebbe essere chiamato in giudizio anche il Presidente del Consiglio dei ministri, in rappresentanza dello Stato, perché - ferma restando l'eventuale autonoma responsabilità della Regione - è al legislatore statale che si deve l'adozione delle disposizioni costituzionalmente illegittime.

1.3.4.- In punto di non manifesta infondatezza, il TAR Marche muove dall'osservazione per cui «un farmacista abilitato è idoneo ad eseguire tutte le prestazioni connesse all'arte farmaceutica a prescindere dal luogo in cui egli si trovi ad operare», senza che su ciò rilevi, nell'attuale ordinamento di settore e tanto più durante l'emergenza pandemica, il diverso ruolo delle farmacie e delle parafarmacie.



Non varrebbe opporre che «la struttura più “istituzionale”» delle farmacie offra maggiori garanzie circa l'erogazione di prestazioni sanitarie, come questa Corte avrebbe affermato nella sentenza n. 66 del 2017. Questo argomento, infatti, presuppone l'esistenza di «una differenza oggettiva fra la prestazione erogata nella farmacia e quella erogata nella parafarmacia», altrimenti si è dinanzi a una ingiustificata compressione della libertà di iniziativa economica: nel caso di specie, non sussisterebbe alcuna differenza, stante il fatto che in entrambi i casi - come dimostrerebbero gli accordi stipulati dalla Regione Marche con farmacie e parafarmacie - il tampone sarebbe stato eseguito in modalità di autosomministrazione da parte dell'assistito sotto la sorveglianza del farmacista, il quale avrebbe dovuto verificare la corretta esecuzione dei passaggi affinché il test fornisse un risultato attendibile.

Ne consegue, a parere del TAR rimettente, la violazione degli artt. 3 e 41 Cost. perché, senza un giustificato motivo, viene «limitata la libertà di iniziativa economica di determinati soggetti giuridici rispetto alla medesima attività che altri soggetti giuridici operanti nello stesso mercato di riferimento sono invece abilitati a svolgere (attività, peraltro, che richiede una identica qualificazione professionale)».

La scelta del legislatore non potrebbe trovare giustificazione nella supposta circostanza che le farmacie garantirebbero una maggiore riservatezza, in quanto molte di esse, «soprattutto rurali o “storiche”», non dispongono di spazi adeguati e sono pertanto autorizzate ad avvalersi anche di spazi esterni o strutture appositamente allestite, sicché non c'è alcuna sostanziale differenza con le parafarmacie, le quali sarebbero chiaramente tenute ad attrezzarsi similmente ove necessario.

Di nessun rilievo, infine, sarebbero i profili concernenti il collegamento con la banca dati regionale e il trattamento di dati sensibili: per quel che riguarda il primo, infatti, è sufficiente «la disponibilità di un personal computer e di una connessione internet»; per quel che riguarda il secondo, se è vero che le farmacie, in quanto parte del servizio sanitario nazionale (SSN), sono già autorizzate a trattare i dati sensibili, va anche considerato, da un lato, che l'accordo con le parafarmacie prevedeva analoga autorizzazione e, per un altro, che «il farmacista è già di per sé soggetto alle regole deontologiche professionali».

Il TAR Marche, infine, rileva che la limitazione disposta dalle norme censurate è, altresì, «in conflitto logico con la *ratio* sottesa alla normativa emergenziale, ossia quella di incrementare il numero di tamponi», senza che in proposito possano essere valorizzati i profili di cui alla citata sentenza della CGUE Venturini e altri, «perché la decisione dei cittadini di eseguire i tamponi in questione non discende necessariamente dall'insorgenza di sintomi della malattia, ma anche dal principio di precauzione». La possibilità di effettuare tamponi anche in parafarmacia, pertanto, «avrebbe aumentato lo screening di massa, senza peraltro incidere sul tradizionale bacino di utenza delle farmacie».

1.4.- Da ultimo, il giudice *a quo* osserva che il ruolo eminente delle farmacie nella gestione della crisi sanitaria, riconfermato dalla legislazione successiva alle disposizioni censurate, non ha rilievo sulla controversia del giudizio principale, anche perché «non significa che tale scelta sia insuscettibile di essere contestata da chi vi abbia interesse».

2.- Con atto del 28 febbraio 2022, si è costituita in giudizio l'Unione regionale dei titolari di farmacia delle Marche - Federfarma Marche, parte nel giudizio *a quo*, chiedendo che sia dichiarata l'inammissibilità o, comunque, la non fondatezza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

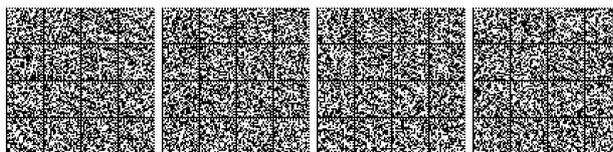
2.1.- Premessa la ricostruzione dei fatti di causa, la parte ritiene che le disposizioni censurate siano conformi a Costituzione «in ragione delle significative differenze esistenti tra farmacie e parafarmacie e della preminente finalità perseguita dal legislatore di tutela della salute».

Secondo la legislazione italiana, infatti, soltanto le farmacie «sono parte integrante ed essenziale del servizio sanitario, si configurano come presidi sanitari di rilievo e prestano un servizio pubblico, con conseguente assoggettamento ad un insieme articolato e rigoroso di obblighi inerenti all'esercizio di tale attività e relativi stringenti controlli», mentre le parafarmacie, non soggette a tali obblighi e controlli, sono «meri esercizi commerciali di prossimità».

Tale differenziazione avrebbe già superato il vaglio tanto della Corte di Lussemburgo, quanto quello di questa Corte. Il giudice di Lussemburgo, nella già richiamata sentenza Venturini e altri, avrebbe riconosciuto che le farmacie offrono sotto più aspetti «maggiore garanzia tecnica», così come questa Corte, nella sentenza n. 216 del 2014, avrebbe del pari affermato che le farmacie assicurano un «insieme di garanzie maggiori». Conclusioni, queste, che avrebbero poi trovato conferma, tanto nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2 luglio 2015, quarta sezione, in causa C-497-12, Gullotta, quanto nella sentenza n. 66 del 2017 di questa Corte.

Per tali ragioni, non vi sarebbe alcuna violazione dell'art. 3 Cost., perché non è indifferente che una prestazione sia erogata in farmacia o in parafarmacia, poiché soltanto dalla prima è assicurata «la continuità e la qualità del servizio offerto, oltre che condizioni idonee a garantire un'efficace tutela della salute dei propri clienti».

2.1.1.- Ancora evocando la sentenza Venturini e altri, la difesa della parte reputa non fondato anche il dubbio di legittimità costituzionale in relazione all'art. 41 Cost. Secondo tale pronuncia, infatti, la finalità della tutela della salute consentirebbe agli Stati membri di regolare e limitare la concorrenza «per garantire il soddisfacimento di siffatte pri-



marie esigenze sanitarie». Ciò, peraltro, sarebbe anche rispettoso del principio di precauzione, che giustifica limitazioni della libertà di iniziativa economica, di stabilimento e di concorrenza quando rivolte a tutelare la salute (sono richiamate le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, 1° marzo 2018, in causa C-297/2016, *Colegiul Medicilor Veterinari din România - CMVRO* e 1° ottobre 2020, in causa C-649/2018, *A* e altri).

Del resto, anche la giurisprudenza di questa Corte (oltre alla sentenza n. 216 del 2014, è richiamata la n. 430 del 2007) avrebbe ritenuto «prevalente l'esigenza di tutelare il fondamentale diritto alla salute, lasciando completamente in ombra il profilo imprenditoriale».

3.- Con atto del 1° marzo 2022, si è costituita in giudizio Federfarma - Federazione nazionale unitaria dei titolari di farmacia italiani, parte nel giudizio *a quo*, chiedendo che sia dichiarata l'inammissibilità o, in subordine, la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale.

3.1.- Ampiamente ripercorsa l'ordinanza di rimessione, la difesa della parte costituita eccepisce, innanzitutto, l'inammissibilità delle questioni per una pluralità di motivi.

3.2.- Nel merito, esse sarebbero, ad ogni modo, non fondate.

3.2.1.- È attraverso le farmacie pubbliche e private convenzionate, infatti, che il servizio sanitario nazionale, secondo quanto previsto dagli artt. 25 e 28 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), erogherebbe prevalentemente l'assistenza farmaceutica, che è volta ad assicurare in concreto la tutela del diritto costituzionale alla salute e che, non a caso, è inserita tra i livelli essenziali di assistenza (LEA) disciplinati dal d.P.C.m. 12 gennaio 2017 (Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502).

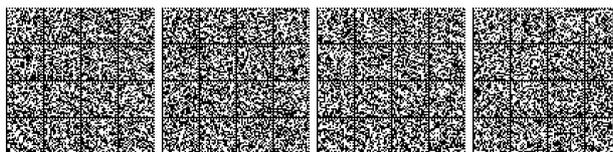
D'altra parte, la stessa giurisprudenza costituzionale avrebbe più volte affermato che la «rete capillare delle farmacie» (sentenza n. 27 del 2003) svolge un «servizio di pubblico interesse» (sentenza n. 312 del 1983), preordinato a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute. Posizione, questa - aggiunge la parte - che è condivisa tanto dal Consiglio di Stato (sono richiamate l'ordinanza dell'adunanza plenaria, 30 marzo 2000, n. 1, e il parere della Commissione Speciale 3 gennaio 2018, n. 69), quanto dalla CGUE (oltre alla sentenza *Venturini e altri*, è richiamata la sentenza 1° giugno 2010, in cause C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*). Sarebbe evidente, pertanto, che «la farmacia rappresenta il presidio di prossimità del Servizio Sanitario Nazionale».

Al fine di valorizzare il ruolo delle farmacie all'interno del SSN, il decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153 (Individuazione di nuovi servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nonché disposizioni in materia di indennità di residenza per i titolari di farmacie rurali, a norma dell'articolo 11 della legge 18 giugno 2009, n. 69), avrebbe definito nuovi compiti e funzioni assistenziali delle farmacie, tra i quali l'erogazione di servizi di primo e di secondo livello (art. 1, comma 2, lettere *c*, *d*) ed *e*). L'attività delle farmacie, dunque, «non è più ristretta alla distribuzione di farmaci o di prodotti sanitari, ma si estende alla prestazione di servizi» (è citata, ancora, la sentenza n. 66 del 2017).

Ebbene, l'esclusione delle parafarmacie dall'erogazione di servizi, nell'ambito dei quali rientrerebbe la disciplina censurata, sarebbe «pienamente legittima e ragionevole», perché la cosiddetta farmacia dei servizi si fonda sui «pilastri» della «capillarità delle farmacie» e sulla «qualità e peculiare affidabilità del servizio ch'esse offrono». Quanto al primo di tali pilastri, esso si baserebbe sulla pianta organica, che fa sì che l'assistenza farmaceutica, comprensiva dei servizi, sia garantita «in ogni contesto geografico»: pianta organica che le parafarmacie «hanno più volte tentato di cancellare con plurime iniziative giudiziarie». Quanto al secondo - prosegue la parte - farmacie e parafarmacie «non possono essere neanche lontanamente equiparate» in relazione a qualità e peculiare affidabilità del servizio erogato. Ciò non solo perché soltanto le farmacie sono riconducibili al SSN e sono luogo predisposto a garantire la tutela della salute (come chiaramente riconosciuto tanto dalla giurisprudenza costituzionale che del Consiglio di Stato, nelle pronunce già richiamate), ma anche perché ci sono significative differenze organizzative, puntualmente richiamate in atti, che inciderebbero su qualità e affidabilità del servizio.

3.2.2.- Le differenze intercorrenti tra farmacie e parafarmacie, pertanto, sarebbero così evidenti che sarebbe dimostrata la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost., perché «non ha alcun fondamento logico, ancora prima che giuridico, pretendere di paragonarle e porle sullo stesso piano». Del resto, questa Corte già nella sentenza n. 216 del 2014 avrebbe affermato, con ragionamento estensibile al caso di specie, che consentire alle parafarmacie di svolgere attività riservate alle farmacie finirebbe con l'affidare dette attività ad esercizi commerciali «che lo stesso legislatore ha voluto assoggettare ad una quantità meno intensa di vincoli e adempimenti».

3.2.3.- Per escludere la violazione dell'art. 41 Cost. sarebbe sufficiente richiamare la sentenza n. 85 del 2020 di questa Corte, la quale avrebbe ribadito che non v'è lesione della libertà d'iniziativa economica privata quando i limiti al suo esercizio corrispondano all'utilità sociale, che deve essere individuata in modo non arbitrario e perseguita con misure non palesemente incongrue: la tutela della salute rientra pacificamente nell'ambito dell'utilità sociale (è richia-



mata, *ex multis*, anche la sentenza n. 137 del 1971), come da ultimo avrebbe confermato la modifica dell'art. 41 Cost. operata con la legge di revisione costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente).

4.- Con atto del 1° marzo 2022 è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha chiesto che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate manifestamente infondate.

4.1.- L'interveniente, ricostruiti brevemente i termini del giudizio principale e della ordinanza di rimessione, reputa necessario dar conto del contenuto delle deliberazioni regionali adottate per far fronte alla necessità di eseguire test diagnostici per il COVID-19.

Lo schema di accordo con le parafarmacie che ha originato la controversia nel giudizio principale prevedeva che tali test fossero eseguiti in modalità di autosomministrazione da parte dell'assistito, sotto sorveglianza del farmacista: si tratta di modalità che, diversamente da quanto affermato nell'ordinanza di rimessione, è differente da quella deliberata per l'esecuzione dei test presso le farmacie in attuazione delle disposizioni censurate. In merito a quest'ultima, infatti, la Regione ha adottato tre deliberazioni, ciascuna delle quali sostitutiva della precedente.

L'accordo approvato con la deliberazione n. 1547 del 1° dicembre 2020, che effettivamente prevedeva modalità identiche a quelle successivamente previste nell'accordo con le parafarmacie, «è stato sancito prima ed a prescindere dall'emanazione dei commi 418 e 419 della Legge di bilancio 2021». Con tale accordo, pertanto, la Regione intendeva porre in essere «una strategia di screening» basata sul sistema della farmacia dei servizi, ma priva di relazione alcuna con la disciplina statale censurata nell'odierno giudizio. Successivamente, il legislatore statale ha adottato, oltre alle disposizioni censurate, quella di cui all'art. 1, comma 420, della medesima legge di bilancio, il quale ha individuato tra i nuovi servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del SSN l'effettuazione da parte di un farmacista di test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare.

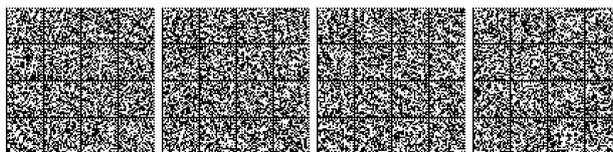
La Regione provvedeva, pertanto, a sostituire l'ora citata deliberazione con la n. 145 del febbraio 2021 che, approvando l'accordo con le farmacie, espressamente richiamava la normativa statale di cui alla legge di bilancio per il 2021.

Il legislatore statale è, poi, ulteriormente intervenuto in materia con il d.l. n. 105 del 2021, come convertito, il cui art. 5 ha dettato una disciplina attuativa delle disposizioni censurate che, in particolare, prevede che il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 definisce, d'intesa con il Ministro della salute, un protocollo d'intesa con le farmacie e le altre strutture sanitarie al fine di assicurare la somministrazione di test antigenici rapidi a prezzi contenuti. Tale protocollo, stipulato in data 5 agosto 2021, ha previsto che la somministrazione dei test deve essere effettuata «direttamente da parte dei farmacisti ovvero da parte di personale sanitario abilitato (infermiere biologo) all'uopo individuato dal titolare o dal direttore tecnico della farmacia». Conseguentemente, la Regione Marche ha sospeso, con la deliberazione n. 1030 dell'11 agosto 2021, la precedente deliberazione n. 145.

4.2.- La descritta evoluzione della normativa dimostrerebbe, secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, come si sia passati «dall'espletamento dei test in modalità di auto-somministrazione da parte dell'assistito sotto la sorveglianza del farmacista, ad una somministrazione diretta dei test da parte dei farmacisti ovvero di infermieri o biologi, in tal caso a mezzo di dispositivi medico-diagnostici in vitro ad uso professionale».

Particolare rilievo, in proposito, avrebbe il già citato comma 420, volto a consentire, per l'espletamento dei test sierologici, il prelievo del sangue capillare. Sarebbe evidente, pertanto, che la richiamata disciplina dettata dal legislatore statale ricade nell'ambito del sistema delineato dal d.lgs. n. 153 del 2009, «il cui perimetro di applicazione investe esclusivamente le farmacie convenzionate» e non anche gli esercizi commerciali di cui all'art. 5 del d.l. n. 223 del 2006, come convertito; conseguentemente, le prestazioni individuate dall'accordo che ha originato il giudizio *a quo* «non coincidono con quelle garantite dal SSN».

4.2.1.- Ulteriore differenza tra la deliberazione concernente l'accordo con le parafarmacie e le norme censurate risiederebbe nella remunerazione del servizio. Per i test eseguiti presso le parafarmacie, il relativo costo sarebbe rimasto a carico dell'assistito, pur entro cifre massime espressamente indicate nell'accordo. Per le farmacie, invece, la remunerazione è disciplinata dalle convenzioni di cui all'art. 8, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati ai sensi dell'art. 4, comma 9, della legge 30 dicembre 1991, n. 412 (Disposizioni in materia di finanza pubblica), e ai correlati accordi regionali, «che tengano conto anche delle specificità e dell'importanza del ruolo svolto in tale ambito dalle farmacie rurali»: il che confermerebbe che le norme censurate ricadono «nella disciplina dei rapporti per l'erogazione delle prestazioni assistenziali».



4.2.2.- Il Presidente del Consiglio dei ministri rileva, pertanto, che i commi 418, 419 e 420 dell'art. 1 della legge di bilancio per il 2021 devono «essere letti nel contesto del modello dei nuovi servizi erogati dalle farmacie quali presidi del Servizio sanitario nazionale», secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 153 del 2009 e da connessi decreti ministeriali. Assume rilievo, in particolare, il decreto del Ministro della salute 16 dicembre 2010 (Erogazione da parte delle farmacie di specifiche prestazioni professionali), il quale definisce le condizioni e i limiti delle analisi di autocontrollo effettuabili in farmacia, in favore del cittadino: accertamenti, questi, che «possono essere un utile supporto all'attività dei medici di medicina generale nelle situazioni in cui l'esecuzione degli stessi accertamenti negli studi dei medici di assistenza primaria e di pediatria di libera scelta non risulti possibile dal punto di vista organizzativo».

Orbene, se è solo alle farmacie, la cui apertura è soggetta ad autorizzazione, che sono affidati tali servizi è perché è la loro presenza sul territorio nazionale a garantire «un'adeguata copertura dell'assistenza farmaceutica» e a evitare che «una quantità eccessiva di servizi vada a discapito della qualità del servizio». Le parafarmacie, che sono invece equiparate ad altre attività commerciali e che pertanto possono essere aperte solo con una segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA), devono dotarsi di un farmacista e possono vendere soltanto medicinali per i quali non è necessaria la ricetta medica, sicché non attengono ai livelli essenziali di assistenza farmaceutica.

La distinzione tra farmacie e parafarmacie, dunque, troverebbe la sua ragion d'essere «nell'esigenza di garantire un miglioramento costante della sicurezza e qualità delle cure, piuttosto che alle mere condizioni di concorrenzialità del mercato». Peculiarità, questa, che del resto non ha trovato obiezione da parte della giurisprudenza citata pure nell'ordinanza di rimessione.

4.3.- Il Presidente del Consiglio dei ministri conclude, pertanto, per la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale. Le disposizioni censurate non si applicano alle parafarmacie perché esse non sono annoverabili tra i soggetti che espletano assistenza sanitaria per il SSN, ma le evidenti differenze che connotano le loro funzioni e attività rispetto a quelle delle farmacie escluderebbero la violazione dell'art. 3 Cost.; non sarebbe conferente, poi, il profilo relativo alla libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

5.- Con atto del 1° marzo 2022 si sono costituiti in giudizio il Movimento nazionale liberi farmacisti, l'Unione nazionale dei farmacisti titolari di sola parafarmacia - UNAFITSP, la Federazione nazionale parafarmacie italiane (FNPI) e altri, tutte parti nel giudizio *a quo*, chiedendo, in via principale, il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale, in quanto sarebbe possibile interpretare le disposizioni censurate in senso conforme ai parametri costituzionali evocati, e, in subordine, la loro dichiarazione di illegittimità costituzionale «nella parte in cui non prevedono la possibilità per gli esercizi commerciali di cui all'art. 4, comma 1, lettere *d*), *e*) e *f*)», del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, di effettuare le prestazioni» ivi indicate.

5.1.- Nel ripercorrere le vicende che hanno portato al contenzioso dinanzi al TAR Marche, la difesa delle parti osserva, innanzitutto, che, anche alla luce di quanto previsto dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito in legge 23 febbraio 2020, n. 6, e dal successivo d.P.C.m. 11 marzo 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale), nel contesto emergenziale le parafarmacie sarebbero state considerate attività essenziali.

In secondo luogo, rammenta come dinanzi al giudice *a quo* fosse stata avanzata la richiesta di effettuare «due questioni di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea», per sapere se le disposizioni censurate si pongano in contrasto con il principio di non discriminazione in materia di stabilimento di cui all'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130, e con i principi di parità di trattamento, trasparenza e concorrenza di cui agli artt. 101 e seguenti del medesimo Trattato e all'allegato Protocollo n. 27.

5.2.- Ciò premesso, le parti ritengono che l'ordinanza di rimessione abbia erroneamente escluso di poter interpretare in senso conforme a Costituzione le disposizioni censurate.

Al contrario, esse potrebbero essere lette nel senso di consentire anche alle parafarmacie l'effettuazione delle prestazioni consistenti in test sierologici ed antigenici rapidi, in quanto «la voluntas legis depone per la più ampia estensione della possibilità di rendere le prestazioni de quibus, al fine di garantire lo screening della popolazione su larga scala». In questa prospettiva, il legislatore non avrebbe inteso riferirsi «al luogo di offerta delle prestazioni, ma alla qualifica di farmacista del personale chiamato a sovrintendere l'effettuazione delle stesse», come sarebbe dimostrato dalla previsione che i test possono effettuarsi solo in spazi idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza, requisiti questi che non necessariamente sarebbero soddisfatti da una farmacia solo perché tale.

5.3.- Nel caso in cui questa Corte non ritenesse praticabile tale interpretazione conforme a Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale dovrebbero essere accolte.



Il ruolo assunto dalle farmacie durante la pandemia, infatti, non giustificherebbe «la riserva in loro favore dell'effettuazione di test sierologici e test antigenici rapidi di rilevazione del Covid-19». Tale affermazione troverebbe conferma della sentenza della CGUE Venturini e altri: se la riserva alle farmacie della commercializzazione dei medicinali soggetti a prescrizione trova giustificazione nella esigenza di garantire sull'intero territorio nazionale un servizio pubblico essenziale, diversamente la riserva operata dalle disposizioni censurate è irragionevole, in quanto l'effettuazione di test sierologici e antigenici rapidi anche presso le parafarmacie non eroderebbe «quella fetta di mercato tradizionalmente e - in vista della garanzia di un'elevata qualità e diffusione delle cure - necessariamente riservata alle farmacie».

Queste prestazioni, infatti, costituirebbero prestazioni aggiuntive, che possono essere effettuate anche presso ambulatori privati, sicché la loro liberalizzazione non inciderebbe sulla fetta di mercato riservata alle farmacie; del resto, si tratta di prestazioni sino a oggi non previste, di modo che la loro effettuazione da parte anche delle parafarmacie «non può ontologicamente inficiare la riserva di mercato in favore delle farmacie».

La circostanza per cui la cosiddetta riserva di farmacia non verrebbe incisa dall'estensione alle parafarmacie della possibilità di erogare i servizi in questione determinerebbe, conseguentemente, l'irrelevanza del peculiare regime cui sono sottoposte le farmacie, poiché il diverso trattamento potrebbe trovare giustificazione solo in una oggettiva differenza tra le prestazioni erogate: il che non è, perché a garantire l'elevata qualità di queste ultime sta «la presenza stabile di un soggetto qualificato, quale è il farmacista, che, *ex lege*, deve necessariamente essere presente sia nelle farmacie, sia nelle parafarmacie».

5.3.1.- Non sarebbero applicabili, poi, i principi affermati dalla sentenza di questa Corte n. 66 del 2017, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., di una legge regionale piemontese «che consentiva l'impiego di apparecchi di autodiagnostica rapida per il rilevamento di trigliceridi, glicemia e colesterolo totale presso gli esercizi di vicinato e nelle medie e grandi strutture di vendita».

La qualifica di principio fondamentale in materia di tutela della salute allora riconosciuto all'art. 1 del d.lgs. n. 153 del 2009 deriverebbe dal fatto, sostengono le parti, che il legislatore ha stabilito «un bouquet di servizi socio-sanitari di interesse generale, che la farmacia è chiamata - doverosamente - ad erogare in stretta collaborazione col Servizio sanitario nazionale». Si tratterebbe, tuttavia, di previsione stabile, «connessa all'imperitura necessità dell'offerta al pubblico di tali servizi», che in quanto tale è riconducibile alla riserva di farmacia, poiché dalla obbligatorietà di erogare dette prestazioni derivano costi da sostenere.

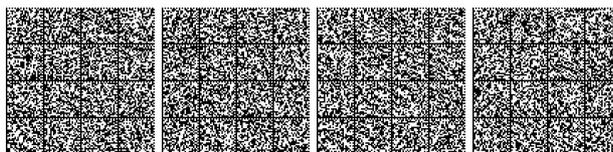
Le disposizioni censurate, invece, non sarebbero parte di una riforma organica del sistema delle farmacie, «ma si attecchiscono a previsioni puntuali e specifiche, inerenti ad una determinata prestazione» e, inoltre, non imporrebbero alcun obbligo, rimanendo le farmacie libere di aderire o meno alla possibilità offerta dal legislatore, «secondo la logica del profitto che muove ogni impresa». Esse, inoltre, «rinviangono la propria giustificazione nella situazione epidemiologica», che ha carattere emergenziale e contingente, difettando pertanto quella stabilità della necessità di garantire il servizio che giustificherebbe la sua inclusione nella riserva di farmacia.

D'altra parte, detta riserva non potrebbe essere continuamente implementata, quando il novero dei servizi offerti dalle farmacie «consente loro di trarre del profitto anche in contesti territoriali ove si registra minor affluenza»: essa, infatti, sarebbe «previsione derogatoria addirittura del principio fondamentale della libera concorrenza» e, dunque, «deve essere rigorosamente definita nei suoi confini alla stregua del principio di proporzionalità». L'applicazione a contrario dei principi espressi dalla CGUE nella sentenza Venturini e altri, in base ai quali «la sottrazione alla libera concorrenza dell'effettuazione di alcune prestazioni può essere giustificata solo in vista della tutela di interessi ulteriori di pari rilievo non altrimenti tutelabili», dovrebbero pertanto condurre alla conclusione che le disposizioni censurate siano in contrasto con l'art. 3 Cost.

5.3.2.- L'art. 1, commi 418 e 419, della legge n. 178 del 2020 contrasterebbe con il principio di ragionevolezza anche «sotto un altro dirimente profilo».

È stato adottato, infatti, per consentire un maggior tracciamento della diffusione del virus da COVID-19, sicché sarebbe irragionevole qualsivoglia limitazione della diffusione dei meccanismi che consentano lo screening, ove non vi siano «altrettanto impellenti necessità di tutela di contrastanti interessi». Le disposizioni censurate, peraltro, non solo renderebbero meno efficace la gestione della crisi pandemica, ma recherebbero un danno anche alle stesse farmacie, «operando dalla sempre crescente - fino all'insostenibilità - richiesta di effettuazione di tamponi degli utenti, costretti a lunghe attese, in rischiose situazioni di assembramento».

5.3.3.- Del pari evidente sarebbe la violazione dell'art. 41, primo comma, Cost. e del principio di libera concorrenza. Tale principio, infatti, potrebbe «subire compressioni o deroghe nelle sole ed esclusive ipotesi in cui vi siano interessi contrastanti parimenti meritevoli di tutela, in vista della quale, in rigorosa applicazione del principio di proporzionalità, non sia possibile misura diversa»: il che nel caso di specie non è, con «gravissimo danno patrimoniale per le parafarmacie» e correlato «ingiustificato arricchimento delle farmacie».



6.- Con ulteriori atti del 1° marzo 2022 si sono costituite in giudizio Farma DS Natura srls e altre - tutte persone giuridiche, con sede al di fuori della Regione Marche, che esercitano attività d'impresa quali parafarmacie, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.l. n. 223 del 2006, come convertito - affermando di essere intervenute ad adiuvandum nel giudizio innanzi al TAR Marche e concludendo in senso identico alle altre parafarmacie e associazioni di queste rappresentative, facendo leva sui medesimi argomenti.

7.- Ancora con atti del 1° marzo 2022 sono intervenute in giudizio, ai sensi dell'art. 4 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, Parafarmacia S. Rita di Binda Gaia e altre - anch'esse parafarmacie con sede al di fuori della Regione Marche - affermando di avere «preciso, concreto e diretto interesse» all'accoglimento del ricorso giurisdizionale amministrativo, in ragione del fatto che il contenzioso presso il TAR Marche ha indotto le altre Regioni ad astenersi dal siglare accordi analoghi. Nel merito, hanno concluso in senso identico alle altre parafarmacie e associazioni di queste rappresentative costituitesi in giudizio, offrendo i medesimi argomenti.

8.- In prossimità dell'udienza pubblica, l'Unione regionale dei titolari di farmacia delle Marche - Federfarma Marche ha depositato una memoria, con la quale ha insistito affinché sia dichiarata l'inammissibilità o la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale.

8.1.- In punto di ammissibilità, si rileva che il TAR Marche non avrebbe adeguatamente motivato in punto di rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale.

8.2.- Nel merito, la parte rievoca la giurisprudenza costituzionale che avrebbe già evidenziato le differenze tra farmacie e parafarmacie, differenze tali da rendere ragionevole la diversità di disciplina normativa prevista per le une e per le altre. In materia di tutela della salute, poi, assumerebbe rilevanza la sentenza n. 37 del 2021, in tema di prevenzione e di contrasto del rischio infettivo, peraltro ignorata dal rimettente.

Non potrebbe essere considerata equivalente, pertanto, l'erogazione prestata in farmacia o in parafarmacia, «tanto più a fronte di un'emergenza pandemica in cui è necessario contare su un servizio sicuro, organizzato e capillare». Il legislatore, riferendosi alla farmacia e non al farmacista, con le disposizioni censurate avrebbe voluto attribuire «valenza alla struttura farmaceutica, la quale deve sottostare a previsioni peculiari e specifiche ed obblighi gestionali inerenti l'attività, propri di un presidio del servizio sanitario»: solo le farmacie, infatti, potrebbero considerarsi primi punti di accesso del cittadino al SSN, mentre le parafarmacie sarebbero esercizi commerciali.

8.2.1.- Di rilievo, ancora, sarebbe l'evoluzione del ruolo della farmacia che, in base ai più recenti interventi legislativi, sarebbe ora farmacia dei servizi, ovvero «centro sociosanitario polifunzionale a servizio delle comunità nonché come punto di raccordo tra Ospedale e territorio e front office del Servizio sanitario nazionale» (è citata la sentenza del Consiglio di Stato, sezione seconda, 4 gennaio 2021, n. 111).

È in tale prospettiva che il legislatore avrebbe conferito alle farmacie i compiti di cui alle disposizioni censurate per la «prevenzione e la ricerca di anticorpi anti SARS CoV2», senza che ciò possa considerarsi irragionevole in virtù della emergenza pandemica, perché «l'impellenza di assicurare il più ampio tracciamento in una situazione emergenziale non può e non deve comportare l'inosservanza delle garanzie per la salute dei cittadini, che solo una farmacia può essere in grado di assicurare»; insomma, una situazione emergenziale, «proprio perché tale, non può essere colta come ragione per un allargamento indiscriminato di competenze in favore delle parafarmacie, che, al contrario, in condizioni ordinarie non potrebbero mai assumere».

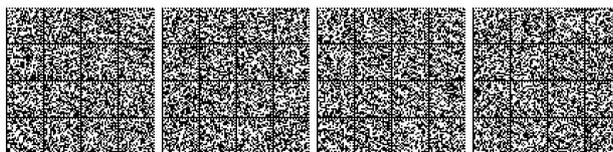
D'altra parte, il principio di ragionevolezza postulerebbe che l'intervento del legislatore «sia coerente rispetto all'obiettivo perseguito e non comporti effetti ultronei e sproporzionati»: il che sarebbe nel caso di specie, essendo la scelta legislativa volta a offrire la miglior tutela possibile alla salute in un contesto pandemico.

8.2.2.- Né potrebbe sostenersi che le disposizioni censurate siano in contrasto con l'art. 41 Cost., perché la giurisprudenza costituzionale avrebbe già affermato che il regime delle farmacie è volto a tutelare la salute, il che «consente di porre in essere in piena discrezionalità norme di regolazione della concorrenza».

9.- In prossimità dell'udienza pubblica, ha depositato memoria anche Federfarma - Federazione nazionale unitaria dei titolari di farmacia italiani, insistendo per l'inammissibilità o, in subordine, la non fondatezza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

9.1.- La difesa della parte, innanzitutto, rileva l'inammissibilità della costituzione in giudizio «di soggetti che non erano parti nel giudizio *a quo* al momento della ordinanza di promovimento», i quali non avrebbero neppure titolo a essere qualificati come intervenienti ai sensi dell'art. 4 delle Norme integrative.

9.2.- Per quel che concerne l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, la difesa di Federfarma ribadisce i diversi profili già rilevati nell'atto di costituzione, insistendo particolarmente sul difetto di rilevanza e di motivazione della rilevanza.



9.3.- Nel merito, a conferma della non fondatezza, starebbe la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 14 aprile 2022, n. 5, la quale avrebbe ribadito «il ruolo centrale delle farmacie nell'ambito delle prestazioni del SSN e a tutela della salute». Sarebbe stato confermato, pertanto, che solo le farmacie sono presidio di prossimità del SSN, a nulla rilevando che le parafarmacie (o altri esercizi commerciali) possano vendere i kit contenenti i cosiddetti tamponi, perché non sono in grado di «asseverare la medesima e particolare fede pubblica che assiste il risultato dei tamponi somministrati in farmacia». Sarebbe, dunque, «l'incardinamento nella struttura a rete del SSN, con i connessi oneri che comporta, a testimoniare la speciale attitudine delle farmacie a erogare il servizio oggi in discussione, attitudine non riconoscibile nelle [para]farmacie».

9.3.1.- La parte ribadisce, poi, che la normativa censurata «si inserisce armonicamente» nella disciplina della cosiddetta farmacia dei servizi di cui alla citata sentenza n. 66 del 2017, aggiungendo un altro servizio a quelli già erogati dalle farmacie per conto del SSN, come sarebbe dimostrato dal prezzo calmierato esistente per la somministrazione dei tamponi.

9.3.2.- L'importanza del ruolo delle farmacie all'interno del SSN, poi, sarebbe stato confermato da interventi successivi alle disposizioni censurate, legislativi e non solo: l'art. 20, comma 2, lettera *h*), del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41 (Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 21 maggio 2021, n. 69, ha previsto la possibilità di somministrare i vaccini contro il SARS-CoV-2 anche nelle farmacie; l'art. 5 del d.l. n. 105 del 2021, come convertito, non solo ha previsto che la somministrazione di test antigenici rapidi in farmacia debba essere assicurata sino al 31 dicembre 2021, ma ha disposto che esse concorrano alla campagna vaccinale antinfluenzale per la stagione 2021/2022; il Consiglio dei ministri ha approvato la riforma di settore del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), volta a definire un nuovo modello organizzativo della rete di assistenza sanitaria territoriale, ove è chiaramente ribadita l'essenzialità delle farmacie per il SSN per assicurare quotidianamente, in modo omogeneo sul territorio nazionale, servizi sanitari a tutela della salute della cittadinanza.

9.3.3.- Ancora, si insiste sulla circostanza per cui a differenziare le farmacie dalle parafarmacie starebbe, innanzitutto, la capillarità della presenza delle prime, la quale «rischierebbe fatalmente di rompersi nel caso in cui ad altri soggetti fosse consentito di svolgere anche solo alcune delle funzioni delegate alle farmacie - magari quelle più redditizie - senza sottostare a tutti gli obblighi organizzativi, di ubicazione e di svolgimento complessivo del servizio». Obblighi che, peraltro, sono volti a garantire qualità e peculiare affidabilità del servizio, sicché a contare non è solo la figura soggettiva del farmacista, ma decisamente «la farmacia come plesso organizzativo, del tutto differenziato dalla parafarmacia, mero esercizio commerciale di vicinato».

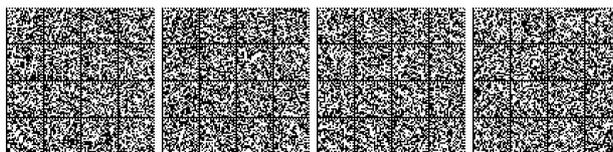
9.3.4.- Se tutti questi argomenti dimostrerebbero la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost., ad escludere la violazione dell'art. 41 Cost. starebbe la recente sentenza di questa Corte n. 218 del 2021, che ha ribadito che l'utilità sociale, quando non arbitraria e perseguita con misure non palesemente incongrue, può legittimamente limitare la libertà d'iniziativa economica.

Sotto questo profilo, poi, andrebbe rilevato che gli stessi ricorrenti nel giudizio principale, nel loro atto di costituzione, affermano che l'obbligatorietà di certi servizi giustificherebbe la loro riserva alle farmacie: ebbene, l'art. 5 del d.l. n. 105 del 2021, come convertito, dispone che le farmacie di cui alle disposizioni censurate sono tenute ad assicurare la somministrazione di test antigenici rapidi, obbligo presidiato da una sanzione amministrativa in caso di inosservanza.

9.3.5.- D'altra parte, a conclusioni analoghe sarebbe già arrivata la Corte di giustizia dell'Unione europea che, nella più volte richiamata sentenza Venturini e altri, si è posta nel solco della sua precedente giurisprudenza, più di recente ancora ribadita, in base alla quale lo Stato membro «ha ampi margini discrezionali per disciplinare le modalità di garanzia del livello di protezione della salute prescelto». Non solo, nella sentenza Venturini e altri la Corte di giustizia ha pienamente accolto tanto le conclusioni dell'Avvocato generale, quanto le osservazioni della Commissione, delle quali entrambe la parte riporta ampi stralci.

9.4.- La difesa di Federfarma, poi, ritiene non fondato l'assunto dei ricorrenti secondo cui sarebbe impellente la necessità di assicurare la massima diffusione degli strumenti che consentono lo screening. Verrebbe in tal modo confuso l'accertamento di eventuali positività - che può avvenire anche con i kit di autodiagnosi, vendibili anche in parafarmacia - con la necessità di «accertamenti che devono possedere una specifica garanzia di qualità e sono anche assistiti dalla pubblica fede», che richiedono in quanto tali specifiche misure organizzative e garanzie di qualità che soltanto le farmacie (o laboratori clinici e strutture analoghe) possono assicurare.

9.5.- Conclusivamente, la difesa della parte, in ragione della inequivocità del dato testuale, rileva l'impraticabilità dell'interpretazione conforme a Costituzione - invero interpretazione estensiva «che ovviamente è tutt'altra cosa» - prospettata dalla difesa delle parafarmacie. Senza dire, poi, del fatto che «è semmai la soluzione normativa opposta a quella cui gli originari ricorrenti aspirano a essere la sola compatibile con la Costituzione».



10.- Ha depositato una memoria illustrativa anche la difesa del Movimento nazionale liberi farmacisti, dell'Unione nazionale dei farmacisti titolari di sola parafarmacia - UNAFTISP, della Federazione nazionale parafarmacie italiane (FNPI) e di altri, che ha insistito nelle conclusioni già formulate nell'atto di costituzione.

10.1.- Si reputano non fondate, innanzitutto, tutte le eccezioni di inammissibilità.

10.2.- Nel merito, le parti, in primo luogo, ribadiscono, con argomenti analoghi a quelli già spesi nell'atto di costituzione, che le disposizioni censurate sarebbero passibili di interpretazione conforme a Costituzione, perché ciò che rileverebbe è che i test ivi previsti siano compiuti da un farmacista, ovvero da personale abilitato a effettuare il test da cui derivino effetti giuridici o sanitari di qualsiasi natura (è richiamata l'ordinanza del Consiglio di Stato, sezione terza, 29 marzo 2021, n. 1634).

10.2.1.- Diversamente opinando, le questioni di legittimità costituzionale meriterebbero accoglimento.

La cosiddetta riserva di farmacia, che potrebbe essere il solo «giustificato motivo» in grado di sorreggere la disparità di trattamento determinata dalle disposizioni censurate, costituisce una «deroga ai principi del libero accesso al mercato, della concorrenza, della libertà d'iniziativa economia e di non discriminazione», che deve considerarsi «accettabile, anzi doverosa» solo se funzionale a garantire altri principi fondamentali quali la tutela della salute. Nel caso di specie così non sarebbe perché: *a)* la distribuzione di farmaci è già di per sé sufficiente a garantire la riserva di mercato in favore delle farmacie; *b)* l'effettuazione dei test di cui alle disposizioni censurate è una necessità contingente connessa alla pandemia da COVID-19, sicché non potrebbe rientrare nella riserva di farmacia; *c)* le medesime prestazioni «possono essere rese anche presso strutture ambulatoriali, pubbliche, private e convenzionate».

D'altra parte, la riserva di farmacia non potrebbe essere continuamente implementata, quando i servizi che le farmacie erogano in esclusiva sono già sufficienti a trarre profitto «anche in contesti territoriali ove si registra minor affluenza».

10.2.2.- Le disposizioni censurate non troverebbero alcuna giustificazione neppure in ragione del peculiare regime autorizzatorio, di obblighi e controlli cui sono sottoposte le farmacie, perché non vi sarebbe alcuna differenza oggettiva tra la prestazione erogata dalla farmacia e quella erogata dalla parafarmacia, ove sol si consideri che gli standard di qualità e competenza nella prestazione del servizio previsto dalle disposizioni censurate è assicurato dalla presenza del farmacista.

10.2.3.- Irrilevante per la risoluzione delle odierne questioni di legittimità costituzionale sarebbe la sentenza n. 66 del 2017 di questa Corte.

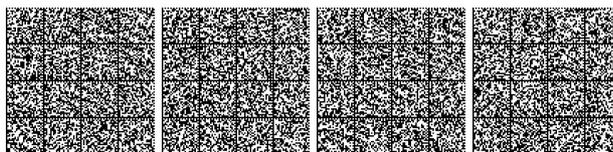
Allora veniva in discussione, innanzitutto, il rispetto da parte di una legge regionale dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, stabiliti dal legislatore statale con il d.lgs. n. 153 del 2009. In secondo luogo, la prestazione dei servizi di cui all'ora citato decreto legislativo «non costituisce una fetta della cd. riserva di farmacia», potendo le farmacie offrire o meno detti servizi, i quali inoltre possono essere erogati anche da altre strutture. Ma anche diversamente opinando, potrebbe giustificarsi la riserva considerandoli servizi che sono erogati in stretta collaborazione con il SSN: il che nel caso di specie non è, in quanto quelli di cui alle disposizioni censurate sono servizi dal carattere contingente e transitorio, che non sono parte di una riforma organica del sistema delle farmacie.

10.2.4.- Nella memoria illustrativa, infine e conclusivamente, si ribadiscono gli argomenti, già proposti nell'atto di costituzione, che dimostrerebbero, per un verso, che le disposizioni censurate sarebbero irragionevoli anche perché impedirebbero un'attività di screening della popolazione su ampia scala, certo maggiormente in grado di tracciare il virus; per un altro, che sarebbe violato il principio della libera concorrenza.

11.- Hanno, altresì, depositato memorie illustrative tanto le parafarmacie costituite in giudizio, sul presupposto di essere intervenute ad adiuvandum nel giudizio innanzi al TAR Marche, quanto le parafarmacie intervenute nel presente giudizio ai sensi dell'art. 4 delle Norme integrative: memorie, queste, sostanzialmente identiche nelle conclusioni e negli argomenti offerti a quella di cui ora si è detto.

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 418 e 419, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023), per violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione. Le disposizioni censurate - nella parte in cui consentono alle sole farmacie, e non anche alle cosiddette parafarmacie, l'effettuazione dei «test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e dei tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARS-CoV-2» - determinerebbero un'irragionevole disparità di trattamento tra farmacie e cosiddette parafarmacie, limitando inoltre, senza un giustificato motivo, la libertà di iniziativa



economica delle seconde, che non potrebbero svolgere un'attività che invece le prime, operanti nello stesso mercato di riferimento, sono abilitate a svolgere; il tutto, quando detta attività richiede una identica qualificazione professionale, quella di farmacista, la cui presenza deve essere assicurata tanto nelle farmacie quanto nelle cosiddette parafarmacie. Il giudice *a quo* rileva, altresì, che la limitazione disposta dalle norme censurate sarebbe «in conflitto logico con la *ratio* sottesa alla normativa emergenziale, ossia quella di incrementare il numero di tamponi».

2.- Preliminarmente, si deve rilevare che nel giudizio costituzionale si sono costituite, insieme ai ricorrenti e ai resistenti nel giudizio *a quo*, anche Farma DS Natura srls e altre persone giuridiche - tutte con sede al di fuori della Regione Marche e che esercitano attività d'impresa quali parafarmacie, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248 - affermando di essere intervenute ad adiuvandum nel giudizio amministrativo principale.

Secondo il costante orientamento di questa Corte, in base all'art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), e all'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale possono costituirsi i soggetti che, alla data della sospensione del giudizio disposta con l'ordinanza di rimessione, erano parti del giudizio *a quo* (*ex plurimis*, ordinanza n. 14 del 2022; ordinanza allegata alla sentenza n. 246 del 2020; ordinanza allegata alla sentenza n. 106 del 2019; sentenza n. 85 del 2017; ordinanza n. 24 del 2015). Le anzidette parafarmacie risultano intervenute nel giudizio amministrativo principale solo successivamente all'adozione dell'ordinanza di rimessione, sicché, da un lato, deve escludersi la loro legittimazione a essere parti nel presente giudizio costituzionale e, dall'altro, a esse devono applicarsi i medesimi principi che regolano l'intervento nel giudizio in via incidentale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo* (ordinanza allegata alla sentenza n. 106 del 2019).

2.1.- Sono intervenute in giudizio, ai sensi dell'art. 4, comma 3, delle Norme integrative, Parafarmacia S. Rita di Binda Gaia e altre - anch'esse parafarmacie con sede al di fuori della Regione Marche - le quali affermano di avere «preciso, concreto e diretto interesse» all'accoglimento del ricorso giurisdizionale amministrativo, in ragione del fatto che il contenzioso presso il TAR Marche ha indotto le altre Regioni ad astenersi dal siglare accordi analoghi.

Ai sensi dell'indicato art. 4, comma 3, nel giudizio in via incidentale possono intervenire «i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio». Tale disposizione recepisce la costante giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale non è ammissibile l'intervento di terzi titolari di un interesse semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura (*ex plurimis*, sentenza n. 31 del 2022; ordinanza allegata alla sentenza n. 104 del 2022; ordinanze n. 14 del 2022 e n. 191 del 2021).

Tutti i soggetti intervenuti nel presente giudizio esercitano fuori dalla Regione Marche, come detto, l'attività commerciale di cui all'art. 5 del d.l. n. 223 del 2006, come convertito, e, pertanto, essi devono ritenersi titolari di un interesse solo riflesso all'accoglimento delle odierne questioni di legittimità costituzionale, per il fatto di non poter svolgere, al pari d'ogni altra parafarmacia, le attività che le disposizioni censurate consentono alle farmacie.

Ne consegue che i loro interventi sono inammissibili.

3.- Sempre in via preliminare, devono essere esaminate le diverse eccezioni di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale proposte da Federfarma - Federazione nazionale unitaria dei titolari di farmacia italiani e quella avanzata dall'Unione regionale dei titolari di farmacia delle Marche - Federfarma Marche.

3.1.- Federfarma lamenta, innanzitutto, che il TAR Marche abbia apoditticamente evocato gli artt. 3 e 41 Cost., senza distinguere i profili di pretesa violazione.

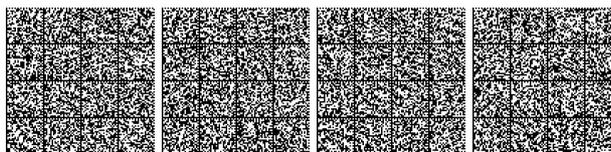
L'eccezione non è fondata.

Il giudice *a quo* si diffonde sulle ragioni che lo portano a dubitare della legittimità costituzionale delle disposizioni censurate, affermando che esse determinerebbero un'irragionevole disparità di trattamento tra farmacie e parafarmacie e limiterebbero anche, senza un giustificato motivo, la libertà di iniziativa economica delle seconde: la sola circostanza che i parametri costituzionali vengano presi in considerazione unitariamente non è ragione d'inammissibilità, quando le censure siano chiare e volte a porre in evidenza il vulnus ai diritti e interessi costituzionali protetti dalle disposizioni di cui si lamenta la violazione (sentenza n. 53 del 2018).

3.2.- La difesa di Federfarma ritiene, poi, che questa Corte non potrebbe adottare la sentenza additiva chiesta dal rimettente, in ragione dell'assenza di «rime obbligate» e della esistente discrezionalità legislativa in tema di farmacie e parafarmacie, che consentirebbe al legislatore di graduare i «differenti oneri imposti e la diversa diffusione» delle une e delle altre.

Anche questa eccezione non è fondata.

Nella prospettiva del TAR rimettente, la disparità di trattamento determinata dall'art. 1, commi 418 e 419, della legge n. 178 del 2020 è ingiustificata e potrebbe trovare rimedio esclusivamente con l'estensione alle parafarmacie della possibilità di effettuare i test di cui alle norme censurate.



La valutazione sulla correttezza, o meno, dell'assunto del giudice *a quo* attiene al merito e non già all'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale. Questa Corte, infatti, è chiamata a sindacare non la generale scelta legislativa di tenere distinto il regime normativo che caratterizza le farmacie da quello che disciplina invece le parafarmacie, ma la puntuale scelta del legislatore, compiuta con le norme censurate, di consentire alle prime, e non anche alle seconde, la possibilità di effettuare i test sierologici e i tamponi antigenici rapidi anti COVID-19.

3.3.- A parere di Federfarma, inoltre, la motivazione in punto di non manifesta infondatezza sarebbe insufficiente per diverse ragioni. A suo avviso, il TAR Marche: *a)* non si sarebbe interrogato sul come le norme censurate si inseriscono nella complessiva disciplina della cosiddetta farmacia dei servizi; *b)* non avrebbe dato conto delle ragioni per le quali il ruolo "istituzionale" delle farmacie non sarebbe rilevante nel caso di specie; *c)* pur ritenendo che la disciplina censurata non contrasti con il diritto dell'Unione europea, non avrebbe spiegato perché le statuizioni della Corte di giustizia non rilevarebbero nel giudizio dinanzi a sé, ove del pari si lamenta la violazione del principio di libera concorrenza; *d)* non avrebbe considerato le decisioni di questa Corte che già hanno raffrontato la disciplina delle farmacie con quella delle parafarmacie e che «avrebbero consentito agevolmente di superare i dubbi di costituzionalità» (il riferimento, diffuso nell'atto di costituzione, è alla sentenza n. 66 del 2017, cui si sarebbe fatto solo un fugace cenno, e alla sentenza n. 216 del 2014, del tutto ignorata); *e)* non avrebbe considerato la circostanza per cui la giurisprudenza costituzionale ha sempre ricondotto il cosiddetto diritto delle farmacie alla tutela della salute di cui all'art. 32 Cost., restando invece solo marginale sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista.

Neppure questa eccezione, con la quale, con diversi argomenti, si lamenta un'inadeguata ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale entro cui si inseriscono le disposizioni censurate, è fondata.

Vero è che il TAR Marche non ha preso in considerazione, segnatamente, né l'art. 32 Cost. né la sentenza n. 216 del 2014 di questa Corte, ma l'omissione non è tale da compromettere «irrimediabilmente l'iter logico argomentativo posto a fondamento delle valutazioni del rimettente» (sentenza n. 194 del 2021; in termini analoghi, di recente, anche la sentenza n. 91 del 2022). Il giudice *a quo*, infatti, ha «esposto in modo ampio, compiuto e chiaro le ragioni che lo inducono a porre in discussione la legittimità costituzionale delle norme censurate» (sentenza n. 278 del 2019), dando diffusamente conto, in particolare, della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, quarta sezione, 5 dicembre 2013, nelle cause riunite da C-159/12 a C-161/12, Venturini e altri, e delle ragioni per cui le disposizioni censurate non sarebbero in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Le obiezioni di Federfarma, che fanno leva sull'esigenza che le disposizioni impugnate vengano valutate anche alla luce del quadro normativo in tema di farmacie e della relativa giurisprudenza costituzionale, sono invero rivolte, dunque, a fornire argomenti contrari a quelli posti dal rimettente a fondamento delle censure, «sicché non ostano all'ammissibilità di queste ma devono essere più propriamente rimesse all'esame del merito» (sentenza n. 250 del 2017).

3.4.- Tanto Federfarma quanto Federfarma Marche, infine, lamentano che l'ordinanza di remissione sarebbe carente anche in punto di rilevanza.

Secondo Federfarma, il TAR Marche non avrebbe chiarito se la dichiarazione d'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate sia decisiva per annullare la delibera della Giunta regionale oggetto del ricorso giurisdizionale amministrativo o per pronunciarsi sulla domanda risarcitoria in quella sede proposta.

Nelle rispettive memorie illustrative, entrambe le parti hanno, poi, rilevato che il giudice rimettente ha affermato che, in caso di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale, dovrebbe chiamarsi in giudizio anche lo Stato, nella persona del Presidente del Consiglio dei ministri, cui sarebbe ascrivibile la responsabilità aquiliana per l'aver adottato norme costituzionalmente illegittime. Si tratterebbe di affermazione contrastante con la giurisprudenza tanto della Corte di cassazione quanto del Consiglio di Stato, che hanno ripetutamente escluso che possa configurarsi una responsabilità dello Stato per l'esercizio di attività legislativa dichiarata costituzionalmente illegittima: ne conseguirebbe l'irrelevanza delle questioni di legittimità costituzionale, perché la responsabilità statale, ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, andrebbe comunque negata, quale che sia l'esito del presente giudizio.

Neppure questa eccezione è fondata.

Nel giudizio *a quo*, infatti, il TAR Marche è innanzitutto chiamato a valutare la legittimità del provvedimento con il quale la Giunta regionale ha annullato in autotutela la deliberazione che recava l'accordo con le parafarmacie marchigiane. Tanto basta a radicare la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, poiché il contrasto di quella deliberazione con le disposizioni censurate è il «presupposto essenziale» che ha portato la Regione Marche a esercitare il potere di annullamento. Le ulteriori valutazioni prognostiche del giudice rimettente sulle conseguenze dell'eventuale dichiarazione d'illegittimità costituzionale sulla diversa domanda di condanna della Regione Marche al risarcimento dei danni - al di là d'ogni considerazione sulla loro correttezza, che non spetta a questa Corte apprezzare - non sono dunque tali da inficiare il giudizio sulla rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, la cui risoluzione è, essa sola, determinante per giudicare della legittimità dell'atto della Giunta regionale oggetto principale del ricorso giurisdizionale amministrativo.

4.- Ancora in via preliminare, deve rilevarsi che, successivamente all'ordinanza di remissione, l'art. 41 Cost. è stato modificato dalla legge di revisione costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente), la quale ha previsto - per quel che qui interessa - che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla salute.



La modifica di detto parametro costituzionale non è tale, tuttavia, da giustificare una restituzione degli atti per *ius superveniens* che consenta al giudice *a quo* di valutare gli effetti della revisione costituzionale sulla non manifesta infondatezza (ordinanze n. 150 del 2012, n. 307 e n. 95 del 2000), anche alla luce della pregressa giurisprudenza di questa Corte in tema di libertà di iniziativa economica privata e tutela della salute (sentenze n. 20 del 1978, n. 137 del 1971, n. 21 del 1964, n. 11 del 1960 e n. 29 del 1957).

5.- Nel merito, le questioni di legittimità costituzionale non sono fondate.

5.1.- Secondo il costante orientamento di questa Corte, si è in presenza di una violazione dell'art. 3 Cost. «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili» (*ex plurimis*, sentenze n. 71 del 2021, n. 85 del 2020, n. 13 del 2018, n. 71 del 2015); nel qual caso è insindacabile la discrezionalità del legislatore (sentenza n. 340 del 2004), sempre entro il limite generale dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (*ex plurimis*, sentenze n. 192 e n. 79 del 2016, n. 85 del 2013).

Il giudice *a quo* censura l'art. 1, commi 418 e 419, della legge n. 178 del 2020 nel convincimento che il legislatore, in relazione alla possibilità di effettuare i test anti COVID-19 ivi previsti, abbia trattato ingiustificatamente in modo diverso due soggetti giuridici, farmacie e cosiddette parafarmacie, che si troverebbero in situazioni sostanzialmente identiche, poiché tanto le une quanto le altre sarebbero in grado di erogare le prestazioni in discorso, stante la presenza in entrambe di farmacisti abilitati.

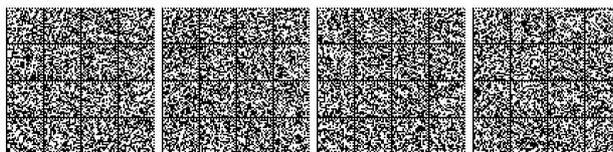
Il quadro normativo, tuttavia, impedisce di affermare che si sia dinanzi alla «esistenza di una identità di situazioni giuridiche, rispetto alle quali la disciplina impugnata determini una disparità di trattamento normativo rilevante agli effetti dell'art. 3 della Costituzione» (sentenza n. 340 del 2004): l'esistenza di elementi comuni a farmacie e parafarmacie - e, nel caso di specie, la presenza di farmacisti abilitati presso entrambe - non è tale da mettere in dubbio «che fra i due esercizi permangano una serie di significative differenze, tali da rendere la scelta del legislatore non censurabile in termini di ragionevolezza» (sentenza n. 216 del 2014) e di violazione del principio di uguaglianza.

5.1.1.- Le cosiddette parafarmacie, infatti, sono esercizi commerciali, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettere *d)*, *e)* e *f)*, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), che, secondo quanto disposto dall'art. 5 del d.l. n. 223 del 2006, come convertito, «possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione [...] e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al Ministero della salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio» (comma 1), e sempre che la vendita sia «effettuata nell'ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine» (comma 2).

Le farmacie, invece, erogano l'assistenza farmaceutica (art. 28 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, recante «Istituzione del servizio sanitario nazionale»), oggi ricompresa tra i livelli essenziali di assistenza ai sensi del d.P.C.m. 12 gennaio 2017 (Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502), e svolgono, dunque, un «servizio di pubblico interesse» (sentenza n. 312 del 1983; analogamente, sentenza n. 29 del 1957), preordinato al fine di «garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista» (sentenza n. 87 del 2006, confermata successivamente, tra le tante, dalla sentenza n. 216 del 2014). I farmacisti titolari di farmacia, pertanto, sotto il profilo funzionale sono concessionari di un pubblico servizio (sentenza n. 448 del 2006; Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 24 novembre 2004, n. 22119).

Le farmacie, dunque, rientrano nell'ambito del servizio sanitario nazionale (SSN), di cui fanno parte (artt. 25 e 28 della legge n. 833 del 1978), e sono dislocate sul territorio secondo il sistema di pianificazione di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475 (Norme concernenti il servizio farmaceutico), il quale, dettando la specifica proporzione di una farmacia ogni 3300 abitanti (art. 1, comma secondo), è volto ad «assicurare l'ordinata copertura di tutto il territorio nazionale al fine di agevolare la maggiore tutela della salute dei cittadini» (sentenza n. 4 del 1996).

È anche in ragione di questa diffusione sull'intero territorio nazionale delle farmacie - frutto dell'applicazione del criterio del contingentamento nella determinazione del numero delle sedi farmaceutiche - che il legislatore delegato, con il decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153 (Individuazione di nuovi servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nonché disposizioni in materia di indennità di residenza per i titolari di farmacie rurali, a norma dell'articolo 11 della legge 18 giugno 2009, n. 69), ha previsto che, in aggiunta all'assistenza farmaceutica, «nuovi servizi a forte valenza socio-sanitaria [siano] erogati dalle farmacie pubbliche e private nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale», come indicati nella legge di delegazione (art. 11, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»); e, tra questi, la partecipazione «al servizio di assistenza domiciliare integrata a favore dei pazienti residenti o domiciliati nel territorio della sede di pertinenza di ciascuna farmacia, a supporto delle attività del medico di medicina generale o del pediatra di libera scelta» (art. 1, comma 2, lettera a, del d.lgs. n. 153 del 2009), nonché l'effettuazione «di prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo» (art. 1, comma 2, lettera e, del d.lgs. n. 153 del 2009). In tal modo - ed è ciò che maggiormente rileva in questa sede - «l'attività svolta dalle farmacie non



è più ristretta alla distribuzione di farmaci o di prodotti sanitari, ma si estende alla prestazione di servizi» (sentenza n. 66 del 2017), la cui determinazione avviene nell'ambito dei principi fondamentali, stabiliti dal legislatore statale, in materia di «tutela della salute», perché «finalizzati a garantire che sia mantenuto un elevato e uniforme livello di qualità dei [relativi] servizi in tutto il territorio» (sentenza n. 66 del 2017).

5.2.- La rilevata differenziazione di sistema, sotto i profili del regime e della posizione rivestita, rispettivamente nell'ambito del SSN e sul mercato, da farmacie e cosiddette parafarmacie, consente già di escludere che le disposizioni censurate trattino diversamente situazioni eguali. Tale differenziazione, del resto, non è negata in linea generale dalla stessa difesa delle parafarmacie, la quale deduce, peraltro, che le diversità in questione attengono a piani diversi e non sarebbero idonee a giustificare la mancata previsione della possibilità, anche per le parafarmacie, di effettuare i test di cui all'art. 1, commi 418 e 419, della legge n. 178 del 2020.

L'invocato scrutinio di costituzionalità va dunque svolto sul piano della ragionevolezza delle disposizioni censurate, non sussistendo, secondo la prospettazione del rimettente, un giustificato motivo per escludere le parafarmacie dalla possibilità di effettuare test sierologici e tamponi antigenici rapidi.

5.2.1.- Questa Corte ha già rilevato come la diffusione del COVID-19 abbia richiesto al legislatore l'introduzione di «nuove risposte normative e provvedimenti», perché, «a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire» (sentenza n. 37 del 2021).

Le disposizioni censurate - che consentono solo alle farmacie, e non anche alle parafarmacie, l'effettuazione dei test ivi previsti - sono esattamente parte della complessa e articolata reazione che lo Stato ha posto in essere per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e tutelare la salute della collettività tutta. A fronte di «un virus respiratorio altamente contagioso, diffuso in modo ubiquo nel mondo, e che può venire contratto da chiunque» (sentenza n. 127 del 2022), è stato infatti necessario, tra le altre cose, erogare sull'intero territorio nazionale nuovi servizi sanitari, messi a punto per monitorare la circolazione del virus SARS-CoV-2.

5.2.2.- La scelta di avvalersi delle farmacie, quali soggetti del SSN, per la erogazione di nuovi servizi sanitari volti a contrastare la circolazione del virus SARS-CoV-2, d'altronde, è frutto di una opzione legislativa di sistema che, al di là d'ogni valutazione puntuale, è ribadita e confermata negli interventi normativi successivi, i quali neppure hanno affidato detti servizi anche al diverso settore, eminentemente commerciale, delle parafarmacie.

È il caso, in primo luogo, dell'art. 5 del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche), convertito nella legge 16 settembre 2021, n. 126, il quale ha mantenuto in capo alle farmacie la possibilità di effettuare test sierologici e tamponi antigenici rapidi, contestualmente estesa ad altre strutture sanitarie, le quali, significativamente, sono state individuate tra quelle «private, autorizzate o accreditate con il Servizio sanitario nazionale e autorizzate dalle regioni a effettuare i medesimi test» (così il Protocollo d'intesa tra il Ministro della salute, il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19 e dette strutture sanitarie, del 6 agosto 2021).

Con l'art. 1, comma 471, della legge n. 178 del 2020, come sostituito dall'art. 20, comma 2, lettera *h*), del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41 (Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 21 maggio 2021, n. 69, è stato poi previsto che nelle farmacie aperte al pubblico - in via sperimentale per l'anno 2021, termine successivamente prorogato per tutto l'anno 2022 dall'art. 12 del decreto-legge 24 dicembre 2021, n. 221 (Proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19) - i farmacisti possono somministrare vaccini contro il virus SARS-CoV-2, trasmettendo poi «i dati relativi alle vaccinazioni effettuate alla regione o alla provincia autonoma di riferimento».

Si tratta di opzioni normative che il legislatore, infine, ha ancor più di recente ribadito con l'art. 2, comma 8-*bis*, del decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24 (Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza, e altre disposizioni in materia sanitaria), convertito nella legge 19 maggio 2022, n. 52. Con l'inserimento, mediante il suddetto comma 8-*bis*, della lettera *e-quater*) nell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 153 del 2009, sono stati aggiunti, ai servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del SSN, tanto «la somministrazione, da parte di farmacisti [...] di vaccini anti SARS-CoV-2», quanto «l'effettuazione di test diagnostici che prevedono il prelievo del campione biologico a livello nasale, salivare o orofaringeo».

5.2.3.- Questa Corte ritiene che la scelta di consentire soltanto alle farmacie, e non anche alle parafarmacie, l'effettuazione dei test previsti dalle norme impugnate, a fronte della diversa natura dei due soggetti giuridici e del differente regime giuridico che li caratterizza, rientri nella sfera della discrezionalità legislativa e non sia censurabile per irragionevolezza.

5.2.4.- Tale scelta si fonda, essenzialmente, sull'inserimento delle farmacie nell'organizzazione del servizio sanitario nazionale, che già consente loro di condividere con le autorità sanitarie procedure amministrative finalizzate a fronteggiare situazioni ordinarie ed emergenziali, anche mediante il trattamento di dati sensibili in condizioni di sicurezza.



Coinvolgendo nell'attività in discorso soltanto le farmacie, infatti, il legislatore si è affidato a soggetti, presenti e ordinatamente dislocati sull'intero territorio nazionale in ragione delle esigenze della popolazione, che già fanno parte del servizio sanitario nazionale e che, in tale veste, sono stati chiamati a erogare servizi a forte valenza socio-sanitaria. Del resto - come riconosce lo stesso TAR rimettente - quelle di cui alle disposizioni censurate sono qualificabili «come vere e proprie prestazioni sanitarie», il che peraltro è ulteriormente confermato dall'inserimento all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 153 del 2009 sulla cosiddetta farmacia dei servizi - ad opera dell'art. 1, comma 420, della medesima legge n. 178 del 2020 - della lettera *e-ter*, che consente «l'effettuazione presso le farmacie da parte di un farmacista di test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare»: prelievo che, come ha rilevato il Presidente del Consiglio dei ministri nell'atto di intervento, è necessario per l'espletamento dei test sierologici. Ebbene, non può allora dirsi irragionevole la scelta discrezionale del legislatore di mantenere l'erogazione dei servizi sanitari in discorso all'interno del circuito del SSN e di non estenderla anche a soggetti che hanno a riferimento l'ambito della distribuzione commerciale.

Con l'art. 1, commi 418 e 419, della legge n. 178 del 2020, inoltre, è stata contenuta e predeterminata la platea di soggetti che sono tenuti a trasmettere alle autorità sanitarie i dati dei test antigenici rapidi; dati il cui trattamento rientra nell'ambito della disciplina di cui all'art. 9 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE). In tal modo, sono stati chiamati a interfacciarsi con le autorità sanitarie, attraverso sistemi informativi e telematici da loro già adoperati, soltanto soggetti - le farmacie, appunto - che, proprio perché già inseriti nel SSN, di tali autorità sono interlocutori abituali: aspetto, questo, tanto meno censurabile in termini di ragionevolezza, ove si pensi che la trasmissione di detti dati personali sensibili è funzionale anche all'adozione, da parte delle autorità sanitarie, di provvedimenti limitativi della libertà di circolazione ai sensi dell'art. 16 Cost. (sentenza n. 127 del 2022), che il legislatore può dunque ben ritenere richiedano un livello di "certificazione" riferibile a un soggetto già inserito nel sistema e che riveste - come si è ricordato - la qualifica di concessionario di un pubblico servizio.

5.2.5.- Le predette considerazioni valgono anche a escludere che le disposizioni censurate siano, come sostenuto dal giudice rimettente, «in conflitto logico con la *ratio* sottesa alla normativa emergenziale, ossia quella di incrementare il numero di tamponi». Se è vero che l'estensione alle cosiddette parafarmacie della possibilità di erogare le prestazioni in discorso avrebbe assai probabilmente determinato un aumento quantitativo dei test effettuati, ciò non vale, tuttavia, a rendere irragionevole la diversa scelta compiuta dal legislatore. Questi, infatti, ha, nella sua discrezionalità, valutato maggiormente rispondente alla tutela della salute, da un lato, che tali test siano effettuati sì in un numero inferiore di luoghi, ma distribuiti sul territorio nazionale secondo logiche non meramente commerciali, bensì di adeguatezza rispetto alla popolazione, cui assicurare con continuità l'accesso a tali prestazioni sanitarie; dall'altro, che la trasmissione dei dati relativi ai test sia effettuata da un numero limitato di soggetti, rendendo così più agevole la loro ricezione e gestione da parte delle autorità sanitarie, anche sotto il già richiamato profilo dell'adozione dei provvedimenti a tutela della salute pubblica.

A orientare la decisione legislativa non è stata, dunque, la figura professionale del farmacista - né la cosiddetta riserva di farmacia, relativa più propriamente alla vendita di determinati farmaci - ma la valutazione che la limitazione alle sole farmacie della possibilità di effettuare i test in questione fosse funzionale, per le ragioni anzidette, a un più efficace monitoraggio della circolazione del virus SARS-CoV-2 e, pertanto, a garantire una migliore tutela della salute pubblica su tutto il territorio della Repubblica. In un quadro complesso, ove vengono in gioco diversi interessi e primo tra tutti la tutela della salute, l'individuazione del relativo punto di equilibrio spetta al legislatore (sentenza n. 216 del 2014), e ove, come nel caso di specie, l'esercizio della discrezionalità legislativa non sia irragionevole, esso non è censurabile da questa Corte.

5.3.- La non irragionevolezza delle norme censurate vale altresì a escludere la violazione dell'art. 41 Cost., prospettata, dallo stesso rimettente, in connessione alla dedotta violazione dell'art. 3 Cost. Il TAR Marche, infatti, muove dall'assunto che si è in presenza di una irragionevole disparità di trattamento, la quale determina anche, senza un giustificato motivo, una limitazione della libertà di iniziativa economica delle cosiddette parafarmacie: non essendo fondato tuttavia l'assunto, si rileva conseguentemente non fondato anche il correlato dubbio di legittimità costituzionale.

La giurisprudenza di questa Corte, d'altra parte, ha ripetutamente affermato che, in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, il limite insuperabile deve essere individuato «nell'arbitrarietà e nell'incongruenza - e quindi nell'irragionevolezza - delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale» (di recente, sentenza n. 218 del 2021).

5.3.1.- In senso analogo, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha ripetutamente sostenuto che esigenze di tutela della salute consentono agli Stati membri di disporre restrizioni alla libertà di stabilimento e alla tutela della concorrenza, sempre che assicurino la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre a quanto è necessario per raggiungerlo.

Di specifico rilievo è la citata sentenza Venturini e altri, non a caso presa in considerazione anche dal TAR Marche, il quale proprio sulla sua base ha escluso che le disposizioni oggetto del presente giudizio siano in contrasto con la normativa dell'Unione europea. In tale occasione la Corte di giustizia - chiamata a rispondere a questione pregiudiziale,



ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla normativa italiana che impedisce alle cosiddette parafarmacie la possibilità di vendere i medicinali di fascia C soggetti a prescrizione medica, normativa sulla quale peraltro si è pronunciata anche questa Corte con la sentenza n. 216 del 2014, escludendo che essa sia in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. - ha osservato, tra l'altro, che l'importanza di tutelare la salute, idonea a giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento, «è confermata dagli articoli 168, paragrafo 1, TFUE e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù dei quali, in particolare, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana» (paragrafo 41); che «l'apertura di farmacie sul territorio italiano è oggetto di un regime di pianificazione» (paragrafo 45), il quale «può rivelarsi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate» (paragrafo 47); che, infine, e soprattutto, «secondo giurisprudenza costante della Corte, in sede di valutazione dell'osservanza del principio di proporzionalità nell'ambito della sanità pubblica, occorre tenere conto del fatto che lo Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità» (paragrafo 59).

Si trattava, peraltro, di affermazioni che la Corte di Lussemburgo aveva ripetutamente compiuto nella propria giurisprudenza (tra le tante, grande sezione, sentenza 1° giugno 2010, nelle cause riunite C-570/07 e C-571/07, Blanco Pérez e Chao Gómez; grande sezione, sentenza 19 maggio 2009, nelle cause riunite C-171/07 e C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes e altri; grande sezione, sentenza 19 maggio 2009, in causa C-531/06, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana; sentenza 11 settembre 2008, in causa C-141/07, delle Comunità europee contro Repubblica federale tedesca; grande sezione, sentenza 10 marzo 2009, in causa C-169/07, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH) e che sono state reiterate anche in pronunce successive (si vedano, ad esempio, le sentenze della terza sezione, 1° ottobre 2020, in causa C-649/18, A e altri; 1° marzo 2018, in causa C-297/16, Colegiul Medicilor Veterinari din România (CMVRO); e della quarta sezione, 13 febbraio 2014, in causa C-367/12, Sokoll-Seebacher).

6.- Le sollevate questioni di legittimità costituzionale, dunque, devono essere dichiarate non fondate.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibili gli interventi di *Farma DS Natura srls e altri* e di *Parafarmacia S. Rita di Binda Gaia e altri*;

2) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 418 e 419, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 giugno 2022.

F.to:

Giuliano AMATO, *Presidente*

Filippo PATRONI GRIFFI, *Redattore*

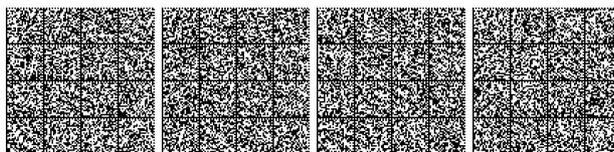
Roberto MILANA, *Direttore della Cancelleria*

Depositata in Cancelleria l'8 luglio 2022.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

T_220171



N. 172

Ordinanza 23 giugno - 11 luglio 2022

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Previdenza - Trattamenti pensionistici i cui importi complessivamente considerati superano 100.000 euro lordi annui - Decurtazione percentuale progressiva, per la durata originaria di cinque anni, dell'ammontare lordo annuo, purché il trattamento non risulti inferiore ai 100.000 euro e non sia interamente liquidato con il sistema contributivo - Denunciata irragionevolezza, violazione di principi di affidamento, uguaglianza e adeguatezza del trattamento previdenziale, nonché di capacità contributiva - Manifesta inammissibilità delle questioni.

Previdenza - Trattamenti pensionistici i cui importi complessivamente considerati superano 100.000 euro lordi annui - Decurtazione percentuale progressiva, per la durata, a seguito di pronuncia costituzionale, di tre anni, dell'ammontare lordo annuo, purché il trattamento non risulti inferiore ai 100.000 euro e non sia interamente liquidato con il sistema contributivo - Denunciata irragionevolezza, violazione di principi di affidamento, uguaglianza e adeguatezza del trattamento previdenziale, nonché di capacità contributiva - Manifesta inammissibilità delle questioni.

- Legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, commi da 261 a 268.
- Costituzione, artt. 3, 23, 36, 38 e 53.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

*Presidente:*Giuliano AMATO;

*Giudici :*Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi da 261 a 268, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), promossi dalla Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Lazio, con due ordinanze del 22 giugno 2020, iscritte, rispettivamente, ai numeri 54 e 55 del registro ordinanze 2021 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 18, prima serie speciale, dell'anno 2021.

Visti gli atti di costituzione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 23 giugno 2022 il Giudice relatore Stefano Petitti;

deliberato nella camera di consiglio del 23 giugno 2022.

Ritenuto che, con distinte ordinanze del 22 giugno 2020, iscritte ai numeri 54 e 55 del registro ordinanze 2021, la Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Lazio, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi da 261 a 268, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), in riferimento agli artt. 3, 23, 36, 38 e 53 della Costituzione, «in relazione all'intervento di decurtazione percentuale per un quinquennio dell'ammontare lordo annuo dei trattamenti ivi previsti»;



che, per quanto riferiscono le ordinanze, i giudizi principali hanno ad oggetto la domanda proposta nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro dell'economia e delle finanze e dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) da titolari di pensione di elevato importo, i quali rivendicano l'integralità del trattamento di quiescenza, senza la decurtazione stabilita dalla norma censurata;

che, ad avviso del rimettente, quest'ultima, avendo introdotto un prelievo forzoso di abnorme durata e ingiustamente selettivo, avrebbe violato gli evocati parametri, segnatamente «i principi di ragionevolezza, di affidamento, di uguaglianza e di adeguatezza del trattamento previdenziale nonché quello di capacità contributiva»;

che, in entrambi i giudizi, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo dichiararsi le questioni inammissibili o manifestamente infondate, attesa la sopravvenuta sentenza n. 234 del 2020, con la quale questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 261, della legge n. 145 del 2018, per violazione degli artt. 3, 23, 36 e 38 Cost., nella parte in cui stabilisce la riduzione degli assegni «per la durata di cinque anni», anziché «per la durata di tre anni»;

che, costituitosi in entrambi i giudizi, l'INPS ha formulato conclusioni analoghe, in ragione della medesima sentenza sopravvenuta, avendo questa determinato la cessazione del prelievo a far data dal 31 dicembre 2021.

Considerato che la Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Lazio (ordinanze n. 54 e n. 55 del reg. ord. 2021), ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi da 261 a 268, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), in riferimento agli artt. 3, 23, 36, 38 e 53 della Costituzione, «in relazione all'intervento di decurtazione percentuale per un quinquennio dell'ammontare lordo annuo dei trattamenti ivi previsti»;

che il rimettente, investito della domanda proposta verso il Presidente del Consiglio dei ministri, il Ministro dell'economia e delle finanze e l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) da titolari di pensione di elevato importo, i quali rivendicano il trattamento di quiescenza senza la decurtazione stabilita dalla norma censurata, dubita che questa, imponendo un prelievo di durata eccessiva e ingiustificata entità, abbia leso «i principi di ragionevolezza, di affidamento, di uguaglianza e di adeguatezza del trattamento previdenziale nonché quello di capacità contributiva»;

che il Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto in entrambi i giudizi per mezzo dell'Avvocatura generale dello Stato, e l'INPS, negli stessi costituitosi, hanno chiesto dichiararsi le questioni inammissibili o manifestamente infondate, attesa la sopravvenuta sentenza n. 234 del 2020, con la quale questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 261, della legge n. 145 del 2018, per violazione degli artt. 3, 23, 36 e 38 Cost., nella parte in cui stabilisce la riduzione degli assegni «per la durata di cinque anni», anziché «per la durata di tre anni»;

che i giudizi devono essere riuniti, poiché vertono su questioni connesse;

che, per effetto dell'art. 1, comma 261, della legge n. 145 del 2018, i trattamenti pensionistici diretti di importo complessivo superiore a 100.000 euro lordi su base annua sono ridotti, per la durata di cinque anni, nella misura del 15 per cento per la parte eccedente tale importo fino a 130.000 euro, 25 per cento per la parte eccedente 130.000 euro fino a 200.000 euro, 30 per cento per la parte eccedente 200.000 euro fino a 350.000 euro, 35 per cento per la parte eccedente 350.000 euro fino a 500.000 euro e 40 per cento per la parte eccedente 500.000 euro;

che i commi dal 262 al 268 dell'art. 1 della medesima legge contengono alcune disposizioni particolari concernenti tale riduzione, tra le quali segnatamente la previsione per cui essa «non si applica comunque alle pensioni interamente liquidate con il sistema contributivo» (comma 263), quella secondo la quale le somme risparmiate «restano accantonate» presso gli enti previdenziali in un «Fondo risparmio sui trattamenti pensionistici di importo elevato» (comma 265) e l'altra per cui, nonostante la riduzione, l'importo complessivo del trattamento «non può comunque essere inferiore a 100.000 euro lordi su base annua» (comma 267);

che la sentenza n. 234 del 2020 ha qualificato la decurtazione in esame non come prelievo tributario, ma come misura di solidarietà endoprevidenziale, in quanto i risparmi di spesa che ne conseguono non sono acquisiti al bilancio statale, ma accantonati in fondi previdenziali;

che lo scrutinio di legittimità costituzionale non deve pertanto riferirsi al principio di universalità dell'imposizione tributaria ex art. 53 Cost., ma alla ragionevolezza della prestazione patrimoniale imposta ex art. 23 Cost., nella prospettiva del canone solidaristico di cui all'art. 2 Cost.;

che l'incidenza della decurtazione sulle posizioni individuali è temperata sia dalla progressività delle aliquote sugli scaglioni eccedentari, sia dalla clausola di salvaguardia, in base alla quale l'applicazione del contributo di solidarietà non può mai ridurre la prestazione erogata al di sotto della soglia dei 100.000 euro annui;

che la misura in esame ha anche una funzione di riequilibrio intergenerazionale, poiché - come si è visto - ne viene esclusa l'applicazione alle pensioni interamente liquidate con il sistema contributivo, di regola riservate ai lavoratori più giovani, e di importo inferiore a quelle liquidate con il metodo retributivo o misto;

che in tal senso rileva la connessione teleologica tra la misura in questione e gli obiettivi di ricambio generazionale nel mercato del lavoro, che il legislatore ha inteso perseguire tramite il pensionamento anticipato in "quota 100", introdotto in via sperimentale per il triennio 2019-2021;



che, sebbene non attinti dal prelievo in sé, ragionevole e solidaristicamente orientato, gli artt. 3, 23, 36 e 38 Cost. sono stati tuttavia violati dalla sua durata ultratriennale, che eccede la proiezione temporale della sperimentazione di “quota 100” e lo stesso orizzonte triennale del bilancio di previsione, oltre che il lasso ordinario delle valutazioni diacroniche in materia previdenziale;

che, in conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata da questa Corte con la menzionata sentenza n. 234 del 2020, il prelievo di cui all’art. 1, comma 261, della legge n. 145 del 2018 è cessato a far data dal 31 dicembre 2021, effetto per il quale il legislatore ha approntato la necessaria copertura finanziaria, mediante la disposizione dell’art. 1, comma 372, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023);

che quindi, per quanto concerne la durata quinquennale della decurtazione, le questioni ora in scrutinio devono essere dichiarate manifestamente inammissibili, poiché essa è già stata ricondotta a legittimità costituzionale, con limitazione al triennio, sicché è sopravvenuta la carenza dell’oggetto della censura (*ex multis*, ordinanze n. 102 del 2022, n. 206 e n. 93 del 2021, n. 125 e n. 105 del 2020 e n. 71 del 2017);

che invece, per quanto riguarda la riduzione degli assegni nei limiti della durata triennale, atteso che il rimettente non porta argomenti nuovi rispetto a quelli giudicati non fondati dalla sentenza n. 234 del 2020, le odierne questioni devono essere dichiarate manifestamente infondate (*ex multis*, ordinanze n. 82 del 2022, n. 224, n. 214, n. 165 e n. 111 del 2021, n. 204, n. 93 e n. 81 del 2020).

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, vigente *ratione temporis*.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, commi da 261 a 268, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), nella parte in cui stabilisce la riduzione dei trattamenti pensionistici ivi indicati «per la durata di cinque anni», anziché «per la durata di tre anni», sollevate, in riferimento agli artt. 3, 23, 36, 38 e 53 della Costituzione, dalla Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Lazio, con le ordinanze indicate in epigrafe;

2) dichiara la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, commi da 261 a 268, della legge n. 145 del 2018, nella parte in cui stabilisce la riduzione dei trattamenti pensionistici ivi indicati «per la durata di tre anni», sollevate, in riferimento agli artt. 3, 23, 36, 38 e 53 Cost., dalla Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Lazio, con le ordinanze indicate in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 giugno 2022.

F.to:

Giuliano AMATO, *Presidente*

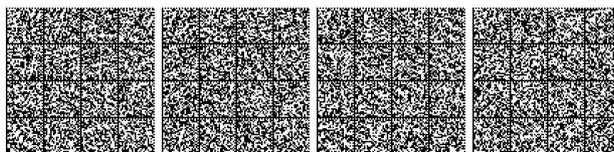
Stefano PETITTI, *Redattore*

Roberto MILANA, *Direttore della Cancelleria*

Depositata in Cancelleria l’11 luglio 2022.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA



N. 173

Sentenza 25 maggio - 12 luglio 2022

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Processo penale - Sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto - Possibilità che il giudice decida sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta dalla parte civile - Omessa previsione - Ingiustificata disparità di trattamento e violazione dei diritti di difesa e alla ragionevole durata del processo - Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

- Codice di procedura penale, art. 538.
- Costituzione, artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma; Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 6, paragrafo 1.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Giuliano AMATO;

Giudici : Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 538 del codice di procedura penale, promosso dal Tribunale militare di Roma nel procedimento penale a carico di F. T., con ordinanza del 27 aprile 2021, iscritta al n. 122 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 36, prima serie speciale, dell'anno 2021.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

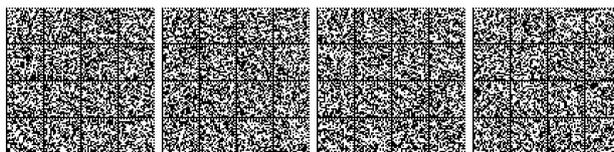
udito nella camera di consiglio del 25 maggio 2022 il Giudice relatore Giovanni Amoroso;

deliberato nella camera di consiglio del 25 maggio 2022.

Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza del 27 aprile 2021 (reg. ord. n. 122 del 2021), il Tribunale militare di Roma ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 538 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, «quando pronuncia sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, il giudice decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 e seguenti» dello stesso codice.

La sentenza di proscioglimento a cui fa riferimento il giudice *a quo* è quella emessa ai sensi dell'art. 131-bis del codice penale, aggiunto dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67», il quale configura una causa generale di esclusione della punibilità il cui fondamento si correla al principio di offensività: la norma, infatti, prevede che nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel



massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla suddetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma, cod. pen., l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale (primo comma).

Ai fini della determinazione della pena detentiva non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale; in quest'ultimo caso non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 cod. pen. (quinto comma).

La causa di non punibilità si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante (sesto comma).

L'art. 538, comma 1, cod. proc. pen. prevede che il giudice penale «decide» sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta con la costituzione di parte civile, «[q]uando pronuncia sentenza di condanna».

La condanna penale, dunque, costituisce il presupposto indispensabile del provvedimento del giudice penale sulla domanda civile: se emette sentenza di proscioglimento, tanto in rito (sentenza di non doversi procedere), quanto nel merito (sentenza di assoluzione), il giudice non deve provvedere sulla domanda civile; se invece emette sentenza di condanna, provvede altresì sulla domanda restitutoria o risarcitoria, accogliendola o rigettandola.

Il rimettente sospetta che questa norma, nel precludere la pronuncia del giudice penale sulla domanda civile restitutoria o risarcitoria anche nell'ipotesi di sentenza di proscioglimento emessa ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen. (ipotesi in cui, contrariamente alle altre fattispecie di proscioglimento, sarebbe accertata sia la sussistenza del fatto, già qualificabile come illecito civile, sia la sua commissione da parte dell'imputato), violi i parametri costituzionali su richiamati, per un verso comprimendo i diritti costituzionali e convenzionali della vittima del reato, per altro verso ledendo il principio generale di ragionevolezza e quello più specifico di ragionevole durata del processo.

2.- L'ordinanza è stata emessa nell'ambito di un giudizio penale che vede imputato un militare, F. T., per il reato di diffamazione militare aggravata, commessa in danno di più persone.

All'esito dell'istruttoria dibattimentale, il pubblico ministero ne ha chiesto la condanna alla pena di mesi sei di reclusione militare e le persone offese, costituite parti civili, ne hanno invocato la condanna al risarcimento del danno.

Peraltro, secondo il rimettente, pur essendo stata provata sia la sussistenza del fatto di reato, sia la sua riferibilità all'imputato, in seguito al dibattimento sarebbe altresì emersa la particolare tenuità dell'offesa recata alle vittime, dal momento che la contestazione riguarda un unico episodio, la condotta criminosa è stata posta in essere in un contesto informale e in presenza di poche persone e l'autore è incensurato.

Avuto riguardo alla pena edittale prevista per il delitto di diffamazione militare (non superiore nel massimo a cinque anni), alla «non abitualità» del comportamento e alla non ricorrenza delle cause ostative previste dalla legge, risulterebbero, pertanto, integrati i presupposti di applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen., dovendosi emettere una sentenza assolutoria per essere l'imputato non punibile per la particolare tenuità del fatto.

3.- Tanto premesso, il giudice *a quo*, in considerazione della domanda risarcitoria formulata dalle parti civili, ritiene anzitutto che le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 538 cod. proc. pen. siano rilevanti nel giudizio principale.

Evidenzia, in proposito, che, avuto riguardo al chiaro disposto di questa norma, e al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (vengono citate le sentenze della Corte di cassazione, sezione quinta penale, 18 dicembre 2020-11 febbraio 2021, n. 5433 e 6 dicembre 2016-10 febbraio 2017, n. 6347), l'emissione di una sentenza di proscioglimento, quale che ne sia la formula (dunque, anche se pronunciata ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., che pure presuppone l'accertamento del fatto, della sua illiceità penale e della sua ascrivibilità all'imputato), precluderebbe al giudice penale di provvedere sulla proposta domanda risarcitoria, costringendo il danneggiato ad esercitare *ex novo* la relativa azione dinanzi al giudice civile; tale preclusione verrebbe meno, invece, nell'ipotesi in cui la norma fosse dichiarata costituzionalmente illegittima, riconoscendosi in tal guisa al giudice penale il potere di conoscere della domanda formulata dalla parte civile anche in mancanza del presupposto (altrimenti necessario) della previa pronuncia di condanna, e profilandosi, dunque, nel caso concreto, la possibilità di liquidare il danno richiesto dalle persone offese, pur a fronte di una declaratoria di non punibilità dell'imputato per l'ascritto delitto di diffamazione militare aggravata.

4.- Le questioni, poi, sarebbero altresì non manifestamente infondate.

4.1.- In primo luogo, il sospetto di illegittimità costituzionale della norma si porrebbe in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, parametro non esaminato nella sentenza di questa Corte n. 12 del 2016, la quale, nel dichiarare non fondate le questioni di costituzionalità dello stesso art. 538 cod. proc. pen., sollevate per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., aveva osservato che, nell'ipotesi di sentenza di proscioglimento, il non liquet sull'azione civile rappresenta la naturale implicazione del carattere accessorio e subordinato della stessa rispetto all'azione penale e risponde perfettamente alla finalità del processo penale, inscindibilmente connesso alla definizione della pretesa punitiva.



Secondo il rimettente, però, tale orientamento dovrebbe essere rimeditato, avuto riguardo ai diritti della vittima del reato, protetti dalla norma convenzionale richiamata a parametro interposto, la quale tutelerebbe il duplice diritto, tanto della persona offesa quanto di quella danneggiata dal reato, sia all'accesso ad un tribunale sia alla celebrazione di un giusto processo entro un termine ragionevole.

Tra i numerosi precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo (sezione prima, sentenza 7 dicembre 2017, *Arnoldi contro Italia*; sezione seconda, sentenza 7 novembre 2017, *Leuska e altri contro Estonia*; sezione quinta, sentenza 19 novembre 2009, *Tonchev contro Bulgaria*; sezione quinta, sentenza 2 ottobre 2008, *Atanasova contro Bulgaria*; sezione prima, sentenza 3 aprile 2003, *Anagnostopoulos contro Grecia*), il rimettente richiama, in particolare, la recente decisione (sezione prima, sentenza 18 marzo 2021, *Petrella contro Italia*), nella quale alla vittima di un reato di diffamazione era stata preclusa la possibilità di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla lesione della sua reputazione, a causa dell'eccessiva durata delle indagini preliminari, che aveva determinato l'archiviazione del procedimento penale per prescrizione del reato.

Nell'occasione, evidenzia il rimettente, la ritenuta violazione dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU avrebbe trovato fondamento nel rilievo che una limitazione del diritto di accesso ad un tribunale è compatibile con la norma convenzionale solo se tende ad uno scopo legittimo e se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, talché nessuna importanza, in senso contrario, avrebbe potuto attribuirsi alla circostanza che il danneggiato fosse legittimato ad adire, comunque, il giudice civile.

Sotto tale profilo, dunque, la possibilità che la parte civile trasferisca l'azione in sede civile, in ipotesi di proscioglimento dell'imputato, non inciderebbe sulla illegittimità costituzionale della norma, stante l'assenza del rapporto di proporzionalità.

Inoltre, la norma censurata rallenterebbe, altresì, irragionevolmente la durata del procedimento, imponendo una non necessaria dilatazione dei tempi di liquidazione del danno, poiché costringerebbe la parte danneggiata ad introdurre un nuovo giudizio, pur essendo già stata accertata, da parte del giudice penale, l'illiceità del fatto, rilevante ai fini della responsabilità civile. Tale irragionevole allungamento dei tempi processuali sarebbe fonte di responsabilità per lo Stato anche ai sensi dell'art. 1-*bis* della legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile).

4.2.- Il dubbio di illegittimità costituzionale dell'art. 538 cod. proc. pen. (nella parte in cui non consente la delibazione della domanda civile in ipotesi di proscioglimento ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen.) si porrebbe, in secondo luogo, in riferimento all'art. 3 Cost.

Il giudice *a quo* osserva che la regola secondo cui il giudice penale decide sulla domanda restitutoria o risarcitoria solo quando pronuncia sentenza di condanna va incontro a due eccezioni nelle ipotesi contemplate dall'art. 578 cod. proc. pen., che prevede che il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o prescrizione, nondimeno decidono sull'impugnazione limitatamente alle questioni civili.

Questa regola particolare troverebbe il suo fondamento nella circostanza che, nelle ipotesi da essa considerate, il processo penale si conclude con l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua riferibilità all'imputato. In questo modo il giudice penale sarebbe messo in condizione «di risarcire e liquidare il danno senza alcun ulteriore aggravio istruttorio».

A conforto di tale argomentazione vengono richiamati l'art. 576 cod. proc. pen. (che legittima la parte civile ad impugnare la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio ai soli effetti della responsabilità civile dell'imputato) e l'art. 622 del medesimo codice (che, con riguardo all'ipotesi in cui sia necessaria una nuova determinazione sulle questioni civili, per essere stata la sentenza di merito annullata solo con riferimento ad esse in seguito alla cristallizzazione degli effetti penali, stabilisce che la Corte di cassazione rinvii, quando occorre, al giudice civile competente per valore in grado di appello), nonché, infine, l'art. 464-*septies* cod. proc. pen., sulla sentenza dichiarativa di estinzione del reato per esito positivo del procedimento con messa alla prova, la quale, secondo la giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 28 marzo-7 luglio 2017, n. 33277), non potrebbe contenere la condanna al risarcimento del danno in favore della parte civile, stante il mancato accertamento sul merito dell'accusa e sulla responsabilità dell'imputato.

Avuto riguardo alle richiamate regole processuali, sarebbe dunque conforme al principio di ragionevolezza che, quando il fatto è già stato accertato e risulti che lo abbia commesso l'imputato, il giudice penale possa provvedere sulla domanda civile, restitutoria o risarcitoria; in tal senso disporrebbe, infatti, il citato art. 578, con riferimento all'ipotesi in cui venga dichiarata l'estinzione del reato per amnistia o prescrizione.

La fattispecie prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. sarebbe, secondo il rimettente, del tutto sovrapponibile a quelle contemplate dall'art. 578 cod. proc. pen., che implicano un accertamento pieno sia della sussistenza del fatto, sia della sua riferibilità all'imputato.

Vi sarebbe, dunque, una ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni analoghe che renderebbe la norma costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 3 Cost.



4.3.- Un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale si porrebbe, ancora, in riferimento all'art. 24 Cost.

Il rimettente, richiamata la sentenza n. 60 del 1996 di questa Corte (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, del regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303, recante «Codici penali militari di pace e di guerra»), e ritenuta la corrispondenza tra l'art. 6 CEDU e l'evocato parametro costituzionale, osserva che il diritto ad un tribunale «è davvero tale non tanto se è possibile esercitare l'azione innanzi al giudice, ma piuttosto quando il Tribunale adito può in concreto rendere una decisione».

Una volta adito il giudice penale, la persona offesa avrebbe una «aspettativa legittima» a che la domanda sia esaminata, anche se resta impregiudicata la sua possibilità di rivolgersi successivamente al giudice civile, poiché, attraverso la costituzione di parte civile, essa avrebbe esercitato il suo diritto mediante il ricorso ad un rimedio appositamente previsto dall'ordinamento.

L'art. 538 cod. proc. pen., frustrando questa «aspettativa legittima» nell'ipotesi di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, violerebbe il predetto diritto, in quanto non consentirebbe di esaminare l'istanza risarcitoria della persona a cui è stata riconosciuta la legittimazione a costituirsi parte civile; e ciò anche quando sia possibile soddisfarla prontamente all'esito del processo penale, senza necessità di instaurare un ulteriore giudizio per la liquidazione del danno dinanzi al giudice civile, essendo già stato effettuato l'accertamento del fatto, nonché quello della responsabilità (civile) dell'imputato.

4.4.- La norma codicistica, infine, sarebbe costituzionalmente illegittima anche per contrasto con l'art. 111 Cost., in quanto lesiva del principio di ragionevole durata del processo.

Il rimettente richiama la già citata sentenza n. 12 del 2016, per evidenziarne il rilievo secondo cui possono arrecare un *vulnus* a quel principio solo le norme che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorretta da alcuna logica esigenza.

Questa considerazione, mentre nella predetta sentenza aveva indotto questa Corte ad escludere l'illegittimità costituzionale della norma in relazione all'ipotesi del proscioglimento dell'imputato per vizio di mente (avuto riguardo al preminente interesse pubblico alla sollecita definizione del processo penale che non si concluda con un accertamento di responsabilità), al contrario dovrebbe portare a un esito opposto in relazione alla diversa ipotesi di proscioglimento per particolare tenuità del fatto. In questo caso, infatti, il protrarsi, dinanzi al giudice civile, della durata della procedura giudiziaria per ottenere il risarcimento di un danno «già prontamente liquidabile dal giudice penale» sarebbe un «illogico aggravio» non giustificato da alcuna ragionevole esigenza, mentre, l'eventuale (contestuale) decisione del giudice penale sulle questioni civili non comporterebbe alcun *vulnus* alla sollecita definizione del procedimento penale, le cui finalità prioritarie di natura pubblicistica non sarebbero in alcun modo pregiudicate.

5.- Nel giudizio incidentale è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha respinto tutte le prospettate censure, concludendo per la declaratoria di non fondatezza delle questioni.

La difesa statale ha osservato, in particolare, che l'assetto generale del processo, posto a base del codice di procedura penale del 1988, è ispirato all'idea della separazione dei giudizi, penale e civile. La persona offesa costituisce parte necessaria, ma solo eventuale allorché essa si costituisce parte civile nel processo penale.

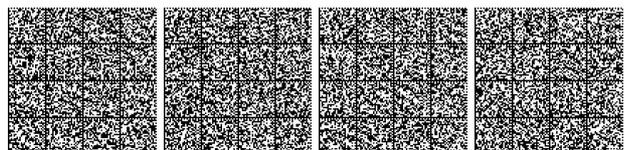
Il diverso risalto attribuito agli interessi della parte civile e dell'imputato nel sistema processuale penale viene giustificato dalla constatazione che alla prima è comunque assicurato un diretto e incondizionato ristoro dei propri diritti attraverso l'azione sempre esercitabile in sede civile.

Considerato in diritto

1.- Con ordinanza del 27 aprile 2021 (reg. ord. n. 122 del 2021), il Tribunale militare di Roma ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 538 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che, quando pronuncia sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale, il giudice decida sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta dalla parte civile, a norma degli artt. 74 e seguenti cod. proc. pen.

Le censure sono articolate in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

La disposizione censurata violerebbe, anzitutto, il diritto della parte civile all'accesso ad un tribunale e alla celebrazione di un giusto processo entro un termine ragionevole. Sarebbe leso il diritto di difesa della parte civile, di cui rimarrebbe frustrata l'«aspettativa legittima» a che la sua domanda di risarcimento del danno sia debitamente esaminata dal giudicante (art. 24 Cost.).



Inoltre, sarebbe violato l'art. 3 Cost., stante la ingiustificata disparità di trattamento tra la fattispecie contemplata dall'art. 131-*bis* cod. pen. e altre analoghe, in cui, pur a fronte di una sentenza penale di proscioglimento dell'imputato, è invece consentita la sua condanna civile restitutoria o risarcitoria sul presupposto dell'accertamento pieno dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato e della sua commissione da parte dell'imputato.

La norma censurata, poi, lederebbe l'art. 111 Cost., dal momento che pone a carico della parte civile l'aggravio di dover introdurre un nuovo giudizio dinanzi al giudice civile, per ottenere il risarcimento di un danno «già prontamente liquidabile dal giudice penale», dando così luogo ad una irragionevole dilatazione dei tempi del processo non giustificata da alcuna logica esigenza. Al contrario, l'eventuale (contestuale) decisione del giudice penale sulle questioni civili non comporterebbe alcun *vulnus* alla sollecita definizione del procedimento penale, le cui finalità prioritarie di natura pubblicistica non sarebbero in alcun modo pregiudicate.

Per la stessa ragione sarebbe violato il diritto a un processo equo, garantito dall'art. 6 CEDU.

2.- Preliminarmente, va osservato, sotto il profilo della rilevanza, che sussiste l'ammissibilità delle questioni.

Il rimettente ha, infatti, evidenziato che, nella fattispecie, pur essendo stato accertato il fatto di diffamazione e la sua commissione da parte dell'imputato, tuttavia l'unicità dell'episodio criminoso contestato, la ridotta offensività della condotta e l'incensurabilità dell'autore (unitamente ai limiti edittali della pena stabilita per il delitto di diffamazione militare e alla non ricorrenza di cause ostative) inducono a ritenere integrati i presupposti previsti dall'art. 131-*bis* cod. pen. per l'emissione di una pronuncia assolutoria per particolare tenuità del fatto.

Le questioni di legittimità costituzionale devono, allora, ritenersi rilevanti, atteso che, una volta emessa siffatta pronuncia assolutoria, per il disposto dell'art. 538 cod. proc. pen., resterebbe preclusa la possibilità di provvedere sulla domanda di risarcimento del danno proposta dalle parti civili costituite.

Questa disposizione, infatti, consente al giudice penale di decidere sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta con la costituzione di parte civile solo «[q]uando pronuncia sentenza di condanna», mentre gli preclude di provvedere, al riguardo, se emette sentenza di proscioglimento.

Tale preclusione, però, verrebbe meno se la norma fosse dichiarata costituzionalmente illegittima, riconoscendosi in tal guisa al giudice penale il potere di conoscere della domanda risarcitoria proposta dalle persone offese (costituite parti civili nel processo *a quo*), anche in mancanza del presupposto (altrimenti necessario) della previa pronuncia di condanna.

Il giudice rimettente ha poi adeguatamente motivato anche la non manifesta infondatezza delle sollevate questioni in riferimento a tutti i suddetti parametri, sicché esse sono sotto ogni profilo ammissibili.

3.- Nel merito, le questioni sono fondate con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

4.- L'art. 131-*bis* cod. pen., rubricato «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto», è stato introdotto dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera *m*), della legge 28 aprile 2014, n. 67».

Il legislatore delegato, nel contesto di una più ampia riforma del sistema sanzionatorio, ha anche previsto l'introduzione di nuovi istituti processuali, diretti ad escludere la punibilità della condotta con possibile dichiarazione di estinzione del reato, vuoi per la particolare tenuità dell'offesa, vuoi per l'esito positivo della messa alla prova dell'imputato con sospensione del procedimento.

In particolare, il Governo era delegato (art. 1, comma 1, lettera *m*, della legge 28 aprile 2014, n. 67, recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili») a «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale».

Questo specifico criterio di delega aveva, quindi, una duplice direttrice, in quanto concerneva non solo l'imputato, la cui condotta avrebbe potuto essere dichiarata non punibile in ragione della «particolare tenuità dell'offesa», ma anche la parte civile, la quale non avrebbe dovuto subire «pregiudizio» nell'esercizio della sua azione per il risarcimento del danno.

Il legislatore delegato avrebbe, dunque, dovuto bilanciare la rinuncia dello Stato a sanzionare penalmente l'imputato per determinate condotte «minori» con la garanzia, al contempo, che alcun pregiudizio ne derivasse per le pretese risarcitorie e restitutorie della parte civile.

Ed è ciò che ha fatto il legislatore delegato introducendo rispettivamente due disposizioni, di nuovo conio, in chiaro parallelismo: l'art. 131-*bis* cod. pen. e l'art. 651-*bis* cod. proc. pen.

5.- L'art. 131-*bis* cod. pen. prevede, al primo comma, che «[n]ei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale».



Il fondamento dell'istituto è stato, da ultimo, posto in luce dal giudice della nomofilachia, nel suo massimo consenso, il quale ha evidenziato che «il fatto non è punibile non perché inoffensivo, ma perché il legislatore, pur in presenza di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, ritiene che sia inopportuno punirlo, ove ricorrano le condizioni indicate nella richiamata disposizione normativa» (Corte di cassazione, sezioni unite penali, 27 gennaio-12 maggio 2022, n. 18891).

In proposito anche questa Corte (ordinanza n. 279 del 2017) ha affermato che «il fatto particolarmente lieve, cui fa riferimento l'art. 131-*bis* cod. pen., è comunque un fatto offensivo, che costituisce reato e che il legislatore preferisce non punire, sia per riaffermare la natura di *extrema ratio* della pena e agevolare la “rieducazione del condannato”, sia per contenere il gravoso carico di contenzioso penale gravante sulla giurisdizione».

L'esimente, dunque, trova fondamento non già nella mancanza di offensività del fatto, ma nel rilievo per cui, in corrispondenza di un giudizio di “lieve” offensività, l'esigenza punitiva diviene recessiva.

In altre parole, l'istituto - che costituisce «innovazione di diritto penale sostanziale» (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 25 febbraio-6 aprile 2016, n. 13681) - si iscrive nella logica dell'*extrema ratio* della sanzione penale.

Ci sono casi concreti che - pur non essendo privi di offensività e quindi pur in presenza di un «fatto tipico, antiggiuridico e colpevole» (Cass., sez. un., n. 18891 del 2022) - possono essere valutati dal giudice come di «particolare tenuità», sì che la irrogazione della sanzione penale sarebbe non opportuna per eccesso del mezzo rispetto a questa logica. L'applicazione della pena, quand'anche nel minimo, sarebbe una reazione non necessaria, giacché l'ordinamento giuridico conosce anche altri rimedi - tra i quali, altresì, in senso lato, il risarcimento del danno quando il fatto è di particolare tenuità - più adatti a “riparare” il *vulnus*.

Il distinto piano - quello dell'offensività (che permane) e quello della punibilità (che viene meno) - emerge in particolare nelle fattispecie in cui la legge contempla già la particolare tenuità del danno come circostanza attenuante del reato. Anche quando, talora, la «particolare tenuità», come circostanza, riduce la gravità di alcuni reati, ma li lascia sussistere, ciò non esclude che in concreto il giudice possa, comunque, accertare tale «particolare tenuità» che fa venir meno la punibilità (così il quinto comma dell'art. 131-*bis* cod. pen.).

Parimenti, se il legislatore stabilisce in generale soglie di punibilità che già configurano condotte non punibili, perché relative a fatti ritenuti di minore gravità, non di meno una condotta “sopra soglia” può essere ritenuta dal giudice come di «particolare tenuità» (Cass., sentenza n. 13681 del 2016).

Si ha finanche che la punibilità - che permane sempre in caso di comportamento abituale, come prevede l'art. 131-*bis* cod. pen. - può non di meno essere esclusa, in concreto, in caso di plurime condotte legate dal vincolo della continuazione (Cass., sentenza n. 18891 del 2022).

5.1.- Indubbio è, poi, anche l'effetto deflattivo dei processi penali, atteso che l'applicazione dell'istituto riduce la pressione sulla giustizia penale.

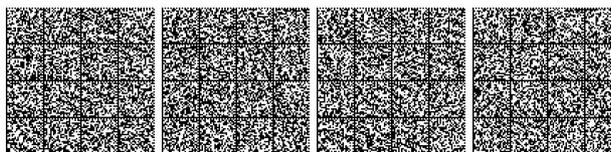
Tanto la funzione riparativa quanto la finalità deflattiva sono alla base della recente scelta del legislatore di ampliare il perimetro applicativo dell'istituto.

La legge 27 settembre 2021, n. 134 (Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari) prevede, infatti, al riguardo, due criteri di delega: il primo, volto a dare rilievo al minimo edittale, in conformità alla sentenza di questa Corte n. 156 del 2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* cod. pen., nella parte in cui non consentiva l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva; il secondo, volto a dare rilievo alla condotta dell'imputato susseguente al reato, ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa (art. 1, comma 21).

Dunque, le ragioni fondanti dell'istituto hanno anche impresso ad esso una forza espansiva, nella prospettiva di un sempre maggiore contenimento della sanzione penale vera e propria secondo il criterio dell'*extrema ratio*, pur in un sistema che vede, come canone costituzionale, l'obbligatorietà dell'azione penale.

6.- In simmetria con l'art. 131-*bis* cod. pen. si colloca l'art. 651-*bis* cod. proc. pen.

Il legislatore delegato, per evitare il «pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno», come prescriveva il criterio di delega, è intervenuto sulla disciplina sostanziale del giudicato penale introducendo, appunto, l'art. 651-*bis* cod. proc. pen. In passato, invece, per la simmetrica fattispecie dei reati di competenza del giudice di pace, quando il fatto è di «particolare tenuità», altro legislatore delegato (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000) ha presidiato la tutela della parte civile prevedendo che essa possa finanche opporsi, precludendo al giudice la possibilità di dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale (sentenza n. 120 del 2019).



In particolare, l'art. 651-*bis* cod. proc. pen. prevede, al primo comma, che «[l]a sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale».

L'esigenza che l'esimente fondata sulla particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento fosse introdotta nell'ordinamento penalistico sostanziale «senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno» era contenuta - come già rilevato - espressamente nel criterio di delega in base al quale il legislatore delegato è stato facoltizzato a prevedere l'istituto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen.

Il legislatore delegato, in attuazione anche di questo criterio, si è preoccupato di approntare una speciale tutela alla parte civile a fronte del beneficio per l'imputato, costituito dall'introdotta non punibilità per particolare tenuità del fatto.

La relazione al Consiglio dei ministri del 12 marzo 2015, di accompagnamento al testo del decreto legislativo, pone in evidenza che «l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto - accertata con sentenza passata in giudicato in esito ad un rituale processo - non è una pronuncia tipicamente assolutoria, ma, al contrario, accerta, in via definitiva, che il reato è stato commesso dalla persona dichiarata non punibile. A questo accertamento penale, passato in giudicato in ordine all'entità del fatto illecito causativo del danno di cui si chiede (con l'azione civile) il risarcimento, deve attribuirsi efficacia nel processo civile, tenuto conto che l'imputato ha avuto ogni possibilità di difesa nel giudizio penale in cui la particolare tenuità del fatto è stata accertata (non con un decreto di archiviazione, ma con una sentenza dibattimentale passata in giudicato)».

Si tratta, quindi, di una sentenza di proscioglimento che presenta una marcata peculiarità: la disciplina dell'efficacia di giudicato di tale pronuncia nel giudizio civile di danno sta non già nell'art. 652 cod. proc. pen. (che riguarda le sentenze di assoluzione), bensì nell'art. 651-*bis* dello stesso codice, ripetitivo della formulazione dell'art. 651 cod. proc. pen. (che concerne le sentenze di condanna).

Al pari della sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento (art. 651 cod. proc. pen.), anche quella dibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile restitutorio o risarcitorio promosso nei confronti dell'imputato (condannato, nel primo caso; prosciolto nel secondo), nonché del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale (art. 651-*bis* cod. proc. pen.).

Il giudicato, in tal modo, è modellato su quello tipico delle sentenze di condanna e non già su quello delle sentenze di assoluzione.

Ed è perciò che, a differenza di ogni altra pronuncia di proscioglimento che accerti la sussistenza di una causa di non punibilità, la sentenza di proscioglimento per non punibilità ex art. 131-*bis* cod. pen. va iscritta nel casellario giudiziario, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera *f*), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di casellario giudiziale europeo, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti. (Testo *A*)».

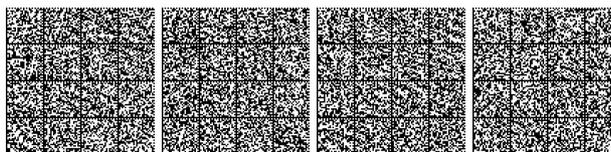
La sezione unite della Corte di cassazione (sentenza n. 13681 del 2016) hanno ritenuto in via interpretativa che, con la sentenza di proscioglimento per non punibilità ex art. 131-*bis* cod. pen. per il reato di guida in stato di ebbrezza, il giudice possa non di meno applicare la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, anche se l'art. 186 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada) richiede testualmente una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, mentre in generale, con una sentenza di proscioglimento, il giudice non applica la sanzione amministrativa.

La sentenza che dichiara la non punibilità del fatto ex art. 131-*bis* cod. pen., pur integrando una decisione di proscioglimento, contiene, dunque, già l'accertamento, con efficacia di giudicato, delle circostanze che possono essere poste a fondamento di una pretesa risarcitoria.

Si ha, in sintesi, che «[l]a perdurante illiceità penale della condotta, anche quando il fatto è di lieve entità, risulta inequivocabilmente dall'art. 651-*bis* cod. proc. pen.» (sentenza n. 120 del 2019).

La pronuncia di proscioglimento ex art. 131-*bis* cod. pen. si atteggia, pertanto, come una vera e propria sentenza di accertamento dell'illecito penale, che, in quanto avente efficacia di giudicato, può costituire presupposto di una domanda di risarcimento del danno nel successivo giudizio civile, rimanendo al giudice adito il compito della determinazione, di norma, del danno risarcibile, sempre che ne sussistano i presupposti nella specificità dell'illecito civile, avente comunque carattere di ontologica autonomia rispetto all'illecito penale.

7.- Questo parallelismo di cui si è finora detto (sopra ai punti 5 e 6) - tra la regola dell'estinzione del reato per la particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* cod. pen.) e quella dell'efficacia della relativa sentenza di proscioglimento nel giudizio civile o amministrativo di danno (art. 651-*bis* cod. proc. pen.) - disvela, però, un deficit di tutela per la parte



civile, quando si viene a ragionare della prescrizione processuale dettata dalla disposizione censurata (art. 538 cod. proc. pen.), secondo cui il giudice decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta dalla parte civile, «[q]uando pronuncia sentenza di condanna».

L'idoneità dell'istituto ad adempiere pienamente alla sua funzione riparativa «senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno» trova un limite nella impossibilità, derivante dalla norma suddetta, per il giudice penale di conoscere della domanda restitutoria o risarcitoria formulata dalla parte civile quando, con sentenza resa all'esito del dibattimento, dichiara la non punibilità dell'imputato per la particolare tenuità del fatto; impossibilità che discende dalla qualificazione formale della sentenza, la quale è pur sempre di proscioglimento per estinzione del reato, anche se - come si è già osservato - ha un contenuto positivo di accertamento dei presupposti di tale reato.

Una volta che nel processo si è accertato, con pronuncia idonea ad acquisire efficacia di giudicato (ex art. 651-bis cod. proc. pen.), che sussiste il fatto ascritto all'imputato e che egli lo ha commesso e, altresì, che tale fatto integra una fattispecie di illecito penale, sussistendo il relativo elemento soggettivo del dolo o della colpa, risulta irragionevole l'impossibilità di una pronuncia sulla pretesa risarcitoria (o restitutoria) della parte civile, ad opera dello stesso giudice penale che contestualmente adotti una sentenza di proscioglimento dell'imputato per non punibilità ex art. 131-bis cod. pen.

La mancanza di una pronuncia sulla pretesa risarcitoria o restitutoria della parte civile comporta che quest'ultima debba promuovere *ex novo* un distinto giudizio civile in cui azionare la medesima pretesa, nonostante il giudicato che si forma già nella sede penale in senso favorevole alla possibile fondatezza della sua domanda (ai sensi dell'art. 651-bis cod. proc. pen.).

Inoltre, la parte civile soffre anche il pregiudizio che, nell'immediato, le spese da essa sostenute nel processo penale restino a suo carico, non potendo il giudice penale porle a carico dell'imputato in mancanza di una formale soccombenza (così, Corte di cassazione, sezione seconda penale, sentenza 13 novembre 2020-11 febbraio 2021, n. 5423).

8.- È ben vero che - come ribadito da questa Corte (sentenza n. 176 del 2019) - nel processo penale l'azione civile «assume carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale, sicché è destinata a subire tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale, cioè dalle esigenze, di interesse pubblico, connesse all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi». L'assetto generale del nuovo processo penale è, infatti, ispirato all'idea della separazione dei giudizi, penale e civile, essendo prevalente, nel disegno del codice, l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo penale, rispetto all'interesse del soggetto danneggiato di esperire la propria azione nel processo medesimo.

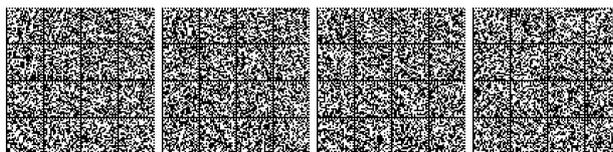
Si è anche sottolineato che l'esercizio, nel giudizio penale, del diritto della parte civile alla restituzione o al risarcimento del danno, avendo carattere accessorio, ha un orizzonte più limitato, di cui quest'ultima non può non essere consapevole nel momento in cui opta per far valere le sue pretese civilistiche nella sede penale piuttosto che in quella civile. Nel fare questa opzione, l'eventuale «impossibilità di ottenere una decisione sulla domanda risarcitoria laddove il processo penale si concluda con una sentenza di proscioglimento per qualunque causa (salvo che nei limitati casi previsti dall'art. 578 cod. proc. pen.) costituisce [...] uno degli elementi dei quali il danneggiato deve tener conto nel quadro della valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi delle due alternative che gli sono offerte» (sentenza n. 12 del 2016).

Di qui la regola posta dalla disposizione censurata (art. 538 cod. proc. pen.): il giudice penale decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno «[q]uando pronuncia sentenza di condanna» dell'imputato, soggetto debitore quanto alle obbligazioni civili.

9.- Questa regola, però, non è assoluta, ma deflette in varie fattispecie in cui si giustifica, all'opposto, che possa esservi una decisione sui capi civili, vuoi dello stesso giudice penale, vuoi in prosecuzione dell'originario giudizio penale in cui è stata azionata, dalla parte civile, la domanda risarcitoria (o restitutoria).

La prima e più vistosa eccezione è quella dell'art. 578 cod. proc. pen., che, al comma 1, prescrive: «Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili». In queste due fattispecie (quella più frequente della prescrizione, ma anche quella dell'amnistia) ci può essere, al contempo, la condanna al risarcimento del danno, nella misura in cui il giudice penale accerta che l'imputato ha commesso l'atto illecito e che la parte civile ha diritto al risarcimento del danno, e contestualmente il proscioglimento dall'accusa penale per prescrizione o amnistia, laddove dalle risultanze processuali, valutate dal giudice, non risulti che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato (art. 129 cod. proc. pen.).

Il proscioglimento penale convive con la condanna civile da parte dello stesso giudice penale, senza che venga in sofferenza - come già ritenuto da questa Corte (sentenza n. 182 del 2021) - il canone della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, CEDU e all'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).



Una ulteriore eccezione alla regola dell'art. 538 cod. proc. pen. è quella posta dall'art. 576, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui la parte civile può proporre impugnazione, oltre che contro i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile, anche, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio. È noto che, dopo la legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), che, mediante il suo art. 6, comma 1, lettera *a*), ha eliminato dal comma 1 dell'art. 576 cod. proc. pen. l'espressione «con il mezzo previsto per il pubblico ministero», la giurisprudenza della Corte di cassazione (sezioni unite penali, sentenze 29 marzo-12 luglio 2007, n. 27614 e 28 marzo-3 luglio 2019, n. 28911) ha ritenuto che la parte civile possa impugnare la sentenza di proscioglimento, che reca anche il rigetto della domanda di risarcimento del danno, sì che il giudice dell'impugnazione (quale la corte d'appello) può riformare la pronuncia impugnata e - se non c'è impugnazione del pubblico ministero - accogliere solo la domanda di risarcimento del danno anche in presenza del proscioglimento dell'imputato dall'accusa penale.

Pertanto, in questo caso, il processo penale si può concludere con un giudicato penale assolutorio e uno civile di condanna senza che siano in sofferenza il principio di eguaglianza e quello del giusto processo.

Questa Corte (sentenza n. 176 del 2019) - nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 576 cod. proc. pen., sollevate in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost. - ha ritenuto che anche tale eccezione sia compatibile con la regola dell'art. 538 cod. proc. pen.: essendo stata la sentenza di primo grado pronunciata da un giudice penale con il rispetto delle regole processualpenalistiche, è ragionevole che anche il giudizio d'appello sia devoluto a un giudice penale (quello dell'impugnazione) secondo le norme dello stesso codice di rito.

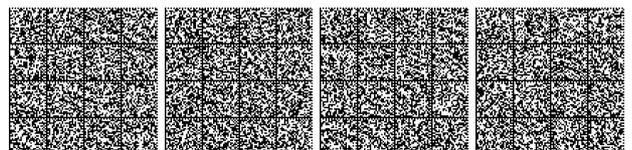
Sulla scia di queste eccezioni si colloca, altresì, la previsione dell'art. 622 cod. proc. pen., secondo la quale, fermi gli effetti penali della sentenza, la Corte di cassazione, se ne annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile, ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile. Pure in questo caso il giudizio sui capi civili prosegue e la parte civile non deve promuovere un nuovo giudizio. Trovano applicazione le regole processuali e probatorie proprie del processo civile e l'accertamento richiesto al giudice del "rinvio" ha ad oggetto gli elementi costitutivi dell'illecito civile, prescindendosi da ogni apprezzamento, sia pure incidentale, sulla responsabilità penale dell'imputato (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 28 gennaio-4 giugno 2021, n. 22065).

Una ulteriore ipotesi di continuità tra accertamento penale e accertamento civile è disegnata dall'art. 578, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., introdotto dall'art. 2, comma 3, della recente legge n. 134 del 2021, che, nel contesto della nuova disciplina della prescrizione dei reati, ha previsto (per i reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020) che «[q]uando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare improcedibile l'azione penale per il superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344-*bis*, rinviano per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo penale». Sarà il giudice civile in grado d'appello, investito della «prosecuzione» del giudizio (non già di un "nuovo" giudizio), a confermare o riformare la condanna dell'imputato al risarcimento del danno in favore della parte civile.

In tutti questi casi è ben possibile che la pronuncia di accoglimento della domanda di risarcimento del danno non si accompagni a una pronuncia di condanna penale, per esserci stata, invece, una pronuncia di proscioglimento, o che vi sia, in prosecuzione dello stesso giudizio, una pronuncia in ordine alla pretesa restitutoria o risarcitoria della parte civile.

10.- Diversa - va peraltro precisato - è, invece, la fattispecie oggetto della sentenza n. 12 del 2016. Questa Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 538 cod. proc. pen., sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non consente al giudice di decidere sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta dalla parte civile, quando pronuncia sentenza di assoluzione dell'imputato in quanto non imputabile per vizio totale di mente. Ciò si giustifica perché l'accertamento penale, che in tale evenienza ha il diverso effetto di giudicato previsto dall'art. 652 cod. proc. pen. e non certo quello di cui all'art. 651-*bis* cod. proc. pen., comporta il mutamento della prospettiva e dei presupposti della pretesa risarcitoria della parte civile: per il danno cagionato dall'incapace risponde chi è tenuto alla sua sorveglianza (art. 2047, primo comma, del codice civile). Invece, nel caso della non punibilità per «particolare tenuità» dell'offesa, vengono accertate la sussistenza del fatto e la sua illiceità penale, e si afferma che l'imputato lo ha commesso. Su tutto ciò si forma il ben più pregnante giudicato di cui all'art. 651-*bis* cod. proc. pen., per cui l'accertamento necessario per il proscioglimento per difetto di punibilità ex art. 131-*bis* cod. pen. ridonda anche in accertamento utile al fine dell'an della pretesa risarcitoria civile.

11.- La logica di fondo, che complessivamente emerge da queste fattispecie, è quella di evitare, finché possibile e compatibile con l'esito del giudizio in ordine all'azione penale, una situazione di *absolutio ab instantia* in riferimento alla domanda della parte civile e di salvare il procedimento in cui quest'ultima ha promosso la pretesa risarcitoria o restitutoria, senza che la stessa sia gravata dell'onere di promuovere un nuovo giudizio.



Nelle fattispecie sopra esaminate, sia quelle che vedono lo stesso giudice penale pronunciarsi nel merito della pretesa civile risarcitoria (o restitutoria), pur senza che contestualmente emetta una condanna penale (ciò in deroga alla regola dell'art. 538 cod. proc. pen.), sia quelle connotate comunque dalla distinta prosecuzione del giudizio solo sui capi civili, c'è una risposta di giustizia alla domanda della parte civile, anche in mancanza dell'accertamento, da parte del giudice penale, con effetto di giudicato, quanto «[a]lla sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso».

Invece, una risposta di giustizia manca proprio quando tale accertamento sussiste, ex art. 651-*bis* cod. proc. pen., allorché il giudice penale prosciolga l'imputato per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen.

In questo caso la regola generale, posta dall'art. 538 cod. proc. pen., non deflette, non consentendo al giudice penale di pronunciarsi anche sulla pretesa risarcitoria o restitutoria della parte civile.

Ciò rende la norma censurata contrastante con il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), per l'argomento a fortiori che può trarsi dalla comparazione con le fattispecie in cui non c'è l'absolutio ab instantia pur in mancanza di siffatto accertamento, vuoi perché il giudice penale è chiamato a pronunciarsi sulla domanda risarcitoria (o restitutoria) civile anche se non vi è una condanna penale, vuoi perché il giudizio prosegue comunque per la definizione anche solo delle pretese civilistiche; essa inoltre si pone in violazione del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, secondo comma, Cost.), nella specie della parte civile, la quale subisce la mancata decisione in ordine alla sua pretesa risarcitoria (o restitutoria) anche quando essa appare fondata e meritevole di accoglimento proprio in ragione del contestuale accertamento, ad opera del giudice penale, della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della riferibilità della condotta illecita all'imputato nel contesto del proscioglimento di quest'ultimo ex art. 131-*bis* cod. pen. Infine, essa collide con il canone della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) a causa dell'arresto del giudizio che ne deriva, quanto alla domanda risarcitoria (o restitutoria), con soluzione di continuità rispetto a un nuovo giudizio civile, del cui promovimento è onerata la parte civile, anche solo per recuperare le spese sostenute nel processo penale.

12.- La *reductio ad legitimitatem* della disposizione censurata richiede, dunque, di riconoscere al giudice penale, come necessaria deroga alla regola posta dalla disposizione stessa, la possibilità di pronunciarsi anche sulla domanda di risarcimento del danno quando accerti che sussistono i presupposti per dichiarare la non punibilità dell'imputato in ragione della particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen.

13.- L'accoglimento delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. comporta l'assorbimento dell'altro parametro evocato dal giudice rimettente (art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, paragrafo 1, CEDU).

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

*dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 538 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che il giudice, quando pronuncia sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale, decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta dalla parte civile, a norma degli artt. 74 e seguenti cod. proc. pen.*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 25 maggio 2022.

F.to:

Giuliano AMATO, *Presidente*

Giovanni AMOROSO, *Redattore*

Roberto MILANA, *Direttore della Cancelleria*

Depositata in Cancelleria il 12 luglio 2022.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA



N. 174

Sentenza 23 giugno - 12 luglio 2022

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Processo penale - Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato - Concessione per reati connessi, ex art. 12, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., ad altri per i quali tale beneficio sia già stato concesso - Esclusione - Irragionevolezza - Illegittimità costituzionale in parte qua.

- Codice penale, art. 168-*bis*, quarto comma.
- Costituzione, art. 3.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente: Giuliano AMATO;

Giudici : Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis*, quarto comma, del codice penale, promosso dal Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Bologna nel procedimento penale a carico di D. A. e D. D.V. con ordinanza del 16 giugno 2021, iscritta al n. 151 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 41, prima serie speciale, dell'anno 2021.

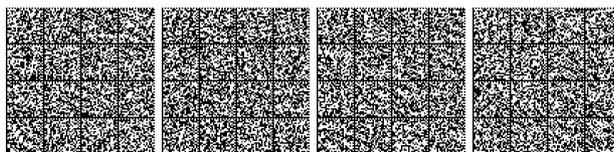
Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 23 giugno 2022 il Giudice relatore Francesco Viganò;

deliberato nella camera di consiglio del 23 giugno 2022.

Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza del 16 giugno 2021, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Bologna ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis*, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui, disponendo che la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta, non prevede che l'imputato ne possa usufruire per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera *b)*, del codice di procedura penale, con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso.



1.1.- Riferisce il rimettente che D. A. e D. D.V. - imputati del reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), per aver effettuato, tra il 20 settembre e il 21 dicembre 2018, undici cessioni di cocaina in quantità variabile tra 0,5 e 1,7 grammi - nel corso dell'udienza preliminare hanno chiesto la sospensione del procedimento con messa alla prova, ai sensi dell'art. 168-*bis* cod. pen.

Gli imputati hanno già beneficiato della messa alla prova in altro procedimento penale relativo a un episodio di spaccio, coevo a quelli contestati nel giudizio *a quo* e ad essi avvinto dalla continuazione (art. 81, secondo comma, cod. pen.), trattandosi di fatti tutti commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso. Tale procedimento, sospeso con ordinanza del 7 gennaio 2019, si è concluso con declaratoria di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova.

Osserva il rimettente che la richiesta avanzata dagli imputati non può allo stato essere accolta, in quanto l'art. 168-*bis*, quarto comma, cod. pen. prevede che la messa alla prova non può essere concessa per più di una volta. Di qui la rilevanza della questione.

1.2.- Quanto alla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* osserva quanto segue.

1.2.1.- Ricostruite anzitutto la genesi storica e la *ratio* della sospensione del procedimento con messa alla prova - istituto che sarebbe connotato da «una necessaria componente afflittiva (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice)» e volto a «soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato» - il rimettente osserva che la limitazione posta dall'art. 168-*bis*, quarto comma, cod. pen. non era contenuta nel disegno all'origine della legge 28 aprile 2014, n. 67 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili), che ha introdotto nell'ordinamento la facoltà, per l'imputato maggiorenne, di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova. Prima degli emendamenti apportati al disegno di legge in Senato, era infatti prevista la possibilità di fruire per due volte della messa alla prova, salvo quando il successivo procedimento riguardasse reati della stessa indole dei precedenti.

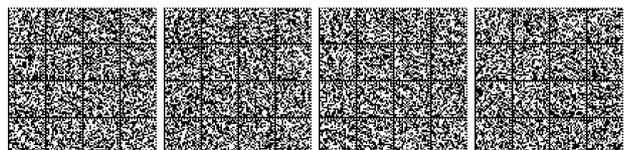
1.2.2.- Il limite della concedibilità per una sola volta non è inoltre previsto in relazione alla sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato minorenni, di cui agli artt. 28 e 29 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni).

Con riferimento al tale istituto, la giurisprudenza avrebbe in effetti riconosciuto che, in caso di continuazione tra reati giudicati e giudicandi, è possibile concedere il beneficio anche in relazione a questi ultimi, purché il giudice accerti la sussistenza del vincolo della continuazione e di elementi idonei a svolgere una prognosi di positiva evoluzione della personalità del minore, al fine di redigere un progetto idoneo al raggiungimento dell'obiettivo di rieducazione e reinserimento nella vita sociale (sono citate Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 8 luglio 2014, n. 40312 e sezione seconda penale, sentenza 8 novembre 2012, n. 46366).

1.2.3.- Quanto alla messa alla prova per l'imputato maggiorenne, la limitazione prevista dalla disposizione censurata, secondo il giudice rimettente, «non esclude, in linea di principio, che in caso di *simultaneus processus* avent[e] ad oggetto più fatti di reato, il Giudice possa riconoscere il vincolo della continuazione e giungere (con adeguata motivazione) ad un giudizio di meritevolezza del programma di trattamento redatto dall'UEPE [Ufficio per l'esecuzione penale esterna] anche attraverso l'esercizio dei poteri (integrativi e/o aggiuntivi) in tema di condotte riparatorie a favore della persona offesa e di commisurazione dei tempi e modi di espletamento del lavoro di pubblica utilità».

Ove, invece, «per scelta processuale del PM nella fase delle indagini preliminari o per diversa tempistica processuale», i reati commessi in esecuzione del medesimo disegno criminoso vengano contestati in diversi procedimenti, e uno di questi si concluda con l'estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova, ciò «consuma definitivamente l'unica possibilità» dell'imputato di fruire del beneficio. E invero, la richiesta di messa alla prova successivamente avanzata in altro procedimento - pur relativo a un reato connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera *b*), cod. proc. pen. - sarebbe destinata a una declaratoria di inammissibilità, giusta il disposto dell'art. 168-*bis*, quarto comma, cod. pen.

1.2.4.- Sotto quest'ultimo profilo, si coglierebbe «in maniera apprezzabile l'irrazionalità del sistema conseguente alla applicazione della norma censurata: la messa alla prova, per poter essere richiesta nell'unica volta esperibile, deve riguardare solo fatti giudicati in uno stesso procedimento», mentre «[i]n caso di parcellizzazione dei procedimenti - e di esistenza di ipotesi di connessione ex art. 12, comma 1, lett. *b*) c.p.p. -, la disciplina in vigore non consente di 'aggan-



ciare' alla precedente estinzione del reato fatti per cui si sarebbe potuta compiere una prognosi favorevole di astensione futura dai reati e positivo reinserimento sociale, con riconoscimento del vincolo della continuazione e valutazione finale di esito positivo della messa alla prova».

1.2.5.- La disposizione censurata determinerebbe dunque un'irragionevole disparità di trattamento tra l'imputato sottoposto a *simultaneus processus* in relazione a reati connessi ex art. 12, lettera *b*), cod. proc. pen. - il quale potrebbe fruire della sospensione del procedimento con messa alla prova per tutti i reati contestatigli - e l'imputato che affronta giudizi distinti (ancorché connessi), che invece avrebbe diritto a richiedere il beneficio solo la prima (e unica) volta.

Tale disparità sarebbe palese, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità (è citata Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 27 novembre 2008-23 gennaio 2009, n. 3286), secondo cui il reato continuato «va considerato unitariamente solo per gli effetti espressamente previsti dalla legge, come quelli relativi alla determinazione della pena, mentre, per tutti gli altri effetti non espressamente previsti, la considerazione unitaria può essere ammessa solo esclusivamente a condizione che garantisca un risultato favorevole al reo, così rispondendo alla *ratio* di favor rei dell'istituto in oggetto»; giurisprudenza in base alla quale i reati avvinti dalla continuazione sarebbero da considerare come un'unità fittizia, ad esempio, ai fini della concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena. Stante il parallelismo - evidenziato da questa Corte nella sentenza n. 91 del 2018 - tra quest'ultimo istituto e la messa alla prova, tra gli effetti favorevoli che il riconoscimento del vincolo della continuazione tra reati comporta «non [potrebbe] non annoverarsi quello derivante dall'esito positivo della messa alla prova, ovviamente previa valutazione positiva in ordine al riconoscimento del medesimo disegno criminoso e alla meritevolezza per [l]'accesso al beneficio».

1.2.6.- Non sarebbero d'altra parte ostative all'accoglimento della questione le conclusioni raggiunte nella sentenza n. 52 del 1995 di questa Corte, ove si è escluso che ledesse gli artt. 3 e 24 Cost. l'impossibilità di un *simultaneus processus* innanzi al tribunale per i minorenni, in conseguenza della non operatività della connessione, anche nei casi di reato continuato, tra procedimenti per i reati commessi rispettivamente quando l'imputato era minorenne e quando aveva raggiunto la maggiore età. Nel caso oggi in esame, infatti, «il sistema di riferimento processuale e sostanziale è il medesimo».

1.2.7.- Alla luce del suo tenore letterale, la disposizione censurata non si presterebbe poi a un'interpretazione costituzionalmente orientata, data l'impossibilità di considerare la seconda richiesta di messa alla prova «non come ulteriore e nuova richiesta ma come prosecuzione oppure integrazione di quella già avanzata in altro procedimento». Occorrerebbe altresì considerare che «la vicenda relativa al percorso della messa alla prova si conclude con una pronuncia di estinzione del reato che impedisce di 'riprendere' o 'rivalutare' quel percorso e le condizioni di accesso al beneficio, perché il reato è estinto e la sentenza del Giudice ha definitivamente prodotto un effetto sostanziale non più revocabile».

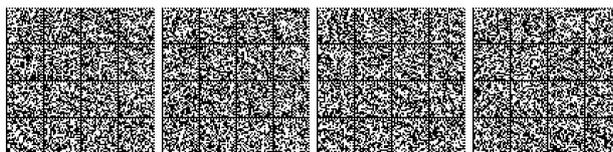
1.2.8.- Si sarebbe dunque «in presenza di una situazione di contrarietà interna del sistema delineato dall'istituto della messa alla prova sotto il profilo della irriducibilità della regola contenuta nel quarto comma dell'art. 168 bis c. p. al rispetto dei principi ispiratori della norma», che determinerebbe un *vulnus* all'art. 3 Cost.

2.- È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile e comunque non fondata.

2.1.- L'interveniente eccepisce anzitutto il difetto di motivazione sulla rilevanza: l'ordinanza sarebbe «totalmente silente» circa la sussistenza, nel caso di specie, sia dei presupposti per il riconoscimento del vincolo della continuazione, sia di elementi idonei a sostenere la valutazione di positiva evoluzione della personalità degli imputati - ai fini della redazione di un programma di trattamento idoneo a consentire il reinserimento nella vita sociale - e la prognosi di astensione dalla futura commissione di ulteriori reati.

2.2.- Contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo*, sarebbe inoltre possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata: secondo un'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, il reato continuato andrebbe considerato unitariamente ai fini dell'applicazione della sospensione condizionale della pena ex art. 168 cod. pen.; e tale principio ben potrebbe essere applicato anche all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova.

A tale interpretazione non osterebbe neppure l'irreversibilità della dichiarazione di estinzione del reato conseguente all'esito positivo della messa alla prova. E invero, il medesimo effetto estintivo caratterizzerebbe anche la sospensione del procedimento con messa alla prova nel processo minorile, al quale - secondo le sentenze n. 46366 del 2012 e n. 40312 del 2014 della Corte di cassazione - è possibile accedere anche ove l'imputato abbia già fruito di tale beneficio per reati avvinti dal vincolo della continuazione con quelli sottoposti a un giudizio successivo.



3.- In prossimità della camera di consiglio, il Presidente del Consiglio dei ministri ha depositato memoria illustrativa.

3.1.- In punto di ammissibilità, l'interveniente insiste sulla mancata indicazione, da parte del rimettente, degli elementi di prova da cui risulterebbe la medesimezza del disegno criminoso nell'esecuzione dei reati, nei termini richiesti dalla giurisprudenza di legittimità (è citata Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 23 novembre 2021, n. 5447), nonché sulla carente motivazione circa la sussistenza degli ulteriori presupposti per la concedibilità del beneficio della sospensione del procedimento con messa alla prova (sussistenza e idoneità del programma di trattamento, prognosi sulla futura astensione dell'imputato dalla commissione di nuovi reati).

3.2.- La questione sarebbe in ogni caso non fondata, attesa la possibilità di interpretazione conforme della disposizione censurata, corroborata dagli approdi giurisprudenziali in tema di sospensione condizionale della pena per reati avvinti dalla continuazione (è citata Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 28 ottobre 2015, n. 3775). La giurisprudenza di merito avrebbe del resto già affermato che la messa alla prova in relazione a più reati in continuazione sarebbe da considerare come concessa una sola volta (è richiamata un'ordinanza del Tribunale di Milano, sezione terza penale, del 28 aprile 2015).

Alla possibilità di interpretazione costituzionalmente orientata non osterebbe neppure l'irreversibilità della dichiarazione di estinzione del reato, stante la già richiamata analogia rispetto al corrispondente istituto per i minorenni.

Considerato in diritto

1.- Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Bologna ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-bis, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui, disponendo che la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta, non prevede che l'imputato ne possa usufruire per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera b), del codice di procedura penale, con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso.

2.- Le eccezioni formulate dall'Avvocatura generale dello Stato non sono fondate.

2.1.- Va disattesa, anzitutto, l'eccezione di difetto di motivazione sulla rilevanza della questione.

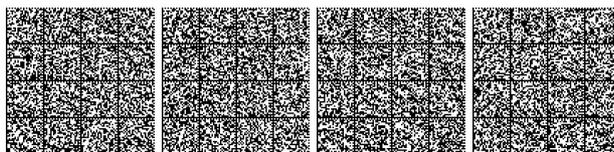
2.1.1.- Il rimettente chiarisce di dover decidere sulla richiesta, formulata dalla difesa degli imputati, di sospensione del procedimento con messa alla prova. Dal momento che gli interessati hanno già fruito del beneficio in una occasione anteriore, il giudice *a quo* osserva che l'accoglimento della richiesta è allo stato impedito dal tenore letterale del censurato art. 168-bis, quarto comma, cod. pen., che vieta di concedere più di una volta la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Il rimettente aggiunge, peraltro, che il difensore degli imputati ha sottolineato, da un lato, che i fatti per i quali gli stessi sono ora rinviati a giudizio sarebbero stati commessi in epoca coeva al reato relativamente al quale sono già stati ammessi, con esito positivo, alla sospensione del procedimento con messa alla prova; e, dall'altro, che i reati per i quali ora è processo appaiono avvinti da un medesimo disegno criminoso rispetto a quello ormai estinto in esito alla esperita messa alla prova.

Conseguentemente, il giudice *a quo* solleva questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 168-bis, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui esclude che possa egualmente essere ammesso al beneficio l'imputato che ne abbia fruito nell'ambito di un procedimento relativo ad un reato connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera b), del codice di procedura penale: disposizione, quest'ultima, la quale prevede che due procedimenti sono connessi laddove una persona sia imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione ovvero, appunto, con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso.

2.1.2.- Tanto basta ai fini della motivazione sulla rilevanza della questione, così come formulata dal rimettente.

L'accoglimento della questione avrebbe infatti, nella prospettiva del giudice *a quo*, l'effetto di rimuovere la preclusione oggi opposta a una possibile seconda concessione del beneficio previsto dalla disposizione censurata, consentendogli così di valutare nel merito se effettivamente i nuovi reati contestati siano espressivi di un medesimo disegno criminoso rispetto a quello estinto, e se sussistano gli ulteriori presupposti delineati dagli artt. 168-bis cod. pen. e 464-bis e 464-quater cod. proc. pen. per l'accesso all'istituto in questione.



La prospettazione dei difensori degli imputati non appare, del resto, prima facie implausibile, in ragione della omogeneità dei reati per cui si procede nel giudizio *a quo* (tutti consistenti in cessioni di modeste quantità di sostanze stupefacenti, riconducibili alla previsione normativa di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, recante «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza») e della loro contiguità temporale rispetto a quello già estinto per effetto della precedente messa alla prova.

Né, ai fini della motivazione sulla rilevanza della questione, sarebbe stato necessario per il giudice rimettente diffondersi sulla sussistenza dei requisiti del beneficio in capo a entrambi gli imputati, posto che tale valutazione è logicamente successiva alla rimozione della preclusione stabilita dalla disposizione censurata, che allo stato vieta in modo assoluto - secondo la lettura del rimettente - la concessione del beneficio a chi ne abbia già fruito (in senso analogo, sentenza n. 253 del 2019, punto 6 del Considerato in diritto).

2.2.- Nemmeno è fondata l'eccezione di omessa sperimentazione di una interpretazione conforme da parte del rimettente.

Il giudice *a quo* ha infatti motivatamente escluso di poter superare in via ermeneutica la preclusione censurata in relazione al caso in esame, ritenendo insuperabile il relativo dato testuale, che in effetti recita, senza contemplare alcuna espressa eccezione: «[L]a sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta». In tal modo, il rimettente ha assolto al proprio onere motivazionale sulla rilevanza della questione, attenendo invece al merito della stessa l'effettiva praticabilità o impraticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, idonea a superare il vulnus denunciato (*ex multis*, sentenza n. 172 del 2021).

3.- La questione è fondata.

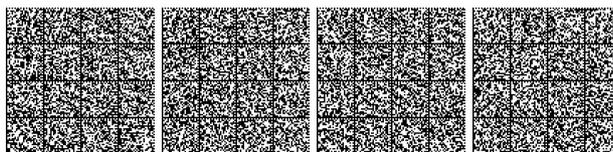
3.1.- Cuore dell'articolata motivazione dell'unica censura svolta dal rimettente è la constatazione dell'irragionevole disparità di trattamento tra l'imputato cui tutti i reati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso vengano contestati nell'ambito di un unico procedimento, nel quale egli ha la possibilità di accedere al beneficio della sospensione del procedimento con messa alla prova, e l'imputato nei cui confronti l'azione penale venga inizialmente esercitata solo in relazione ad alcuni di tali reati, e che si veda contestare gli altri, per effetto di una scelta discrezionale del pubblico ministero o di altre evenienze processuali, nell'ambito di un diverso procedimento, dopo che egli abbia già avuto accesso alla messa alla prova. Questo secondo imputato si trova così nell'impossibilità di ottenere una seconda volta il beneficio, cui avrebbe invece potuto accedere ove tutti i reati gli fossero stati contestati in un unico procedimento.

3.2.- Preclusioni analoghe a quella oggi all'esame sono già state dichiarate costituzionalmente illegittime da sentenze risalenti di questa Corte.

3.2.1.- In un contesto normativo in cui la sospensione condizionale della pena poteva parimenti essere concessa una volta soltanto, la sentenza n. 86 del 1970 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 164, secondo comma, numero 1), e 168 cod. pen., nelle formulazioni all'epoca vigenti, nella parte in cui disponevano che il giudice non potesse esercitare il potere di concedere o negare il beneficio della sospensione condizionale, ovvero dovesse revocare di diritto il beneficio già concesso, quando il secondo reato fosse legato dal vincolo della continuazione a quello punito con pena sospesa.

Questa Corte aveva, allora, osservato che le norme censurate facevano «dipendere l'esistenza del nesso di continuità fra due reati da circostanze occasionali, e cioè a dire, dal fatto che la continuazione sia accertata in un solo tempo anziché in tempi successivi, circostanze che non possono elevarsi a fondamento di una diversa disciplina [...]. La circostanza che il primo giudice non era a notizia che l'imputato aveva, in continuazione, ancora violato la legge penale, non può perciò impedire al secondo giudice di compiere gli apprezzamenti che avrebbe fatto il primo, e imporgli di sostituire, al suo libero convincimento, una presunzione legale di inopportunità della sospensione. Tale inopportunità non può spiegarsi nemmeno con il rilievo che l'imputato non rese noto al giudice di aver commesso i nuovi reati, perché, se così potesse ragionarsi, dalla norma si farebbe derivare una inconcepibile sanzione alla reticenza dell'imputato; al quale invece l'ordinamento garantisce piena libertà di comportamento processuale, al riparo dalla presunzione della sua non colpevolezza».

3.2.2.- Analoga sorte ha colpito, ad opera della sentenza n. 108 del 1973, l'art. 169 cod. pen., nella parte cui - prevedendo che il perdono giudiziale per i minori di diciotto anni possa essere concesso una sola volta - non consentiva di estendere il beneficio ad altri reati legati dal vincolo della continuazione a quello per il quale era stato accordato. In quella occasione, questa Corte richiamò gli argomenti già spesi nella sentenza n. 86 del 1970, rilevando la stretta similitudine tra le due questioni.



Nella sentenza n. 295 del 1986, invece, è stata ritenuta non fondata una questione mirante a estendere la possibilità di concedere una seconda volta il perdono giudiziale in relazione a reati commessi successivamente alla prima concessione, sul rilievo che tale situazione fosse essenzialmente diversa rispetto a quella esaminata dalle sentenze n. 86 del 1970 e n. 108 del 1973.

3.2.3.- Infine, con la sentenza n. 267 del 1987, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'allora vigente art. 80 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), nella parte in cui escludeva la reiterabilità del provvedimento di concessione delle sanzioni sostitutive della libertà controllata e della pena pecuniaria, quando l'imputato dovesse rispondere di reati avvinti dalla continuazione a quelli per i quali egli avesse già fruito del beneficio.

Anche in questa occasione, furono richiamati i principi espressi dalla sentenza n. 86 del 1970, affermandosi che «il caso “riguardante più fatti legati da nesso di continuità con altri puniti con sentenza precedente non può essere trattato diversamente dal caso in cui la continuazione viene accertata con unica sentenza”, ad evitare che un nesso “sostanziale”, quale quello di continuità, venga fatto dipendere da circostanze meramente occasionali».

3.3.- È sulla base dei medesimi principi che deve essere risolta la questione ora all'esame.

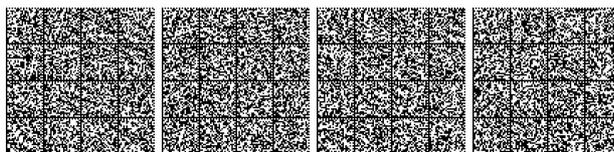
Come rilevato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (sezione seconda penale, sentenza 12 marzo 2015, n. 14112), di cui questa stessa Corte ha recentemente preso atto (sentenza n. 146 del 2022), la preclusione posta dall'art. 168-bis, quarto comma, cod. pen., in questa sede censurata, non osta a che uno stesso imputato possa essere ammesso al beneficio della sospensione del procedimento con messa alla prova anche qualora gli vengano contestati più reati nell'ambito del medesimo procedimento, sempre che i limiti edittali di ciascuno di essi siano compatibili con la concessione del beneficio. Ciò vale, evidentemente, anche nel caso specifico in cui tali reati siano avvinti dalla continuazione, essendo stati commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. In una tale situazione, infatti, l'ordinamento considera unitariamente i reati ai fini sanzionatori, prevedendo l'infrazione di una sola pena che tenga conto del loro complessivo disvalore; sicché appare logico che, ove tutti i singoli reati siano compatibili, in ragione dei rispettivi limiti edittali, con il beneficio della messa alla prova, l'imputato possa essere ammesso ad un percorso unitario di risocializzazione e riparazione, nel quale si sostanzia il beneficio medesimo (ancora, sentenza n. 146 del 2022 e le altre pronunce ivi citate), e il cui esito positivo comporta l'estinzione dei reati contestati.

In ipotesi come quella verificatasi nel giudizio *a quo*, dunque, se tutti i reati commessi in continuazione fossero stati contestati nell'ambito di un unico procedimento, i relativi imputati ben avrebbero avuto la possibilità di chiedere e - sussistendone tutti i presupposti - di ottenere il beneficio della sospensione del procedimento con messa alla prova in relazione a tutti i reati, il cui esito positivo avrebbe determinato l'estinzione dei reati medesimi.

Risulta, allora, irragionevole che quando, per scelta del pubblico ministero o per altre evenienze processuali, i reati avvinti dalla continuazione vengano invece contestati in distinti procedimenti, gli imputati non abbiano più la possibilità, nel secondo procedimento, di chiedere ed ottenere la messa alla prova, allorché siano stati già ammessi al beneficio nel primo. Ciò equivarrebbe a far dipendere la possibilità di accedere a uno dei riti alternativi previsti dal legislatore - possibilità che costituisce «una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa» dell'imputato di cui all'art. 24 Cost. (*ex multis*, sentenza n. 192 del 2020, nonché sentenze n. 19 e n. 14 del 2020, n. 131 del 2019) - dalle scelte contingenti del pubblico ministero o da circostanze casuali, sulle quali l'imputato stesso non può in alcun modo influire.

3.4.- Sotto un diverso ma connesso profilo, la preclusione censurata, applicata a ipotesi come quella all'esame, finisce per frustrare lo stesso intento legislativo di sanzionare in maniera unitaria il reato continuato, attraverso un aumento della pena prevista per il reato più grave, secondo la regola generale posta dall'art. 81, secondo comma, cod. pen. - intento, si noti, che non è precluso nemmeno dall'intervento del giudicato, come dimostra l'art. 671 cod. proc. pen., che consente al giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena complessiva per più reati giudicati separatamente con sentenze o decreti penali irrevocabili, tenendo conto appunto della continuazione tra gli stessi.

Se è vero, infatti, che la messa alla prova dell'imputato maggiorenne ha anche una innegabile connotazione sanzionatoria rispetto al reato per il quale si procede (sentenze n. 146 del 2022, n. 139 e n. 75 del 2020, n. 68 del 2019), l'impossibilità di ammettere alla messa alla prova chi abbia già avuto accesso al beneficio in relazione ad altro reato commesso in esecuzione di un medesimo disegno criminoso si traduce nell'impossibilità di sanzionare in modo sostanzialmente unitario tutti i reati avvinti dalla continuazione, in contrasto con la logica del sistema del codice penale.



3.5.- Tali considerazioni valgono, a maggior ragione, per l'altra ipotesi di connessione prevista dall'art. 12, comma 1, lettera *b*), cod. proc. pen., che si verifica nel caso del concorso formale disciplinato dall'art. 81, primo comma, cod. pen., e dunque allorché più reati sono commessi dalla stessa persona con una sola azione od omissione. Anche in questo caso, il legislatore prevede che il trattamento sanzionatorio sia commisurato unitariamente dal giudice, secondo le medesime regole che vigono per il reato continuato: il che normalmente accade nell'ambito di un unico processo. Sicché, nelle ipotesi in cui il pubblico ministero abbia invece proceduto per reati in concorso formale nell'ambito di procedimenti distinti - e sempre che il secondo procedimento non sia di per sé precluso dall'art. 649 cod. pen. (sul punto, sentenza n. 200 del 2016, punto 12 del Considerato in diritto) -, risulterebbe irragionevole negare all'imputato la possibilità di accedere nuovamente alla messa alla prova, nell'ambito di un procedimento che ha pur sempre ad oggetto la medesima condotta attiva od omissiva per la quale egli ha già fruito del beneficio.

3.6.- Da tutto ciò discende che la disposizione censurata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che l'imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ipotesi in cui si proceda per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera *b*), cod. proc. pen., con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso.

In una simile ipotesi, spetterà al giudice, ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 3, cod. proc. pen., una nuova valutazione dell'idoneità del programma di trattamento e una nuova prognosi sull'astensione dalla commissione di ulteriori reati da parte dell'imputato. In tale valutazione non potrà non tenersi conto - per un verso - della natura e della gravità dei reati oggetto del nuovo procedimento, e - per altro verso - del percorso di riparazione e risocializzazione eventualmente già compiuto durante la prima messa alla prova. Nel caso poi in cui ritenga di poter concedere nuovamente il beneficio, il giudice stabilirà la durata del periodo aggiuntivo di messa alla prova, comunque entro i limiti complessivi indicati dall'art. 464-*quater*, comma 5, cod. proc. pen., valorizzando opportunamente il percorso già compiuto, alla luce dell'esigenza - sottesa al sistema - di apprestare una risposta sanzionatoria sostanzialmente unitaria rispetto a tutti i reati in concorso formale o commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 168-bis, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui non prevede che l'imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ipotesi in cui si proceda per reati connessi, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera b), del codice di procedura penale, con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 giugno 2022.

F.to:

Giuliano AMATO, *Presidente*

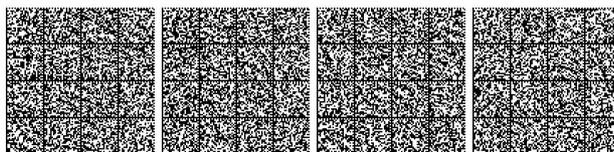
Francesco VIGANÒ, *Redattore*

Roberto MILANA, *Direttore della Cancelleria*

Depositata in Cancelleria il 12 luglio 2022.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA





ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 37

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 10 giugno 2022
(del Presidente del Consiglio dei ministri)

Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Previsione che gli interventi riguardano esclusivamente la canapa (*Cannabis sativa L.*) con un contenuto di tetraidrocannabinolo (THC) entro i limiti previsti dalla normativa europea e statale.

Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Previsione che la Regione promuove, tra l'altro, le attività di sperimentazione e ricerca funzionali all'espansione della coltura della canapa orientate all'utilizzo della canapa nel settore alimentare, cosmetico, farmacologico e ornamentale; le attività di formazione di coloro che operano nella filiera della canapa e di informazione per la diffusione della conoscenza delle proprietà della canapa e dei suoi utilizzi nel campo agronomico, agroindustriale, della bioedilizia e farmacologico; l'impiego e test dei semi di canapa per la produzione di semi decorticati ad uso alimentare.

Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Prodotti ottenibili dalla coltivazione della canapa - Inserimento tra i prodotti ottenibili di piante intere, parti di pianta e rami freschi o essiccati, polveri derivate, ottenute dalla macinatura, vagliatura o setacciamento.

Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Canapa terapeutica - Promozione, coltivazione e trasformazione della canapa terapeutica ad uso medico da parte delle aziende pubbliche e private presenti nel territorio regionale.

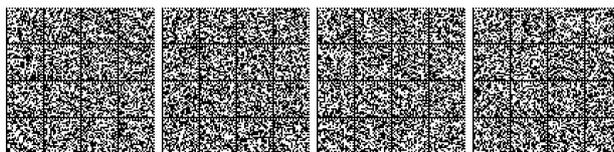
Agricoltura - Coltura della canapa industriale - Norme della Regione autonoma Sardegna - Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale - Norma finanziaria - Previsione che la Regione attua la legge regionale n. 6 del 2022 nei limiti delle risorse finanziarie stanziare annualmente con legge di bilancio per tali finalità.

– Legge della Regione autonoma Sardegna 11 aprile 2022, n. 6 (Sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale), artt. 1, comma 5; 2, comma 2, lettera a), numeri 1 e 6, lettera b) e lettera c); 3, comma 1, lettere h) e i); 8; e 9.

Ricorso per la Presidenza del Consiglio dei ministri (codice fiscale n. 97163520584), in persona del Presidente p.t., *ex lege* rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato (codice fiscale n. 80224030587) presso i cui uffici domicilia *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12; Pec ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it;

nei confronti della Regione Sardegna, in persona del Presidente *pro tempore*, per la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna n. 6/2022, pubblicata nel BUR n. 17 del 12 aprile 2022, recante: «Norme di sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale».

La legge regionale n. 6/22, che reca «Norme di sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale», eccede dalle competenze statutarie della Regione Sardegna, in contrasto con gli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale di autonomia della Regione, risultando invasiva della competenza esclusiva dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera h) della Costituzione, violando altresì i principi fondamentali in materia di tutela della salute di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, oltre a porsi in contrasto con l'art. 81, terzo comma, della Costituzione: come da delibera del Consiglio dei ministri in data 6 giugno 2022 si propone pertanto il presente ricorso *ex art.* 127 della Costituzione, e ciò nei sensi e per le ragioni di seguito indicate.



— L'art. 3, lettera *d*) dello Statuto speciale della Regione autonoma della Sardegna, legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, attribuisce alla Regione potestà legislativa in materia di «agricoltura e foreste; piccole bonifiche e opere di miglioramento agrario e fondiario».

In base al medesimo art. 3 dello Statuto speciale, la potestà legislativa regionale deve essere esercitata «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica».

Il successivo art. 4, lettera *i*) prevede la competenza regionale ad emanare norme legislative in materia di «igiene e sanità pubblica» con i medesimi limiti sopra enunciati, nonché dei principi stabiliti dalle leggi dello Stato.

Si rappresenta inoltre che la disciplina statale di principio è dettata dal decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990 «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza» e dalla legge n. 242 del 2016, intitolata «Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa».

A tale riguardo, la giurisprudenza costante della Corte costituzionale interpreta il concetto di «ordine pubblico e sicurezza» — quale settore riservato dalla Costituzione alla legislazione esclusiva dello Stato — come comprendente l'insieme degli interventi e delle misure finalizzate al mantenimento dell'ordine pubblico ed alla prevenzione dei reati, tra i quali grave allarme sociale destano quelli in materia di stupefacenti.

La Consulta, inoltre, ha sottolineato (sentenza n. 333/1991) che la citata normativa statale (in particolare, il decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990), nel definire il catalogo delle sostanze vietate (con le relative eccezioni di natura tassativa), integra elementi accessori delle fattispecie penali tipiche di cui al medesimo decreto del Presidente della Repubblica, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione.

La Corte ha, altresì, affermato che la predetta normativa in materia di sostanze stupefacenti ha come obiettivo la tutela dei beni giuridici della salute pubblica e dell'ordine e sicurezza pubblica (sentenze nn. 133/1992 e 109/2016).

Il citato testo unico classifica le sostanze stupefacenti o psicotrope raggruppandole in cinque tabelle. La cannabis, in particolare, rientra nella «Tabella II».

— L'art. 26 del testo unico vieta la coltivazione delle piante ricomprese nella Tabella II ad eccezione della canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli di cui all'art. 27, consentiti dalla normativa dell'Unione europea.

La coltura della canapa non può, quindi, riguardare le tipologie di piante ricomprese nei divieti di cui al citato testo unico ma, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge n. 242/2016, è, invece, ammessa per le varietà iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2002/54/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002.

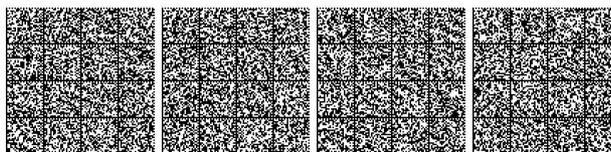
Il successivo comma 3 dell'art. 1 della legge n. 242/2016 specifica che le attività di sostegno e promozione riguardano, in particolare, la coltura della canapa finalizzata:

- a*) alla coltivazione e alla trasformazione;
- b*) all'incentivazione dell'impiego e del consumo finale di semilavorati di canapa provenienti da filiere prioritariamente locali;
- c*) allo sviluppo di filiere territoriali integrate che valorizzino i risultati della ricerca e perseguano l'integrazione locale e la reale sostenibilità economica e ambientale;
- d*) alla produzione di alimenti, cosmetici, materie prime biodegradabili e semilavorati innovativi per le industrie di diversi settori;
- e*) alla realizzazione di opere di bioingegneria, bonifica dei terreni, attività didattiche e di ricerca.

Inoltre, l'art. 2 del medesimo testo di legge, rubricato «Liceità della coltivazione», reca l'elenco di prodotti che è lecito ottenere dalla canapa coltivata.

Si tratta, in particolare, di:

- a*) alimenti e cosmetici prodotti esclusivamente nel rispetto delle discipline dei relativi settori;
- b*) semilavorati, quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti, per forniture alle industrie e alle attività artigianali di diversi settori, compreso quello energetico;
- c*) materiale destinato alla pratica del sovescio;
- d*) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia;
- e*) materiale finalizzato alla fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati;



f) coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati;

g) coltivazioni destinate al florovivaismo.

La legge regionale in esame incide, dunque oltre che nella materia della tutela della salute pubblica, anche in quella dell'ordine e della sicurezza pubblica, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera h) della Costituzione, ogniqualvolta la stessa legge introduca disposizioni incompatibili con i divieti posti dalla normativa statale.

Ciò premesso le sotto-indicate disposizioni della legge regionale in esame risultano eccedere dalle competenze statutarie, per le specifiche motivazioni di seguito specificate.

1. Sull'art. 1, comma 5: contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera h) della Costituzione e con gli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale.

— L'art. 1, comma 5, del provvedimento in esame individua l'ambito di applicazione della stessa legge esclusivamente alla canapa con un contenuto di tetraidrocannabinolo (THC) entro i limiti previsti dalla normativa europea e statale. Tale disposizione appare eccentrica rispetto alla normativa statale (e pertanto, rispetto al riparto di competenze tra Stato e regioni) nei termini che seguono.

I valori di tolleranza di THC indicati (0,2% - 0,6%) all'art. 4, comma 5, della legge n. 242 del 2016 si riferiscono solo al principio attivo rinvenuto nelle piante in coltivazione e non al prodotto oggetto di commercio. Tali limiti operano a tutela del coltivatore, quale valore massimo per l'applicazione della causa di esclusione della responsabilità. Sono evidenti, infatti, le motivazioni che hanno indotto il Legislatore statale all'elaborazione di questa disposizione finalizzata a tutelare l'imprenditore agricolo che abbia allestito regolarmente la piantagione, utilizzando sementi certificate idonee a sviluppare fisiologicamente piante con un corredo di THC inferiore allo 0,2%, e che, per cause naturali e senza avervi in alcun modo contribuito con il proprio consapevole intervento, veda svilupparsi una coltura che presenta valori di concentrazione del principio attivo superiori ai citati parametri percentuali. In merito ai «margini di tolleranza» in esame, come evidenziato nei documenti preparatori della legge n. 242 del 2016, il valore dello 0,2% è speculare a quello contenuto nell'art. 32, comma 6 del regolamento UE 1307/2013 del 17 dicembre 2013, secondo cui «le superfici utilizzate per la produzione di canapa sono ettari ammissibili solo se il tenore di tetraidrocannabinolo delle varietà coltivate non supera lo 0,2%».

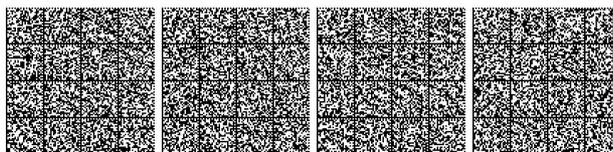
In sostanza, se il tenore di THC delle piante coltivate non supera il valore dello 0,2% la coltivazione è comunque lecita e l'imprenditore ha diritto a ricevere dei contributi per lo svolgimento della sua attività. Allo stesso tempo, il legislatore nazionale, con l'art. 4, comma 5 della richiamata legge n. 242 del 2016, ha inteso escludere la responsabilità dell'imprenditore agricolo nei casi in cui si sviluppi, per cause a lui non imputabili, una piantagione che si caratterizza per una concentrazione di THC superiore allo 0,2% ma nei limiti dello 0,6%.

Pertanto, l'attribuzione di rilevanza generalizzata ai suddetti limiti al contenuto di THC appare esorbitare dalla competenza regionale in subiecta materia, andando a violare la competenza esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza di cui all'art. 117, secondo comma lettera h) della Costituzione.

2. Sull'art. 2, comma 2, lettera A), punto 6; lettera B); lettera C): contrasto con l'art. 117, secondo comma lettera h) della Costituzione, con i principi fondamentali in materia di tutela della salute, ai sensi dell'art. 117 terzo comma della Costituzione, e con gli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale.

— L'art. 2, comma 2, lettera a), punto 6 riconosce alla Regione la facoltà di promuovere «le attività di sperimentazione e ricerca funzionali all'espansione della coltura della canapa in un'ottica di sostenibilità ambientale ed economica, orientate principalmente... all'utilizzo della canapa per uso alimentare, cosmetico, farmacologico e ornamentale». La citata disposizione regionale è censurabile, sotto il profilo della legittimità costituzionale, nella parte in cui non specifica che le attività di sperimentazione e ricerca orientate ad un eventuale uso farmacologico devono intendersi limitate a quelle previste ai sensi dell'art. 26 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza» ovvero ai sensi dell'art. 7 della legge n. 242 del 2016 recante «Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa». Le citate disposizioni statali di riferimento, infatti, costituiscono principi fondamentali in materia di tutela della salute, al cui rispetto la Regione Sardegna è tenuta ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 4 lettera i) dello Statuto speciale di autonomia violando altresì i principi fondamentali stabiliti da leggi dello Stato in materia di «tutela della salute», di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione.

Si precisa, al riguardo, che l'utilizzo farmacologico della canapa non rientra tra gli usi consentiti ai sensi dell'art. 2, comma 2, della citata legge n. 242 del 2016 ed è viceversa disciplinato dal decreto legislativo n. 219 del 2006 recante «Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concer-



nente i medicinali per uso umano». Pertanto, la legge regionale in esame, nel disciplinare aspetti propri della coltivazione della canapa industriale e richiamando espressamente la legge n. 242 del 2016, contiene disposizioni relative alla cannabis ad uso medico (stupefacente) che è, invece, disciplinata dai citati decreto del Presidente della Repubblica n. 309/90 e decreto legislativo n. 219/2006, confondendo conseguentemente i prodotti derivati dalla canapa industriale con quelli della cannabis ad uso medico e gli usi consentiti dalle due distinte discipline.

Si segnala, peraltro, che un eventuale utilizzo a scopi sperimentali della semente è subordinato alle condizioni dettate dall'art. 7 della legge n. 242 del 2016 e deve avvenire secondo le modalità ivi indicate.

Inoltre, va considerato che, ai sensi dell'art. 26 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990: «1. Salvo quanto stabilito nel comma 2, è vietata nel territorio dello Stato la coltivazione delle piante comprese nelle tabelle I e II di cui all'art. 14, ad eccezione della canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli di cui all'art. 27, consentiti dalla normativa dell'Unione europea. 2. Il Ministro della sanità può autorizzare istituti universitari e laboratori pubblici aventi fini istituzionali di ricerca, alla coltivazione delle piante sopra indicate per scopi scientifici, sperimentali o didattici».

La norma regionale si pone quindi in violazione della competenza esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza di cui all'art. 117, secondo comma lettera *h*) della Costituzione ed in contrasto con i principi fondamentali in materia di tutela della salute dettati dallo Stato con le richiamate disposizioni, al cui rispetto la Regione è tenuta ai sensi degli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale di autonomia.

Analoghe censure valgono anche per la lettera *b*) del comma 2, nonché per la successiva lettera *c*) del medesimo art. 2, che, nel disciplinare l'impiego e i *test* dei semi di canapa per la produzione di semi decorticati ad uso alimentare, non appare in linea con la summenzionata legge n. 242/2016 che, come sopra puntualmente indicato, regola l'utilizzo dei prodotti derivanti dalle coltivazioni di canapa ammesse, senza prevedere l'impiego alimentare indicato dalla disposizione in commento.

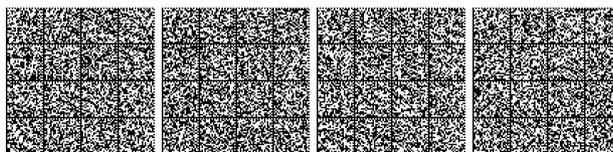
Con riferimento ai limiti di THC valgono le medesime censure formulate al precedente punto 1, laddove (comma 2, lett. *a*), n. 1) gli stessi vengono richiamati, con riferimento all'individuazione, in funzione dei diversi impieghi, delle varietà o popolazioni di canapa più idonee alla coltivazione nel territorio sardo.

3. Sull'art. 3, comma 1, lettere *H*) e *I*); contrasto con l'art. 117, secondo comma lettera *h*) della Costituzione, con i principi fondamentali in materia di tutela della salute, ai sensi dell'art. 117, terzo comma della Costituzione, e con gli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale.

— L'art. 3, comma 1, alle lettere *h*) e *i*) inserisce tra i prodotti ottenibili dalla canapa anche «piante intere, parti di piante... polveri derivate ottenute dalla macinatura, vagliatura o setacciamento» non contemplate, invece, dalla legge n. 242 del 2016. In tal modo, la legge regionale integra di fatto il dettato normativo nazionale, eccedendo la propria sfera di competenza. Più precisamente, mediante, da un lato, il riferimento a tali prodotti e, dall'altro, il mancato richiamo alla vigente normativa in materia di utilizzo ad uso umano di piante intere o parti di esse e polveri derivate, ottenute dalla macinatura e dalla relativa trasformazione ai sensi del decreto legislativo n. 219 del 24 aprile 2006 e del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 9 ottobre 1990, per la successiva commercializzazione come medicinali, si delinea un contrasto tra la disposizione regionale in esame e i principi fondamentali in materia di tutela della salute dettati dallo Stato con le richiamate disposizioni, al cui rispetto la Regione è tenuta ai sensi degli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale di autonomia. Considerate altresì che l'art. 117, terzo comma della Costituzione che attribuisce alla legge dello Stato la competenza a fissare i principi fondamentali in materia di «tutela della salute».

A tale riguardo, si precisa che non tutte le parti della pianta della canapa possono essere utilizzate per realizzare prodotti. Conformemente a quanto previsto dall'art. 2 della legge n. 242 del 2016, occorrerebbe fare riferimento ai soli prodotti che contengono semi e derivati (come fibre, canapuli e parti legnose, il cui uso è lecito) e non anche ai prodotti che contengono tutte le parti della pianta (ad es., bustine di fiori essiccati o polline-hasc).

Più nel dettaglio, si osserva che non possono essere utilizzate le foglie e le infiorescenze della pianta della canapa, il cui utilizzo, in campo farmaceutico, costituendo sostanze stupefacenti, è soggetto ad autorizzazione preventiva, come previsto dalle Convenzioni delle Nazioni Unite del 1961 e del 1971, dalla normativa euro-unitaria e dalla normativa nazionale in materia di stupefacenti (articoli 17-26-27-32 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 e Tabella II del medesimo decreto). Le foglie e le infiorescenze di cannabis contengono anche CBD (cannabidiolo), che è da considerarsi a tutti gli effetti una sostanza attiva, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *b-bis*) del decreto legislativo n. 219/2006 e, per tale motivo, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina propria dei medicinali (art. 2, comma 2, del cit. decreto legislativo n. 219/2006). Da quanto esposto, si desume che dalla coltivazione della canapa non è possibile ottenere «piante intere», così come, viceversa, testualmente previsto dall'art. 3 della legge regionale in esame.



Con specifico riferimento alla rilevanza delle previsioni contenute nella legge n. 242 del 2016 relativamente ai prodotti che possono essere ottenuti dalla coltivazione, appare opportuno richiamare quanto rilevato dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. pen. Sez. Unite, Sent., ud. 30 maggio 2019, 10 luglio 2019, n. 30475):

«1) la legge n. 242 del 2016 è volta a promuovere la coltivazione agroindustriale di canapa delle varietà ammesse (cannabis sativa L.), coltivazione che beneficia dei contributi dell'Unione europea, ove il coltivatore dimostri di avere impiantato sementi ammesse;

2) si tratta di coltivazione consentita senza necessità di autorizzazione ma dalla stessa possono essere ottenuti esclusivamente i prodotti tassativamente indicati dalla legge n. 242 del 2016, art. 2, comma 2, (esemplificando: dalla coltivazione della canapa di cui si tratta possono ricavarsi fibre e carburanti, ma non hashish e marijuana);

3) la commercializzazione di cannabis sativa L. o dei suoi derivati, diversi da quelli elencati dalla legge del 2016, integra il reato di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, art. 73, commi 1 e 4, anche se il contenuto di THC sia inferiore alle concentrazioni indicate all'art. 4, commi 5 e 7 della legge del 2016.

— L'art. 73 cit. incrimina la commercializzazione di foglie, infiorescenze, olio e resina, derivati della cannabis, senza operare alcuna distinzione rispetto alla percentuale di THC che deve essere presente in tali prodotti, attesa la richiamata nozione legale di sostanza stupefacente, che informa gli articoli 13 e 14 T. U. stupefacenti.

Pertanto, impiegando il lessico corrente, deve rilevarsi che la cessione, la messa in vendita ovvero la commercializzazione al pubblico, a qualsiasi titolo, di prodotti — diversi da quelli espressamente consentiti dalla legge n. 242 del 2016 — derivati dalla coltivazione della cosiddetta cannabis *light*, integra gli estremi del reato *ex art. 73, T. U. stupefacenti*».

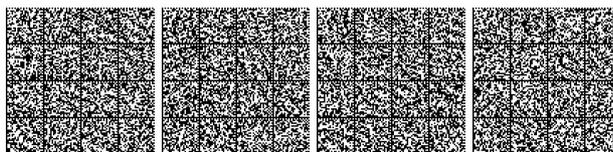
La previsione regionale in esame viola dunque la competenza esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza di cui all'art. 117, secondo comma lettera *h*) della Costituzione e contrasta con i principi fondamentali in materia di tutela della salute dettati dallo Stato con le richiamate disposizioni, al cui rispetto la Regione è tenuta ai sensi degli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale di autonomia.

4. Sull'art. 8; contrasto con l'art. 117, secondo comma lettera *h*) della Costituzione, con i principi fondamentali in materia di tutela della salute, ai sensi dell'art. 117, terzo comma della Costituzione, e con gli articoli 3 e 4 dello Statuto speciale.

— La legge regionale in esame è censurabile, altresì, relativamente all'art. 8 che attribuisce alla Regione il compito di sostenere e promuovere la coltivazione e la trasformazione della «canapa terapeutica ad uso medico» da parte delle aziende pubbliche e private presenti nel territorio regionale, al fine di «favorire la competitività e la sostenibilità delle produzioni canapicole, con particolare riferimento alle produzioni per scopi farmaceutici».

Premesso che non esiste una definizione di «canapa terapeutica» e sarebbe più corretto l'utilizzo dell'espressione «medicinali di origine vegetale a base di cannabis», in quanto tali disciplinati dal decreto legislativo n. 219/2006 e dal decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990, occorre al riguardo richiamare quanto previsto dall'art. 18-quarter, comma 1, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito in legge 4 dicembre 2017, n. 172, in forza del quale lo Stabilimento Chimico Farmaceutico Militare, autorizzato alla fabbricazione di infiorescenze di cannabis in osservanza alle norme di buona fabbricazione, secondo le direttive dell'Unione europea, recepite con il decreto legislativo n. 219 del 2006, è l'unico soggetto che, per legge, può provvedere alla coltivazione e alla trasformazione della cannabis in sostanze e preparazioni vegetali (ad alto contenuto di THC e *CBD*) per la successiva distribuzione alle farmacie, al fine di soddisfare il fabbisogno nazionale di tali preparazioni e per la conduzione di studi clinici. Il medesimo art. 18-quarter, infatti, prevede che «2. Per assicurare la disponibilità di cannabis a uso medico sul territorio nazionale, anche al fine di garantire la continuità terapeutica dei pazienti già in trattamento, l'Organismo statale per la cannabis di cui al decreto del Ministro della salute 9 novembre 2015, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 279 del 30 novembre 2015, può autorizzare l'importazione di quote di cannabis da conferire allo Stabilimento chimico farmaceutico militare di Firenze, ai fini della trasformazione e della distribuzione presso le farmacie. 3. Qualora risulti necessaria la coltivazione di ulteriori quote di cannabis oltre quelle coltivate dallo Stabilimento chimico farmaceutico militare di Firenze, possono essere individuati, con decreto del Ministro della salute, uno o più enti o imprese da autorizzare alla coltivazione nonché alla trasformazione, con l'obbligo di operare secondo le *Good agricultural and collecting practices* (GACP) in base alle procedure indicate dallo stesso Stabilimento».

Alla luce del su esposto quadro normativo, si rileva che la legge regionale non può introdurre o presupporre diversi meccanismi autorizzatori rispetto a quelli definiti dalla legge statale (*cf.* anche Corte costituzionale, sentenza n. 141 del 2013).



Manca, inoltre, nell'art. 8 della legge regionale in esame, il riferimento all'art. 26 del decreto del Presidente della Repubblica n. 109 del 1990, atteso che la locuzione «in particolare», seguita dal dettaglio degli articoli da rispettare, nell'escludere dal novero dei medesimi le disposizioni contenute nell'art. 26, appare idonea a determinare il contrasto con le previsioni legislative statali.

Alla luce delle argomentazioni addotte, si ravvisa il contrasto tra l'art. 8 della legge in oggetto e le richiamate disposizioni statali e, conseguentemente un'ingerenza della legislazione regionale in ambiti di competenza statale, spettando allo Stato, in via esclusiva, la materia dell'ordine pubblico e della sicurezza, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *h*) della Costituzione, nonché, la definizione dei principi fondamentali a tutela della salute, di cui all'art. 117, terzo comma della Costituzione, cui la Regione Sardegna deve attenersi ai sensi dell'art. 4 dello Statuto speciale di autonomia.

5. Sull'art. 9; contrasto l'art. 81, terzo comma, della Costituzione.

Infine, la norma finanziaria contenuta nell'art. 9, nel richiamare l'art. 38, comma 1, del decreto legislativo n. 118 del 2011, «Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42», prevede che «la Regione attua la presente legge nei limiti delle risorse finanziarie stanziare annualmente con legge di bilancio per tali finalità». Il richiamato art. 38, comma 1, decreto legislativo n. 118 del 2011 dispone che «Le leggi regionali che prevedono spese a carattere continuativo quantificano l'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione e indicano l'onere a regime, ovvero, nel caso in cui non si tratti di spese obbligatorie, possono rinviare le quantificazioni dell'onere annuo alla legge di bilancio». Ciò posto, la disposizione regionale in esame non quantifica gli oneri e indica la copertura finanziaria in maniera generica, facendo semplicemente riferimento alle «risorse finanziarie stanziare annualmente con legge di bilancio per tali finalità».

— La legge regionale in esame prevede, tra l'altro, all'art. 2, comma 4, che «Entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, la Giunta regionale, con propria deliberazione [...] determina le modalità, i criteri e le priorità per l'erogazione dei contributi, compatibilmente con la normativa dell'Unione europea vigente in materia di aiuti di Stato [...]». Tale previsione è suscettibile di determinare oneri a carico del bilancio regionale a decorrere dall'anno 2022, oneri non quantificati e per i quali la copertura finanziaria è indicata in maniera generica, senza neanche individuare la missione, il programma e il titolo ove imputare la spesa in esame.

Per tali motivi, la richiamata norma finanziaria si pone in contrasto anche con l'art. 19, comma 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 «Legge di contabilità e finanza pubblica», che dispone che «le leggi e i provvedimenti che comportano oneri, anche sotto forma di minori entrate, a carico dei bilanci delle amministrazioni pubbliche devono contenere la previsione dell'onere stesso e l'indicazione della copertura finanziaria riferita ai relativi bilanci, annuali e pluriennali».

La norma in esame non risulta quindi rispettosa dell'obbligo di copertura finanziaria delle leggi di spesa declinato nelle disposizioni del citato decreto legislativo n. 118 del 2011 e della legge n. 196 del 2009, risultando quindi in contrasto con l'art. 81, terzo comma, della Costituzione secondo cui «ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte».

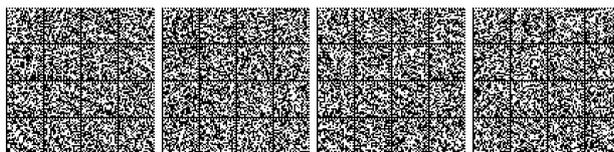
P. Q. M.

La legge regionale in epigrafe, limitatamente alle disposizioni di cui agli articoli 1, comma 5, 2, comma 2, lettera a), numeri 1) e 6), lettera b) e lettera c), 3, comma 1, lettere h) e i), 8 e 9, viene con il presente atto impugnata dinanzi alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 127 della Costituzione, come da attestazione della delibera del Consiglio dei ministri in data 6 giugno 2022 che si deposita, unitamente alla proposta di impugnativa.

Si conclude pertanto affinché sia dichiarata l'illegittimità costituzionale, nei sensi sopra esposti, degli articoli 1, comma 5; 2, comma 2, lettera a), numeri 1) e 6), lettera b) e lettera c); 3, comma 1, lettere h) e i); 8 e 9, della legge della Regione Sardegna n. 6/2022, pubblicata nel BUR n. 17 del 12 aprile 2022, recante: «Norme di sostegno e promozione della coltivazione e della filiera della canapa industriale».

Roma, 9 giugno 2022

Il vice avvocato generale: DE GIOVANNI



n. 78

Ordinanza del 24 marzo 2022 del Tribunale di sorveglianza di Firenze nel procedimento di sorveglianza nei confronti di V. B.

Misure di sicurezza - Libertà vigilata - Condannato alla pena dell'ergastolo ammesso alla liberazione condizionale - Applicazione obbligatoria della misura della libertà vigilata - Previsione della durata della libertà vigilata in misura fissa e predeterminata - Mancata previsione della possibilità del magistrato di sorveglianza di verificare l'adeguatezza della sua permanente esecuzione e, per l'effetto, di disporre la revoca anticipata.

– Codice penale, artt. 177, secondo comma, e 230, primo comma, numero 2.

IL TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI FIRENZE

Il Tribunale il giorno 15 febbraio 2022 in Firenze si è riunito in Camera di consiglio nelle persone dei componenti:

dott. Bortolato Marcello, Presidente;

dott.ssa Marino Valeria, giudice;

dott. Russo Francesco, esperto;

dott.ssa Natali Karma, esperta;

Per deliberare sulla domanda di:

impugnazione contro provvedimento in materia di misura di sicurezza presentata da V. B., nato a il domiciliato in ..., condannato alla pena dell'ergastolo in relazione al provvedimento di cumulo emesso dalla Procura generale presso la Corte d'Appello di Reggio Calabria in data 17 dicembre 2009 che assorbe condanne per delitti di associazione *ex art. 416-bis c.p.*, duplice omicidio di stampo mafioso e detenzione illegale di anni commessi nel

Esaminati gli atti, viste le conclusioni formulate in udienza dal Procuratore generale nella persona del Sost. Proc. dott. Sergio Affrante e dal difensore, nei termini di cui al relativo verbale, a scioglimento della riserva assunta in udienza, ha emesso la seguente ordinanza.

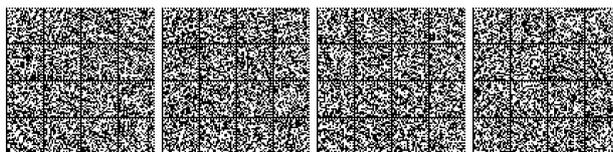
Con provvedimento del 29 ottobre 2020 il Tribunale di sorveglianza di Firenze disponeva nei confronti di Ventura Bruno l'applicazione della liberazione condizionale *ex art. 176 codice penale* in relazione alla pena dell'ergastolo che gli era stata inflitta con la sentenza emessa dalla Corte d'Assise di Reggio Calabria dell'8 giugno 1994 nella quale era stato riconosciuto colpevole di aver fatto parte di un'organizzazione criminale operante nella Provincia di Reggio Calabria, promossa e diretta da C. P., S. P. e R. D., e per i delitti di omicidio plurimo e detenzione illegale di armi ai danni di M. A. e M. A. in cui si inserisce anche l'omicidio F., eseguiti per motivi di mafia e consumati il

Il provvedimento di concessione veniva emesso dal Tribunale di sorveglianza sul presupposto che lo svolgimento della carcerazione di V. fosse stato contrassegnato da effettiva partecipazione alle attività trattamentali, da particolare impegno negli studi universitari e dall'esistenza di un adeguato percorso di revisione critica — che lo aveva portato a riconoscere l'origine della propria condotta omicida nell'inesperienza, ignoranza ed impulsività della giovane età — oltre che dalla fruizione di diversi giorni di liberazione anticipata, dalla ammissione al beneficio dei permessi premio e della semilibertà.

Secondo il Tribunale, il giudizio favorevole si fondava sul riconoscimento del sicuro ravvedimento del soggetto, considerata l'irreprensibile condotta, l'ampia revisione critica, l'assenza di altri precedenti o pendenze e di problemi di tossicodipendenza, il conseguimento della laurea in Architettura, come motivazione al proprio riscatto personale e sociale, riconoscendo l'importanza dello studio nel suo processo di riabilitazione, il buon esito dei permessi premio, usufruiti per lungo tempo anche nei luoghi di origine e di commissione dei reati, la disponibilità di una valida attività di lavoro, prorogabile nel tempo e svolta da sempre con notevole impegno, come anche l'attività di volontariato. Infine, la fruizione della semilibertà, eseguita senza rilievi di sorta.

Nel provvedimento si faceva inoltre riferimento all'avvenuto adempimento delle obbligazioni civili ed alla indicazione delle circostanze dalle quali evincere l'impossibilità di risarcire integralmente il danno.

Il Tribunale pertanto, accolta l'istanza di liberazione condizionale, disponeva la trasmissione degli atti al Magistrato di sorveglianza di Firenze per gli adempimenti di cui agli artt. 190 disposizioni di attuazione del codice di procedura penale ai fini dell'applicazione della libertà vigilata, sicché a partire dal 5 novembre 2020 l'interessato veniva



sottoposto alla misura della libertà vigilata che ha avuto inizio regolare con la prescrizione di una serie di obblighi che, a tutt'oggi, non risultano mai violati. La misura avrà termine il 5 novembre 2025, salva concessione della liberazione anticipata.

Con richiesta depositata in atti la difesa dell'interessato presentava al Magistrato di sorveglianza istanza di revoca della misura di sicurezza della libertà vigilata già deducendo una probabile incompatibilità costituzionale della norma che determina in misura fissa la durata della misura senza possibilità di una sua revoca anticipata. La richiesta veniva respinta con la seguente succinta motivazione: «ritenuta la piena legittimità costituzionale della norma».

Avverso tale rigetto la difesa proponeva quindi appello *ex art.* 680, comma 1 codice di procedura penale deducendo:

che il condannato era sottoposto obbligatoriamente ai sensi degli articoli 230 comma 1, n. 2 e 177, comma 2, codice penale alla misura della libertà vigilata per la durata di anni 5, quale conseguenza della concessione della liberazione condizionale in relazione alla condanna all'ergastolo;

che la misura della libertà vigilata per espressa previsione di legge costituisce misura di sicurezza e come tutte le misure di sicurezza è sottoposta al principio di legalità *ex art.* 25 cost. comma 3 che deve leggersi in accordo, e non in contrasto, con l'art. 202, comma 1 del codice penale che ne prevede l'applicazione solo per le persone «socialmente pericolose». Al riguardo, la Corte costituzionale ha stabilito che per tutte le misure di sicurezza vige nell'ordinamento la presunzione solo relativa di pericolosità a seguito di un vaglio da effettuarsi sia nel momento di applicazione della misura sia nel momento della sua esecuzione, come si ricava dall'abrogazione della disposizione dell'art. 204 codice penale ad opera della legge n. 663/86;

che di conseguenza, anche nel caso della misura di sicurezza della libertà vigilata, che importa notevoli restrizioni a fondamentali diritti del condannato, s'impone un giudizio fondato sull'effettiva condizione di pericolosità del soggetto e non su irragionevoli automatismi di legge. Tale interpretazione deriverebbe da una lettura costituzionalmente orientata delle norme di cui agli articoli 177, comma 2 e 230, comma 1, n. 2 c.p., in forza delle quali anche la libertà vigilata che consegue alla concessione della liberazione condizionale dovrebbe essere fondata su di una valutazione «attuale» della pericolosità tale da giustificare l'ulteriore restrizione della libertà personale anche dopo l'avvenuta scarcerazione. In questa situazione (assenza di pericolosità), l'esecuzione della misura dovrebbe essere evitata o quantomeno interrotta allorché si dovesse riscontrare la cessazione della condizione di pericolosità;

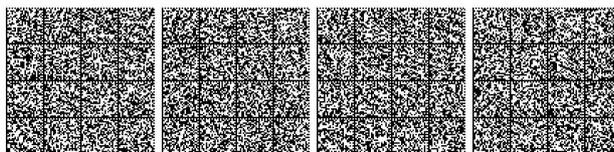
che in caso di diversa interpretazione ci si troverebbe innanzi al paradosso per cui per l'ergastolano ed «ostativo» è venuta meno la presunzione assoluta di pericolosità dettata dalla mancata collaborazione (*cf.* sentenza Corte cost. n. 253/2019 e ordinanza n. 97/2021) e permanerebbe viceversa una presunzione assoluta di pericolosità che inerisce alla pena perpetua tanto da dar obbligatoriamente luogo ad una misura di sicurezza anche laddove il condannato, certamente ravveduto (essendo questo presupposto di merito della misura in esame), abbia ottenuto la più ampia misura extramuraria prevista per l'ergastolano;

che un'interpretazione della norma in conformità alla Costituzione, come sopra prospettata, comporterebbe la possibilità di revoca della libertà vigilata e non sarebbe inficiata dalle considerazioni espresse dalla Corte di cassazione con la sentenza Sez. I n. 343 del 28 gennaio 1991 (Rv. 18671 Negri) sulla natura della libertà vigilata *ex art.* 177 cit. (secondo cui «la libertà vigilata ordinata in sede di liberazione condizionale si differenzia sotto l'aspetto funzionale dalla misura di sicurezza della libertà vigilata in quanto non ha lo scopo di fronteggiare una pericolosità sociale del condannato (anzi, in tanto è ordinata in quanto sia stato accertato che questi non è più socialmente pericoloso), ma quello di consentire un controllo dello stesso al fine di verificare se il giudizio di ravvedimento trovi corrispondenza nella realtà dei fatti»), dal momento che essa costituisce intanto [«unica pronuncia sul punto ed inoltre contiene una motivazione apodittica che non tiene conto del fatto che le leggi cambiano e la loro interpretazione evolve e che le loro potenzialità sono aperte a implicazioni sempre nuove: «la legge un corpo vivente, essa preserva la sua identità anche se la singola cellula è soggetta ad un incessante processo di cambiamento, di decadenza e di rinnovamento» (Corte Cost. n. 135/2003 e n. 286/2016).

Pertanto, avendo l'interessato raggiunto un grado di rieducazione tale da non giustificare più il mantenimento delle restrizioni impostegli dalla libertà vigilata, chiedeva la revoca della misura in atto.

In via subordinata, la difesa sottoponeva al Giudice la questione di legittimità costituzionale degli articoli 230, comma 2 e 177 comma 2, codice penale nella parte in cui impongono al Magistrato di sorveglianza l'applicazione della misura di sicurezza, nonostante il sicuro ravvedimento del soggetto, per la durata non derogabile di anni cinque, misura dalla quale deriva una limitazione della libertà personale che non trova alcuna giustificazione alla stregua dell'assenza di pericolosità in capo al soggetto ammesso alla liberazione condizionale.

Tale assetto normativo sarebbe comunque in contrasto con gli articoli 3, 25 e 27 Cost. dovendosi riconoscere l'esigenza di un puntuale accertamento del requisito della pericolosità a tutte le misure di sicurezza, ivi compresa quella in esame che, per le caratteristiche di essere una «pena» a tutti gli effetti (dato il suo carattere indebitamente afflittivo),



dovrebbe trovare rispondenza nei principi di proporzionalità e di individualizzazione. Il difensore richiama in proposito la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di pene accessorie (sent. n. 222 del 2018) che ha stabilito: «se la regola è rappresentata dalla discrezionalità ogni fattispecie sanzionata con pena fissa è per ciò solo indiziata di illegittimità». Non mancano inoltre anche i richiami alla dottrina che a proposito del problema della fissità della sanzione si è espressa nel senso che automatismo ed indefettibilità sono prospettive che danno vita ad un meccanismo ingiustamente rigido che non appare compatibile con il volto costituzionale della sanzione penale.

Pertanto, anche nel caso dell'appellante, ammesso alla liberazione condizionale ma sottoposto alla misura di sicurezza fissata inderogabilmente per la durata di cinque anni, si prospettano gli stessi profili di illegittimità costituzionale rassegnati nella pronuncia della Corte costituzionale n. 222 del 2018 sulle pene accessorie fisse.

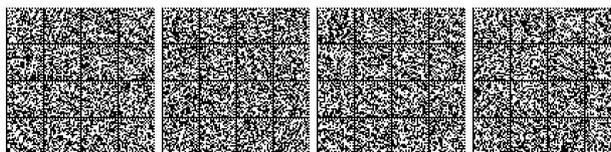
Secondo la difesa sarebbe dunque possibile in primo luogo procedere alla revoca della libertà vigilata attraverso una lettura costituzionalmente orientata degli articoli 177 e 230 c.p., in ragione della piena equiparazione della libertà vigilata *de qua* alle misure di sicurezza per le quali è sempre previsto il potere/dovere del giudice di procedere all'accertamento o al riesame periodico della pericolosità. Laddove non si decida di adottare tale interpretazione, il difensore denuncia l'illegittimità costituzionale delle due norme per contrasto con gli articoli 3, 25, comma 3, 27 comma 3 della Costituzione dovendosi garantire anche al libero vigilato in questione la possibilità di ottenere la revisione della misura (riesame della pericolosità e/o revoca), proprio in funzione del comportamento tenuto e del sicuro ravvedimento già posto a base delle concessione della liberazione condizionale.

Il Procuratore generale presente in udienza concludeva con parere contrario all'accoglimento dell'eccezione di costituzionalità, assumendo che l'applicazione della libertà vigilata conseguente alla liberazione condizionale costituisce espressione di una ragionevole volontà legislativa che trova rispondenza in altri istituti analoghi come la sospensione condizionale della pena o la riabilitazione della condanna, istituti nei quali sono previsti inderogabili scansioni temporali per ottenere gli effetti costitutivi e/o risolutivi sulla pena principale e sugli altri effetti penati. Allo stesso modo, la misura della libertà vigilata, quale sanzione aggiuntiva, rientrerebbe nell'ambito delle scelte insindacabili del legislatore che, in considerazione della gravità della pena applicata, impone limiti di accesso all'ammissione del condannato alla liberazione condizionale sia attraverso la previsione di una quota di pena espiata di almeno ventisei anni, sia attraverso gli ulteriori vincoli alla libertà derivanti appunto dalle prescrizioni di cui all'art. 228 e ss. c.p., solo all'esito dei quali la pena può rimanere estinta. Così esposti i punti salienti della questione prospettata in atti, va osservato preliminarmente che il provvedimento che si chiede di rivalutare è stato impugnato ai sensi dell'art. 680 c.p.p., procedura questa che sebbene riguardi l'appello avverso i provvedimenti concernenti le misure di sicurezza, sotto il profilo processuale e tuttavia un procedimento con caratteri di «atipicità», in quanto previsto per garantire una generale tutela ai provvedimenti limitativi delle libertà personali, senza il necessario collegamento con i presupposti che contraddistinguono le misure di sicurezza (pericolosità sociale in primo luogo). Pertanto, nessuna stretta connessione può essere rappresentata come ipotizzata invece dalla difesa — tra l'impugnativa del provvedimento in esame e la sua vincolante inclusione tra le misure di sicurezza.

Ciò detto, prima di affrontare il tema della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale come sopra illustrata, occorre innanzitutto esaminare la possibilità per il Giudice di revocare la misura della libertà vigilata, sul presupposto dell'assenza di pericolosità sociale di V. B., attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in oggetto.

In pratica, partendo dal presupposto che la libertà vigilata conseguente alla liberazione condizionale debba considerarsi a tutti gli effetti una misura di sicurezza, in quanto come tale definita e disciplinata dalla legge, e che, come tutte le misure, sarebbe soggetta alla possibilità per il giudice di verificare la permanenza o meno delle condizioni di pericolosità sociale, che ne sorto il presupposto, onde disporre il mantenimento o la revoca, ogni interpretazione contraria dovrebbe ritenersi in evidente contrasto con l'intervenuta abrogazione della pericolosità sociale «presunta» ex art. 204 codice penale ad opera dell'art. 31 della legge n. 663/1986.

In proposito, osserva il Collegio che, a prescindere dalla natura che si voglia attribuire alla misura in esame, la dizione letterale contenuta nelle norme con cui si impone di ordinare la libertà vigilata quando il condannato è stato ammesso alla liberazione condizionale per tutto il tempo della paa residua da scontare, ovvero per cinque anni nel caso di condannato all'ergastolo, non consente in alcun modo al giudice di apprezzare come ben avviato o già definito il percorso di reinserimento sociale del soggetto e procedere conseguentemente alla revoca della libertà vigilata prima della sua scadenza, se ciò appaia confacente alio scopo. Si tratta, nel caso di specie, di una precisa scelta del legislatore dell'epoca di perseguire «ex post» la risocializzazione del condannato ammesso alla liberazione condizionale, ancorché compiutamente realizzata, mediante l'obbligatoria applicazione di una misura afflittiva in aggiunta, quale appunto la libertà vigilata, avente una durata fissa e senza possibilità di essere eliminata nel caso di emergenze concrete assolutamente favorevoli al soggetto. E ciò diversamente da quanto stabilito per il verificarsi di fatti negativi durante la sua

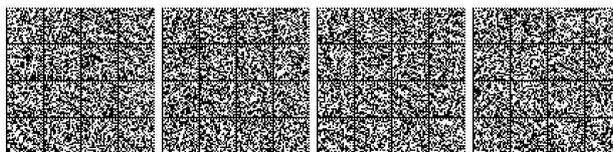


esecuzione, come la commissione di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole, oppure la trasgressione agli obblighi inerenti alla misura, in conseguenza dei quali viene viceversa disposta la revoca immediata della liberazione condizionale. Ne discende quindi che, in linea con quanto inequivocabilmente si ricava dalle disposizioni testuali in esame, nessuna interpretazione «adeguatrice» è consentita, essendo sottratta all'ordinaria discrezionalità del giudice ogni possibile decisione sull'applicazione, nell'*an* e nel *quantum*, della misura della libertà vigilata e sull'eventuale successiva revoca della stessa per sopravvenienze favorevoli. Si consideri inoltre che la libertà vigilata che segue la liberazione condizionale sembrerebbe collegata ad un presupposto radicalmente antitetico alla pericolosità, costituito proprio da quel completo ravvedimento che fonda la meritevolezza del beneficio maggiore, tanto che sia la Corte costituzionale che la Corte di cassazione hanno attribuito a tale misura, pur riconoscendone l'indubbio carattere afflittivo, una funzione diversa dalle misure di sicurezza vere e proprie, e cioè quella di sostegno e controllo del comportamento del condannato in libertà «al fine di verificare se il giudizio sul ravvedimento trovi rispondenza nella realtà dei fatti» (Corte Cost. sentenza 9 novembre 1988, n. 282/1989 e Cassazione Sez. I n. 343 del 28 gennaio 1991). Esclusa una possibile interpretazione in linea con la Costituzione, che consenta al giudice di superare l'obbligatorietà nell'*an* e la fissità nel *quantum*, non resta che esaminare la compatibilità di dette disposizioni con i precetti costituzionali in materia.

Ai fini che interessano in questa sede è sufficiente prendere atto che la libertà vigilata di cui all'art. 230, comma 1, n. 2 c.p., prevista allo scopo di favorire la completa risocializzazione del condannato che abbia ottenuto la liberazione condizionale, è una sanzione a tutti gli effetti, che in ogni caso consegue alla commissione di un reato (quello che ha dato origine alla condanna oggetto di liberazione condizionale) e come tale comporta una significativa restrizione della libertà personale. Sarebbe perfino superfluo in questa sede stabilire se la predetta libertà vigilata vada configurata come sanzione penale (autonoma) o come misura di sicurezza, tanto più che da tempo la migliore dottrina ha ricondotto anche le misure di sicurezza al «genere» sanzione penale: qui è sufficiente sottolineare che la limitazione del diritto di libertà connessa alla libertà vigilata di cui all'art. 230, n. 2, codice penale non può esser posta nel nulla se non al termine del periodo prefissato obbligatoriamente dalla legge ma, come tutte le sanzioni *lato sensu* «penali» (tanto più se non basate sul presupposto mutevole di una pericolosità sociale da accertare di volta in volta come invece nelle altre misure di sicurezza), deve confrontarsi con il principio della proporzionalità, della finalità rieducativa e dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. In giurisprudenza si è infatti ritenuto che «l'afflittività della libertà vigilata ex art. 230, n. 2 c.p., minima oppur no, è fuori discussione» (Corte cost. n. 282/1989 cit.). Ed è proprio quest'ultima pronuncia della Corte delle leggi — nel dichiarare incostituzionale l'art. 177, comma 1 codice penale nella parte in cui, in caso di revoca della liberazione condizionale, non consente di determinare la pena detentiva residua tenendo conto del periodo trascorso in libertà vigilata e delle conseguenti limitazioni della — libertà subite dal condannato — a ribadire l'intrinseca afflittività della misura, la cui incidenza è stata del tutto svalutata nel raffronto con la detenzione, («per quanto si tenti a volte, in dottrina, di ridurre al minimo tale incidenza, certo è che l'istituto della libertà vigilata, che accompagna necessariamente lo stato di libertà condizionale, importa notevoli restrizioni a fondamentali diritti del condannato»; Corte costituzionale n. 282/1989 cit.).

A quest'ultima linea interpretativa, nel senso che si tratta una misura che si risolve in una condizione restrittiva della libertà personale, si rifà anche la pronuncia della Corte di cassazione con cui è stata riconosciuta la possibilità di concedere la liberazione anticipata con riferimento «ai periodi trascorsi in liberazione condizionale al condannato all'ergastolo con sottoposizione alla libertà vigilata» (cfr. Cassazione Sez. 29 novembre 2016, n. 13934 e Cassazione Sez. I, 7 aprile 2009, n. 17343). E si tratta nel caso di specie di un beneficio (quello ex art. 54 o.p.) che si pone in netta contraddittorietà logica con le misure di sicurezza propriamente dette che infatti non possono essere «ridotte» nella loro durata se non in sede di riesame della pericolosità o di revoca anticipata ma giammai per riconosciuta partecipazione all'opera di rieducazione.

Procedendo quindi all'esame delle norme che regolano l'istituto della liberazione condizionale, da esse si ricava che l'applicazione della misura della libertà vigilata compete al Magistrato di sorveglianza che la deve disporre «*ex lege*» in un ambito di predeterminazione legislativa non solo riguardo all'*an* ma anche riguardo al *quantum* (anni cinque nel caso dell'ergastolo). In altre parole, al Magistrato di sorveglianza non è consentita alcuna possibilità di valutare la pregressa espiazione della pena, sia al momento di applicazione della misura che durante la sua esecuzione, né è consentito attribuire la giusta importanza al processo di rieducazione del condannato (presumibilmente già compiutosi posto che a fondamento dell'ampia misura in oggetto vi è il «sicuro ravvedimento» e cioè proprio quell'*emenda* che, nell'ottica prettamente retributiva che permeava la normativa codicistica *ante* Costituzione, costituiva il fine ultimo o prevalente della pena) e ciò allo scopo di non subire l'ulteriore controllo sociale imposto dall'applicazione della libertà vigilata. Detta misura del resto «non ha lo scopo di fronteggiare una pericolosità sociale del condannato (anzi intanto è ordinata in quanto sia stato accertato che questi non è più socialmente pericoloso)» (Cass. cit.) e pertanto si pone legittimamente il dubbio di una sua compatibilità sia con le esigenze di prevenzione speciale (insussistenti data l'assenza di pericolosità) sia con il finalismo rieducativo (posto che l'obiettivo della rieducazione è già di per sé



raggiunto in quanto insito in quel sicuro ravvedimento che sta a fondamento della liberazione condizionale). Anche le esigenze retributive non troverebbero del resto più alcuna giustificazione posto che la pena irrogata in sentenza, durante l'esecuzione della libertà vigilata, è già estinta con l'esaurimento del rapporto di esecuzione penale in corso, come si desume dall'espressione testuale di cui al comma 2 dell'art. 177 codice penale (la pena «rimane estinta»). Le formalità di scarcerazione dell'ammesso alla liberazione condizionale sono identiche a quelle del definitivamente scarcerato: il già detenuto è svincolato come dalla misura privativa della libertà personale (detenzione) così da ogni sottoposizione alle autorità carcerarie, anche se tale liberazione è sottoposta all'eventualità della revoca *ex art. 177* codice penale e viene, nello stesso momento, sottoposto alla misura limitativa dalla libertà vigilata assumendo un nuovo e diverso *status* (di vigilato in libertà) che implica la sottoposizione al controllo di altri organi statali. Non si può mancare di rilevare del resto che proprio l'applicazione della libertà vigilata al condizionalmente liberato rivela come l'istituto della liberazione condizionale rimanga sospeso in un instabile equilibrio fra la prospettiva afflittiva repressiva e le ragioni special-preventive: alla liberazione fondata sul ravvedimento del condannato, infatti, segue l'applicazione di una misura di sicurezza vacata al controllo poliziesco ed altrimenti fondata sulla pericolosità sociale. Giova ricordare in questa sede come invece sia ben noto che la liberazione condizionale impedisce che la finalità special-preventiva della pena vada oltre il suo scopo: diviene, infatti, inutile la prosecuzione dell'esecuzione della pena detentiva quando il condannato si dimostri sicuramente ravveduto. Con la liberazione condizionale la funzione rieducativa della pena prevale, dunque, ai sensi — oggi — dell'art. 27, comma 3 Cost., sull'esigenza retribuzionistica di cui la sopravvivenza della libertà vigilata è ancora il simbolico retaggio.

In questa cornice, l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata appare allora non manifestamente infondata in quanto pone in evidenza l'illegittimità di un automatismo sanzionatorio (ispirato a prevalenti esigenze retribuzionistiche e/o speculapreventive) che permea sia il momento genetico della misura (*an*) sia la sua durata (*quantum*), con ciò precludendo all'organo decidente ogni tipo d'intervento pur nel caso di un definitivo superamento delle condizioni che ne dovrebbero rendere «necessaria» sia la previsione che la durata. Anche laddove la libertà vigilata prevista in questi casi trovi la sua ragione d'essere soltanto nella finalità di verificare in concreto, attraverso il congruo utilizzo degli spazi di libertà concessi al liberato, se il giudizio sul ravvedimento trovi rispondenza «nella realtà dei fatti» (v. Corte costituzionale n. n. 282/1989), l'impossibilità di abbreviarne il corso nel caso in cui tale verifica abbia fin da subito dato esiti positivi, si pone in contrasto con i principi costituzionali che impongono, per ogni misura afflittiva che consegua alla commissione di un reato, la proporzionalità della sanzione e la sua concreta individualizzazione nonché l'adeguatezza della stessa alle esigenze di rieducazione ed alle concrete prospettive di reinserimento sociale. Del resto è ormai patrimonio acquisito nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che la finalità rieducativa prevalga su ogni altra finalità nell'ipotesi in cui l'esame della personalità del condannato ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua futura vita nella società impongano, prima o durante l'esecuzione, di sospendere o ridurre, sia pur condizionalmente, l'esecuzione stessa.

A ben vedere, la forte limitazione al potere del giudice nello stabilire limiti e durata della libertà vigilata è bensì frutto di una coerente scelta di politica criminale che tuttavia è risalente nel tempo (anni '30) ma oggi, alla prova di resistenza con il precetto costituzionale dell'art. 27, mostra tutta la sua irragionevolezza e, soprattutto, non è compatibile con il diritto del soggetto a veder applicata una limitazione della propria libertà quanto più adeguata alla sua condizione ed agli sviluppi del suo processo di reinserimento. In altre parole, tale eccessivo rigore trovava un suo fondamento in un'epoca in cui non esistevano ancora le norme dell'ordinamento penitenziario del 1975 che, in attuazione del finalismo rieducativo, hanno previsto il sistema articolato delle misure alternative alla detenzione e dei benefici, istituti questi non esistenti all'epoca dell'introduzione della disciplina degli artt. 177 e 230 c.p.

Ed invero, prima di questo momento, la liberazione condizionale — unica misura che consentiva (in particolare all'ergastolano) la riacquisizione degli spazi di libertà — svolgeva una funzione fondamentale nel progetto di recupero sociale del soggetto (allora orientato quasi esclusivamente all'emenda del *reo*), in quanto costituiva l'unico strumento di attuazione del fine della pena seppur inserito, come noto, tra le cause di estinzione della pena stessa (artt. 171 e ss. c.p.). L'istituto, anche a seguito delle modifiche introdotte con la legge 25 novembre 1962, n. 1634, veniva rappresentato come misura estintiva della pena avente finalità special-preventive in quanto impediva la prosecuzione della detenzione al condannato che avesse dimostrato di essersi completamente ravveduto, dovendosi in tal caso ritenere che la funzione della carcerazione ininterrottamente protrattasi avesse ormai raggiunto il suo scopo primario. In un simile assetto, è ben comprensibile che in mancanza di una base normativa di rango superiore, come quella che ha ispirato le norme in materia di ordinamento penitenziario, il contenuto sostanziale del ravvedimento previsto dall'art. 176 c.p., non potendosi ricavare da un'osservazione dettagliata del soggetto (come invece prevista oggi dagli artt. 13 e segg. o.p.), trovasse risposte adeguate alle esigenze di certezza dell'avvenuto percorso di cambiamento solo attraverso un controllo «successivo» del soggetto ammesso alla misura, fuori dell'istituto penitenziario, che rivelasse in modo sintomatico — anche dopo la scarcerazione — la sua definitiva consapevolezza e certa adesione al rispetto dei valori

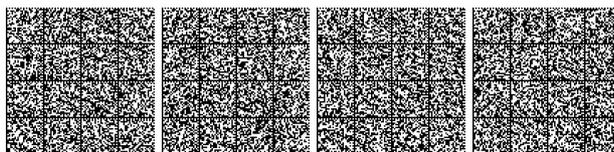


fondamentali della vita sociale. In tal modo la libertà vigilata, applicata a chi mai era uscito dal carcere prima di allora, assurgeva ad indispensabile strumento di verifica *ex post* della bontà del giudizio di meritevolezza, fondato su un sicuro ravvedimento che un tempo veniva desunto quasi esclusivamente dalle condotte tenute all'interno del carcere ma che oggi può e deve essere desunto anche dai comportamenti in ambito extramurario. Con l'entrata in vigore delle disposizioni dell'ordinamento del 1975 e dei successivi sempre più ampi innesti, a venire in rilievo nel giudizio sul ravvedimento è oggi soprattutto l'*excursus* trattamentale del condannato come si ricava dalla applicazione di plurimi istituti: il permesso premio *ex art. 30-ter o.p.*, che è concedibile allorché il magistrato abbia accertato che è stata tenuta condotta regolare e la persona non risulti di particolare pericolosità sociale; la liberazione anticipata *ex art. 54' o.p.*, che subordina la concessione del beneficio alla prova di partecipazione all'opera di rieducazione; l'ammissione al lavoro esterno, prevista dopo l'osservazione *ex art. 13 o.p.*; l'ammissione al regime della semilibertà *ex art. 50 o.p.*, disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi siano le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società. Tutte misure, si noti, applicabili anche all'ergastolano. Da ultimo degna di nota è anche la disposizione dell'*art. 52 o.p.* che prevede, durante la fruizione delle licenze concesse a titolo di premio nell'ambito della semilibertà, che il condannato sia sottoposto al regime di libertà vigilata, proprio quella misura che dovrà poi essere obbligatoriamente applicata in caso di concessione della liberazione condizionale. Tutte queste misure (inesistenti all'epoca della creazione codicistica della liberazione condizionale) sono finalizzate al raggiungimento di quegli obiettivi di risocializzazione oggi previsti come finalità principale della pena e costituiscono un aspetto decisivo nel percorso trattamentale del detenuto che, proprio attraverso essi, si misura con gli — spazi — di libertà via via guadagnati anche allo scopo della verifica, questa volta «*ex ante*», proprio di quel ravvedimento che potrebbe un domani portare, raggiunto il limite temporale previsto dalla legge, alla misura più ampia. Ciò tanto più vale per chi, sottoposto alla pena dell'ergastolo, non potrà mai ottenere le altre misure destinate ai condannati a pene «a termine» (detenzione domiciliare e affidamento in prova). È del resto nozione di comune esperienza che la misura della liberazione condizionale sia proprio quella tipica cui è orientato tutto il percorso dell'ergastolano, laddove per le pene temporanee soccorrono invece altre misure a quello non consentite (soprattutto l'affidamento in prova).

Se questo è vero, riguardo alla verifica del completo ravvedimento, si determina una situazione di irragionevolezza nel sistema quanto all'applicazione obbligatoria, nel se e nella durata, della libertà vigilata conseguente alla liberazione condizionale, tanto più, come nel caso a giudizio di questo Tribunale, di un condannato all'ergastolo che abbia già sperimentato, e per un tempo apprezzabile, sia i permessi premio (per oltre nove anni) sia la semilibertà per tre anni (con la connessa libertà vigilata applicata *ex lege* durante la fruizione delle licenze trattamentali *ex art. 52, comma 2 o.p.*), istituti che hanno già permesso di apprezzarne sia la tenuta all'esterna, senza censure di sorta, sia la conferma di quel ravvedimento che poi è stato posto a base della misura da ultimo concessa.

In questa cornice viene da sé che sottrarre al giudice della rieducazione (Tribunale e Magistrato di sorveglianza) il potere di decidere se, nel caso concreto, applicare la libertà vigilata anche a fronte dell'assenza di rischi di tenuta della misura ovvero il potere di farne venire meno gli effetti una volta raggiunta la completa verifica della bontà della valutazione già effettuata al tempo della concessione della liberazione condizionale, appare in contrasto sia con il finalismo rieducativo che deve assistere ogni sanzione penale (*art. 27 Cost.*) sia con il principio di ragionevolezza che discende dal divieto di trattare allo stesso modo situazioni che invece presentano caratteristiche differenti (*art. 3 Cost.*). Orbene, prima ancora di esporre i profili concreti relativi alla rilevanza della questione di costituzionalità di cui si discute, va detto anche che non sembrano accoglibili i rilievi del Procuratore generale, dal momento che gli istituti della sospensione condizionale della pena (*art. 163 c.p.*) e della riabilitazione (*art. 178 c.p.*), come situazioni analoghe alla liberazione condizionale, presentano in realtà caratteristiche molto differenti. Proprio riguardo a tali aspetti è stato infatti affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza già sopra richiamata (n. 282/1989) «che è ben vero che, come in sede di sospensione condizionale l'estinzione del reato è condizionata dalla non commissione di un delitto ovvero di una contravvenzione della stessa indole e dall'adempimento degli obblighi imposti al condannato, così l'estinzione *ex art. 177*, secondo comma, *c.p.*, è condizionata al decorso del tempo indicato nello stesso articolo senza intervento di cause di revoca... ..ma la distinzione tra sospensione condizionale della pena e liberazione condizionale consiste nel fatto che la prima, anche se eventualmente subordinata, nella stessa sentenza di condanna, all'adempimento di obblighi da parte del condannato, non comporta, dal momento in cui viene ordinata fino a quello della revoca vincoli alla libertà del condannato, mentre la seconda, la liberazione condizionale, dal momento dell'ammissione del condannato alla medesima fino a quello della sua revoca *ex art. 177 c.p.*, comporta l'adempimento, da parte del condannato di particolari prescrizioni imposte successivamente alla sentenza di condanna inerenti alla libertà vigilata di cui all'*art. 230 n. 2 c.p.*, limitative certamente della libertà del condannato.»

Allo stesso modo, l'istituto della riabilitazione non prevede alcun vincolo affittivo a carico del soggetto che abbia ottenuto il beneficio.



Deve poi osservarsi che in questa sede non si discute della scelta del legislatore di prevedere una misura aggiuntiva alla liberazione condizionale, ma della sussistenza di un divieto assoluto all'esercizio del potere discrezionale del giudice in ordine alla sua applicazione e/o alla sua riduzione o revoca allorché essa si dimostri, nel caso concreto, non più necessaria o non più adeguata alle esigenze di reinserimento sociale del liberato, a causa delle forti limitazioni della libertà personale che essa comporta.

Quanto poi all'ulteriore aspetto dei limiti di accesso imposti dal legislatore per la concessione della misura (ad es. i ventisei anni di pena espiata per il condannato all'ergastolo) tali da giustificare, proprio in relazione alla gravità dei fatti a base della condanna, anche la successiva sottoposizione ad un regime restrittivo, si tratta ad avviso del Collegio di due aspetti che si pongono su piani tra loro diversi. Mentre il dedotto limite dei 26 anni deve essere rapportato alla gravità del reato e di conseguenza per esso opera il principio di proporzionalità che inerisce alla pena comminata dal giudice della condanna e potrebbe financo risultare adeguato alla finalità di rieducazione (che prevede varie progressive tappe di graduale avvicinamento alla libertà), per converso il problema della libertà vigilata attiene al diverso rapporto giuridico inerente all'esecuzione della pena sulla scorta di un ormai raggiunto progresso risocializzante fondato sul 'sicuro ravvedimento' e che si pone in antitesi al rigore di un'ulteriore sanzione fissata in maniera determinata dalla legge, con irragionevole automatismo, per meri scopi di controllo sociale in ambito extramurario.

In tema di rilevanza della questione nella vicenda all'esame di questo Tribunale, si osserva che ad esso viene richiesto di 'revocare' la misura della libertà vigilata, applicata a seguito della concessione della liberazione condizionale, ad un soggetto ormai pacificamente reintegrato nel consesso sociale, non gravato da altri procedimenti penali, che ha mantenuto sempre buona condotta, che ha tenuto una condotta irreprensibile durante questi due anni di libertà vigilata, che non è più contiguo alla criminalità locale, che svolge regolare attività lavorativa, che è stato ammesso durante la detenzione per diverso tempo ai permessi premio, senza mai incorrere in rilievi, e poi alla semilibertà raggiungendo un grado di affidabilità elevato anche sotto l'aspetto della convinta revisione critica delle scelte criminali della sua vita precedente, tosi da fondare il convincimento del Tribunale circa un serio e ragionevole giudizio prognostico di conformazione della futura condotta di vita ai valori dell'ordinamento sociale, tanto da essere ammesso — alla conclusione del suo ottimo percorso intra ed extramurario — alla liberazione condizionale.

Tuttavia, in ragione delle tassative disposizioni di cui agli articoli 176 e 230 c.p., non suscettibili di interpretazione adeguatrice, nessun riesame circa la necessità della permanenza della libertà vigilata fino alla conclusione del periodo quinquennale (seppur con la riduzione operata dalla presumibile concessione di tutta la liberazione anticipata per il periodo) è consentito a questo Tribunale in accoglimento del reclamo proposto, con la conseguenza che l'appello dovrebbe essere rigettato.

È del tutto evidente viceversa che, in caso di eventuale accoglimento della questioné di legittimità, la misura della libertà vigilata potrebbe essere ridotta nella durata o revocata al pari di qualunque altra misura di sicurezza, ben prima della sua naturale scadenza fissata, a tutt'oggi, al 5 novembre del 2025. In definitiva, ad avviso del Collegio appare dunque lecito dubitare della legittimità costituzionale delle norme di cui all'art. 177, comma 1 codice penale e 230 comma 1 n. 2 c.p., per violazione degli articoli 3 e 27 Cost., nella parte in cui:

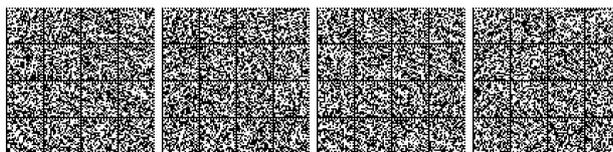
1) stabiliscono un automatismo *ex lege* circa l'applicazione della misura della libertà vigilata al condannato alla pena dell'ergastolo ammesso alla misura della liberazione condizionale, applicata non già sulla base della situazione del singolo soggetto e sugli elementi concreti attinenti ad eventuali esigenze di difesa sociale, bensì solo sulla scorta del dato meramente formale legato alla concessione della misura della liberazione condizionale;

2) stabiliscono la durata della libertà vigilata per un tempo prefissato *ex lege* sottraendo al giudice la facoltà di una sua determinazione in concreto, pur con il limite minimo di durata previsto dall'art. 228, comma 5 c.p., in contrasto con i principi di individualizzazione e proporzionalità della sanzione. penale secondo cui ogni fattispecie sanzionata con pena fissa è per ciò solo indiziata di illegittimità;

3) non prevedono che durante l'esecuzione della misura sia consentito al giudice di verificare in concreto la permanente adeguatezza della restrizione della libertà personale alle esigenze di pieno reinserimento sociale e di raggiunta conformazione ai valori sociali di convivenza, tanto da non consentirne la revoca anticipata.

Innanzitutto, le norme suddette sono in contrasto con il principio costituzionale fissato nell'art. 27 Cost. posto che il «sacrificio» imposto dalla misura della libertà vigilata potrebbe risultare non più necessario alla stregua dei progressi compiuti, dal liberato condizionalmente.

Ma altresì dette norme si, pongono in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. in quanto non vi è dubbio che siffatto automatismo finisce altresì per accomunare situazioni soggettive differenti che, pur nel presupposto comune del sicuro ravvedimento, sono invece caratterizzate da percorsi rieducativi eterogenei.



Se è certamente vero che il legislatore può ben diversificare le condizioni di accesso alle misure alternative, è difficile ritenere che una simile scelta possa spingersi fino al punto di sancire un obbligo per il giudice di disporre l'applicazione di una misura susseguente alla scarcerazione avente sicura natura afflittiva senza alcun presupposto che attenga alla permanenza di una pericolosità residua. Tale rigidità applicativa si pone pertanto non in sintonia con il principio dell'individualizzazione del trattamento ri educativo.

In definitiva si tratta di un sistema di norme della cui conformità a Costituzione si dubita, con specifico riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., in quanto esse negano ogni spazio di discrezionalità del giudice, prevedendo un automatismo sanzionatorio, nell'ambito di un quorum, irragionevole e discriminante e che prescinde dalle diverse condizioni di risocializzazione raggiunta dal singolo condannato, così determinando una situazione che la stessa Corte costituzionale ha in più occasioni dimostrato di non apprezzare. («Esigenza di mobilità ed individualizzazione della pena» sono infatti richiamate nelle sentenze n. 67/1963, n. 104/1968, n. 50/1980, secondo cui ogni fattispecie con pena fissa, qualunque ne sia la specie, è per ciò sola indiziata di illegittimità; infine, anche per le pene accessorie sono stati riconosciuti tali principi con la sentenza n. 222 del 2018 e per le sanzioni amministrative accessorie con la sentenza n. 88 del 2019 è stato altresì censurato l'automatismo e valorizzata la valutazione individualizzante compiuta dal giudice).

Le considerazioni sopra esposte riguardo alla natura di sanzione penale della libertà vigilata, esimono il Collegio dall'affrontare la pronuncia di rigetto emessa dalla Corte costituzionale in data assai risalente (12 maggio 1977 n. 78), con la quale la stessa aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 177, ultimo comma c.p., con riferimento agli artt. 3, 24, 25 e 27 Cost. prospettata nei termini di raffronto con le misure di sicurezza. Nel caso di specie i giudici della Corte avevano infatti seguito un'interpretazione della misura di cui all'art. 230 codice penale che valorizzava soprattutto la funzione di controllo sul soggetto vigilato per il suo cauto reinserimento sociale, e così erano giunti alla conclusione di escludere gli accertamenti sulla pericolosità.

Per tutte le ragioni sopra esposte deve quindi essere dichiarata non manifestamente infondata e rilevante la questione di legittimità costituzionale sollevata.

P.Q.M.

Visti gli articoli 134 della Costituzione, 23 e ss. legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 177 comma 1 e 230 comma 1 n. 2 c.p., per violazione degli articoli 3 e 27 Cost., nella parte in cui: 1) stabiliscono l'obbligatoria applicazione della misura della libertà vigilata al condannato alla pena dell'ergastolo ammesso alla liberazione condizionale; 2) stabiliscono la durata della libertà vigilata in misura fissa e predeterminata; 3) non prevedono la possibilità per il Magistrato di sorveglianza di verificare in concreto durante l'esecuzione della libertà vigilata l'adeguatezza della sua permanente esecuzione alle esigenze di reinserimento sociale del liberato condizionalmente e non ne consentono, per l'effetto, la revoca anticipata.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

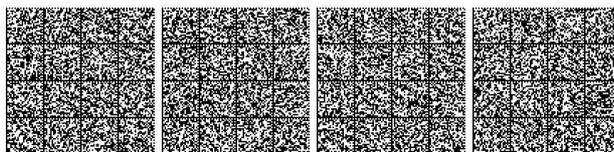
Sospende il procedimento in corso sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza di trasmissione degli atti sia notificata alle parti in causa ed al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Firenze, 15 febbraio 2022

Il Presidente: BORTOLATO

Il Magistrato estensore: MARINO



TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI FIRENZE

IL TRIBUNALE

Il giorno 24 marzo 2022 in Firenze si è riunito in Camera di consiglio nelle persone dei componenti:

dott. Bortolato Marcello, presidente;

dott.ssa Marino Valeria, giudice;

dott. Ruaro Massimo, esperto;

dott.ssa Manfredi Rosa, esperta,

per deliberare su:

correzione errore materiale ai sensi dell'art. 130 del codice di procedura penale,

relativa alla ordinanza n. 791/2022 emessa dal Tribunale di sorveglianza di Firenze in data 15 febbraio 2022 ai sensi degli articoli 134 della Costituzione, 23 e seguenti, legge 11 marzo 1953, n. 87, con riferimento all'impugnazione contro provvedimento in materia di misura di sicurezza presentata da V.B., nato a ... domiciliato in ..., condannato alla pena dell'ergastolo in relazione al provvedimento di cumulo emesso dalla Procura generale presso la Corte d'appello di Reggio ... in data ... che assorbe condanne per delitti di associazione ex art. 416-*bis* del codice penale, duplice omicidio di stampo mafioso e detenzione illegale di armi commessi nel ...;

Esaminati gli atti, viste le conclusioni conformi formulate in udienza dal procuratore generale e dal difensore, nei termini di cui al verbale;

Rilevato che la suddetta ordinanza è inficiata da evidente errore materiale contenuto nella parte motiva (pag. 9) e nel dispositivo (pag. 10) quanto all'indicazione, quale norma censurata di illegittimità costituzionale, dell'«art. 177 comma co. 1 c.p.», anziché «art. 177, comma 2 c.p.», che deve essere conseguentemente rettificato;

Rilevato pertanto che trattandosi di modificazione non essenziale dell'ordinanza la correzione può essere effettuata secondo la procedura di cui all'art. 130 del codice di procedura penale;

P. Q. M.

Visto l'art. 130 del codice di procedura penale.

Dispone la correzione dell'ordinanza n. 719/2022 pronunciata dal Tribunale di sorveglianza in data 15 febbraio 2022 nei confronti di V.B. come segue: a pag. 9 ed a pag. 10 dell'ordinanza le parole «art. 177 comma co. 1 c.p.» sono sostituite dalle parole «art. 177 comma 2 c.p.».

Manda alla cancelleria per le annotazioni sull'originale e per le comunicazioni di rito.

Così deciso in Firenze, camera di Consiglio del 24 marzo 2022

Il Presidente: BORTOLATO

Il Magistrato est.: MARINO



n. 79

Ordinanza del 23 maggio 2022 del Tribunale di Ravenna nel procedimento penale a carico di M. N.

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice il quale abbia concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen. - Mancata previsione.

– Codice di procedura penale, artt. 623, comma 1, lettera a), e 34.

TRIBUNALE DI RAVENNA

SEZIONE PENALE

Il Tribunale, in composizione collegiale, nelle persone dei magistrati:

dott.ssa Cecilia Calandra, Presidente;

dott.ssa Antonella Guidomei, giudice;

dott. Andrea Chibelli, giudice relatore.

Letti gli atti del proc. n. 13/21 RG. ESEC. nei confronti di M. N., nato a ... in data ...;

Decidendo in sede di giudizio di rinvio a seguito della pronuncia della sentenza n. 44927 del 29 settembre 2021 (dep. il 3 dicembre 2021) con cui la Quinta Sezione della Corte di cassazione ha annullato l'ordinanza emessa dal Tribunale di Ravenna in data 18 febbraio 2021;

Sentite le parti;

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 28 aprile 2022;

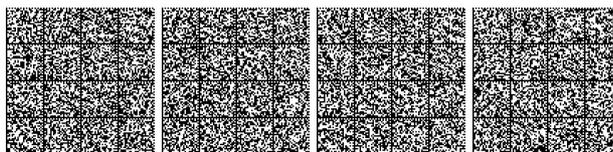
OSSERVA

Con provvedimento del 29 settembre 2021 la Quinta Sezione della Corte di cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza emessa dal Tribunale di Ravenna in data 18 febbraio 2021, con la quale questo Tribunale, in sede di riesame, confermava l'ordinanza applicativa di sequestro conservativo emessa il 7 maggio 2021 dal Giudice dell'udienza preliminare in sede nell'ambito del procedimento n. 6340/16 RGNR, nei confronti di M. G., G. S. e M. N., rinviati a giudizio per i reati di associazione per delinquere, bancarotta fraudolenta distrattiva e falso in bilancio. Il sequestro era stato disposto su richiesta della parte civile curatela del fallimento ... S.r.l. e riguardava quote di partecipazione societaria, l'immobile sito a ... alla ..., cinque unità immobiliari di proprietà della società ... S.r.l. e una porzione della proprietà di un altro immobile appartenente alla ... S.r.l.

La Corte di cassazione ha rilevato incompletezza di motivazione, ritenendo l'ordinanza impugnata «carente quanto all'indicazione delle ragioni del *periculum in mora*» (dove la necessità di lasciar «comprendere le ragioni per le quali l'obbligazione risarcitoria non possa essere fronteggiata dal ricorrente e come questo generi il *periculum* che giustifica l'apprensione provvisoria dei beni») e per quanto riguarda la determinazione del danno e, in via correlata, il valore dei beni da sottoporre a sequestro. È stato dunque disposto l'annullamento con rinvio degli atti al Tribunale di Ravenna affinché il giudice di merito «fornisca nuova ed effettiva motivazione sul *periculum* derivante dall'insufficienza del patrimonio di N. M. e sull'entità del danno da risarcire, in rapporto ai beni cui si riferisce il sequestro», colmando le rilevate lacune motivazionali.

Questo Collegio, investito della decisione in sede di giudizio di rinvio, in data 17 marzo 2022, ha rimesso gli atti al Presidente del Tribunale di Ravenna, evidenziando che due componenti (la dott.ssa Antonella Guidomei e il dott. Andrea Chibelli), avendo fatto parte del Collegio che aveva emesso l'ordinanza annullata dalla Corte di cassazione, ravvisavano ragioni di astensione dalla trattazione di giudizio di rinvio ai sensi dell'art. 36, lettera h) del codice di procedura penale.

Con provvedimento del 23 marzo 2022 il Presidente del Tribunale ha rigettato la richiesta di astensione e ha restituito gli atti al Collegio, non ravvisando ragioni idonee a inibire la partecipazione al giudizio di rinvio dei componenti del Collegio che aveva emesso l'ordinanza annullata. Ciò con riferimento al disposto di cui all'art. 623, lettera a) del codice di procedura penale («se è annullata un'ordinanza, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento») e al principio, più



volte ribadito dalla Corte di legittimità, secondo cui «nell'ipotesi in cui la Corte di cassazione annulli con rinvio un'ordinanza pronunciata dal tribunale del riesame, non sussiste alcuna incompatibilità dei magistrati che abbiano adottato la precedente decisione a comporre il collegio chiamato a deliberare in sede di rinvio, poiché l'art. 623, lettera a) del codice di procedura penale non richiede che i componenti siano diversi» (Cass., Sez. IV, n. 16717 del 14 aprile 2021).

Tanto premesso, in punto di merito si osserva quanto segue.

M. N. è imputato, unitamente ad altri soggetti, dei reati di associazione per delinquere, bancarotta fraudolenta e false comunicazioni sociali dettagliatamente descritti nell'atto di incolpazione.

Nell'ambito del relativo procedimento penale è stato attinto da decreto di sequestro conservativo emesso dal locale Giudice dell'udienza preliminare il 7 gennaio 2021. Il sequestro è stato disposto su richiesta della parte civile, curatela del fallimento ... S.r.l., a seguito del rinvio a giudizio degli imputati per associazione a delinquere, bancarotta fraudolenta per distrazione e falso in bilancio.

In sede di giudizio di impugnazione avverso il citato decreto di sequestro, il Tribunale del riesame ha confermato il *fumus criminis* con riguardo a tutte le condotte contestate al M. per le quali era stato disposto il vincolo reale, essendo intervenuta l'emissione del decreto di rinvio a giudizio nei confronti dell'imputato. Il Tribunale del riesame ha poi riconosciuto anche il *periculum in mora*, sottolineando l'insufficienza delle condizioni economiche del ricorrente al fine di soddisfare le ingenti obbligazioni risarcitorie fatte valere dalla parte civile e il pericolo di dispersione delle garanzie patrimoniali, in considerazione delle molteplici condotte fraudolente e decettive attribuite ai sodali dell'associazione a delinquere in questione, sintomatiche di slealtà patrimoniale, e del danno complessivamente cagionato dalla condotta associativa e dalle operazioni dolose ascritte a tutti gli imputati (danno il cui ammontare è stato stimato in una cifra non inferiore alla somma determinata di «oltre dieci milioni di euro», tenuto conto dell'imponente passivo fallimentare nonché del nutrito comitato dei creditori e dei debiti verso l'erario).

Su ricorso proposto da M. N., la Suprema Corte ha annullato con rinvio la citata ordinanza, ritenendo viziata la parte della motivazione relativa al *periculum* derivante dall'insufficienza del patrimonio dell'imputato e alla determinazione dell'entità del danno da risarcire, in rapporto ai beni cui si riferisce il sequestro, chiedendo un nuovo esame sul punto.

Ciò premesso, il Tribunale, consideratane la non manifesta infondatezza e la rilevanza nel caso concreto, ritiene di dover sollevare d'ufficio, ai sensi dell'art. 23, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, questione di legittimità costituzionale dell'art. 623, comma 1, lettera a) del codice di procedura penale per violazione degli articoli 3 e 111, comma 2 della Costituzione nella parte in cui non prevede incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice-persona fisica, il quale ha concorso a pronunciare l'ordinanza emessa dal Tribunale del riesame annullata dalla Corte di cassazione. Ciò con particolare riguardo al diritto ad un giudizio da svolgersi innanzi a Giudice terzo ed imparziale.

La questione appare rilevante e non manifestamente infondata.

Non sembrano esservi dubbi, innanzitutto, in ordine alla rilevanza della questione nel presente giudizio. Infatti, laddove la questione venisse accolta, verrebbe designato, per la decisione sull'istanza di riesame in seguito all'annullamento da parte della Corte di cassazione dell'ordinanza emessa da questo Giudice il 18 febbraio 2021, un Collegio composto da magistrati-persone fisiche diversi del Tribunale di Ravenna. Diversamente, sarebbero gli stessi giudici che avevano partecipato alla deliberazione del provvedimento annullato a dover decidere nel presente giudizio di rinvio a seguito dell'annullamento dell'ordinanza pronunciata in ordine alla medesima istanza di riesame.

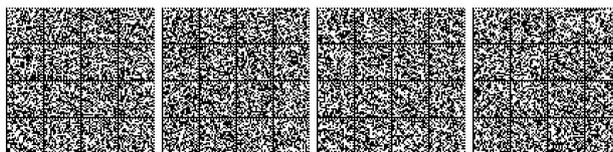
Il che determina la sicura rilevanza in concreto della questione.

È evidente, infatti, che questo Giudice collegiale, così composto, laddove fosse chiamato a pronunciarsi nuovamente sulla questione, dovrebbe pronunciarsi su profili già oggetto delle valutazioni già esplicitate nell'ordinanza annullata (alla cui adozione hanno partecipato due dei medesimi giudici-persone fisiche), evenienza, questa, che, ad avviso del Collegio, stride con i parametri costituzionali su cui ci si soffermerà in punto di non manifesta infondatezza della questione.

La Corte di cassazione ha già ritenuto che non ricorra incompatibilità *ex art. 34* del codice di procedura penale nelle ipotesi di rinvio al medesimo Giudice investito della decisione di provvedimenti *de libertate*, ritenendo in tali casi il Giudice di rinvio non decida nel merito della vicenda ed esprima così quel «giudizio» che l'art. 34 del codice di procedura penale pone a fondamento dell'incompatibilità.

Nella fattispecie in esame, con norma speciale rispetto all'art. 34, comma 1 del codice di procedura penale, l'art. 623, comma 1, lettera a) del codice di procedura penale prevede poi che, in riferimento al giudizio di rinvio, «se è annullata un'ordinanza, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento».

Parimenti, lo stesso art. 623, comma 1 del codice di procedura penale, alla lettera d), prevede che «se è annullata la sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al medesimo tribunale»; ma aggiunge: «tuttavia, il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata».



Quest'ultima prescrizione, presente nella lettera *d*) e non anche nella lettera *a*) — quella secondo cui il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata —, conferma la correttezza del presupposto interpretativo della presente ordinanza di rimessione: ove oggetto di annullamento sia un'ordinanza e non già una sentenza, non opera tale più specifica prescrizione.

Del resto, è la stessa giurisprudenza costituzionale a confermare che le norme censurate vanno interpretate nel senso che in sede di giudizio di esecuzione il giudizio di rinvio, a seguito dell'annullamento dell'ordinanza di rideterminazione della pena da parte della Corte di cassazione, non possa essere celebrato innanzi allo stesso giudice, persona fisica, che ha pronunciato l'ordinanza impugnata e che tale interpretazione è oggettivamente conforme al dato normativo e comunque rispondente al corrente orientamento della giurisprudenza di legittimità, così da poter essere assunta quale «diritto vivente» (cfr. Corte costituzionale n. 183 del 2013; n. 7 del 2022).(1)

Dunque, la questione dell'incompatibilità di questo giudice a decidere nuovamente la medesima questione già oggetto del precedente giudizio di riesame appare indiscutibilmente rilevante in concreto nel presente giudizio.

A ciò si aggiunga che, nella specie, non è neanche utilmente percorribile la strada alternativa dell'attivazione del rimedio dell'astensione ex art. 36, lettera *h*) del codice di procedura penale, essendo la relativa istanza di astensione già stata rigettata dal Presidente del Tribunale.

Ne deriva che il presente giudizio non può allora essere definito in assenza della soluzione della questione di legittimità costituzionale né è possibile una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame sulla scorta del tenore letterale dell'articolato codicistico e della interpretazione data dalla Corte di legittimità.

Ciò chiarito in punto di rilevanza della questione, debbono ora illustrarsi le ragioni per le quali si dubita della legittimità costituzionale — in relazione agli articoli 111 e 3 della Costituzione — della mancata previsione, da parte degli articoli 623, comma 1, lettera *a*) e 34 del codice di procedura penale, dell'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio in capo al medesimo giudice-persona fisica che ha emesso l'ordinanza annullata.

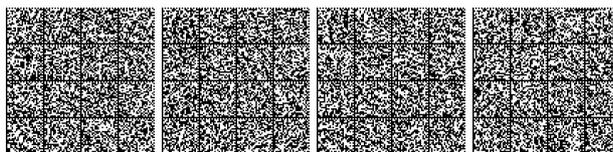
Come anticipato, la Corte di legittimità ha costantemente affermato, sul punto, che, nell'ipotesi in cui la Corte di cassazione annulli con rinvio un'ordinanza pronunciata dal tribunale del riesame non sussiste alcuna incompatibilità dei magistrati che abbiano adottato la precedente decisione a comporre il collegio chiamato a deliberare in sede di rinvio, poiché l'art. 623, lettera *a*) del codice di procedura penale non richiede che i componenti siano diversi e il procedimento incidentale *de libertate* non comporta, per sua natura, un accertamento sul merito della contestazione. (Sez. 6, n. 33883 del 26 marzo 2014, G., Rv. 261076; conf. Sez. 2, n. 15305 del 29 gennaio 2013, M., Rv. 255783). Segnatamente, i giudici di legittimità (Cass., sez. I, 7 ottobre 2003, M.) hanno affermato che l'imparzialità del giudice non può ritenersi intaccata da una qualsivoglia valutazione già compiuta nello stesso o in altri procedimenti e che nel giudizio incidentale *de libertate* la cognizione sarebbe «limitata all'applicazione della misura cautelare che ha natura processuale e non sostanziale»; di conseguenza, la disciplina dell'incompatibilità andrebbe circoscritta ai casi di duplicità del giudizio di merito sullo stesso oggetto, perché «solo allora è ravvisabile il ragionevole pericolo che il giudice sia condizionato dalla propria precedente decisione».

Pertanto, secondo tale orientamento consolidato, il tenore letterale dell'art. 623, lettera *a*) del codice di procedura penale, in base al quale in caso di annullamento di un'ordinanza il giudizio deve essere rinviato al «giudice che l'ha pronunciata», correttamente esclude che i due collegi chiamati a statuire sulla libertà personale debbano essere formati da persone fisiche diverse.

Ora ritiene il Collegio che, nel caso di specie, questo Giudice, nella presente composizione, abbia già espresso valutazioni di merito, pronunciandosi sull'istanza di riesame originaria, sia pure nelle forme di ordinanza e non con sentenza, nell'ambito del procedimento avente ad oggetto la legittimità del decreto di sequestro preventivo, adottando una decisione che postula non secondario esame dei presupposti applicativi del vincolo ablatorio e che pertanto non può che integrare gli estremi del «giudizio» che la previsione dell'art. 34 del codice di procedura penale pone come limite al giudice chiamato a decidere nuovamente.

In altri termini, proprio il fatto che il Collegio debba per la seconda volta esercitare penetranti poteri di valutazione di merito, effettuando un nuovo giudizio circa la adeguatezza e la proporzionalità della misura cautelare reale, induce a ritenere che a decidere sul giudizio di rinvio (a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione della precedente decisione sulla richiesta di riesame sul medesimo tema), non debba e non possa essere il medesimo giudice-persona fisica, che si è già espresso, per l'appunto, con le proprie penetranti valutazioni di merito, su un aspetto fondamentale quale è quello della proporzionalità della misura cautelare.

(1) La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale degli articoli 34, comma 1, e 623, comma 1, lettera *a*), del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedono che il giudice dell'esecuzione deve essere diverso da quello che ha pronunciato l'ordinanza sulla richiesta di rideterminazione della pena, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, annullata con rinvio dalla Corte di cassazione.



La mancata previsione dell'incompatibilità del giudice competente del Tribunale del riesame, persona fisica, che abbia pronunciato l'ordinanza sulla richiesta di riesame avverso una misura cautelare reale, poi annullata con rinvio dalla Corte di cassazione, confligge invero ad avviso del Collegio, con i parametri di cui agli articoli 3, primo comma, e 111, secondo comma della Costituzione).

Infatti, come affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 131 del 1996), il «giusto processo» comprende l'esigenza di imparzialità del giudice, la quale non è che «un aspetto di quel carattere di “terzietà” che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio»; pertanto — ha sottolineato il giudice delle leggi — «[l]e norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale».

In questa prospettiva, la disciplina sulla incompatibilità del giudice è volta a evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla «forza della prevenzione» — ovvero dalla naturale propensione a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto — derivante da valutazioni che il giudice abbia precedentemente svolto in ordine alla medesima *res iudicanda* (*ex plurimis*, sentenze n. 66 del 2019, n. 18 del 2017, n. 183 del 2013, n. 153 del 2012, n. 177 del 2010, n. 224 del 2001, n. 283 del 2000 e n. 241 del 1999).

E, come chiarito dalla Corte costituzionale, perché possa configurarsi una situazione di incompatibilità, nel senso della esigenza costituzionale della relativa previsione, è necessario che sia ravvisabile una valutazione «contenutistica» sulla medesima *res iudicanda* e che tale valutazione si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito (sentenza n. 66 del 2019).

Ciò detto, è poi noto che la regola generale di incompatibilità del giudice che abbia già compiuto atti nel procedimento è posta dall'art. 34 del codice di procedura penale, che ne definisce termini e limiti, e che, in particolare, stabilisce al comma 1 che il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento.

Questa regola poi è declinata più specificamente dall'art. 623 del codice di procedura penale che, con riferimento alla pronuncia di annullamento con rinvio a seguito del giudizio di cassazione, prevede — alle lettere *b)*, *c)* e *d)* — i vari casi di annullamento della sentenza impugnata, indicando il giudice competente per il giudizio di rinvio.

Se è annullata una sentenza di un giudice collegiale (corte di assise di appello o corte di appello o corte di assise o tribunale in composizione collegiale) il giudizio è rinviato rispettivamente a un'altra sezione della stessa corte o dello stesso tribunale o, in mancanza, alla corte o al tribunale più vicini.

Se è annullata una sentenza di un giudice monocratico (tribunale in composizione monocratica o giudice per le indagini preliminari) il giudizio è rinviato al medesimo tribunale, ma il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata.

Ove invece sia annullata un'ordinanza, il medesimo art. 623, comma 1 del codice di procedura penale, alla lettera *a)*, detta una regola diversa: prevede che la Corte di cassazione disponga che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento, senza che sia prescritto — come nella successiva lettera *d)* con riferimento alla sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari — che il giudice, se monocratico, debba essere diverso da quello che ha pronunciato l'ordinanza annullata.

Vi è, in particolare, che l'ordinanza è il tipico provvedimento decisorio del giudice nel procedimento cautelare (e, in particolare, nel giudizio incidentale di riesame); il quale ha caratteristiche e peculiarità ben distinte dal giudizio di merito.

È, in generale, nell'attività della cognizione che il giudice del rinvio, in caso di annullamento pronunciato dalla Corte di cassazione, è esposto alla forza della prevenzione insita nel condizionamento per aver egli adottato il provvedimento impugnato.

Ma, ad avviso del Collegio, ciò accade anche quando nel procedimento incidentale il giudice del rinvio, al pari del giudice dell'ordinanza annullata, è chiamato a una decisione non formale ma di contenuto, fondata su una valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti applicativi del provvedimento impugnato, trattandosi di valutazione che incide su interessi sostanziali di un soggetto (la libera disponibilità di un bene, nel caso di misura cautelare reale) e che attiene, nel caso di specie, sia alla sussistenza del *fumus bonis iuris* che al *periculum in mora* attinta dal vincolo ablativo (nella specie, il pericolo di insufficienza delle risorse patrimoniali sulle quali soddisfare le obbligazioni nascenti dal reato e nella prognosi di una condotta di depauperamento del patrimonio): in questi casi, sembra difficile negare che il provvedimento cautelare, al di là della qualificazione giuridica esteriore, abbia un significativo contenuto decisorio.

Si ha allora che il giudice dell'impugnazione cautelare, nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento dell'ordinanza con cui egli stesso si è già pronunciato sulla legittimità della misura interinale reale, è nuovamente investito della decisione circa la legittimità della misura cautelare, dovendo a tal fine esercitare incisivi poteri di merito.



Sul punto, non è peraltro superfluo infatti rilevare che la pretesa differenza ontologica tra «giudizio» e valutazione allo stato degli atti compiuta in sede cautelare — valorizzata dal citato orientamento giurisprudenziale al fine di corroborare la tesi che esclude qualsiasi profilo di incompatibilità — sembra ormai del tutto vacillare dopo le pronunce costituzionali e gli interventi legislativi tesi ad un'anticipazione delle regole di utilizzabilità e valutazione probatoria proprie della sede dibattimentale anche in sede di accertamento incidentale *de libertate*. Invero, le Sezioni Unite (Cassazione, sez. un., 30 maggio 2006, p.m. in c.S.) hanno osservato come «il giusto processo cautelare» rappresenti «l'epilogo di un cammino che, attraverso varie tappe segnate da interventi del legislatore, di questa Suprema Corte e del Giudice delle leggi, ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice, e ricercare una tendenziale omologazione dei corrispondenti parametri-guida».

Insomma, oggi è possibile affermare, senza tema di smentita, che «giudizio» è pure quello cautelare.

Si ha, allora, che l'apprezzamento demandato al giudice in sede di rinvio assume la natura di «giudizio» che, in quanto tale, integra il «secondo termine della relazione di incompatibilità [...], espressivo della sede “pregiudicata” dall'effetto di “condizionamento” scaturente dall'avvenuta adozione di una precedente decisione sulla medesima *res iudicanda*» (sentenza n. 183 del 2013).

A tal proposito, la Corte costituzionale ha affermato che «la locuzione “giudizio” è di per sé tale da comprendere qualsiasi tipo di giudizio, cioè ogni processo che in base ad un esame delle prove pervenga ad una decisione di merito» (ordinanza n. 151 del 2004).

Pertanto, è un «“giudizio” contenutisticamente inteso, [...] ogni sequenza procedimentale — anche diversa dal giudizio dibattimentale — la quale, collocandosi in una fase diversa da quella in cui si è svolta l'attività “pregiudicante”, implichi una valutazione sul merito dell'accusa, e non determinazioni incidenti sul semplice svolgimento del processo, ancorché adottate sulla base di un apprezzamento delle risultanze processuali» (sentenza n. 224 del 2001).

La valutazione complessiva della sussistenza dei presupposti applicativi della misura cautelare presenta, pertanto, tutte le caratteristiche del «giudizio» per come delineate dalla giurisprudenza costituzionale.

Una conclusione, questa, che, ad avviso del Collegio, è coerente con il percorso evolutivo intrapreso dalla più recente giurisprudenza costituzionale, che, nell'affrontare i profili di incostituzionalità della disciplina delle incompatibilità del giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanze nel procedimento di esecuzione, ha attribuito rilevanza non già alla sede procedimentale e al *nomen iuris* della decisione adottata, bensì alla natura contenutistica delle valutazioni cui il giudice è in quel caso chiamato a fare, ravvisando la duplicità del giudizio sullo stesso oggetto — foriera di incompatibilità — anche in un luogo diverso dal giudizio di cognizione avente a oggetto l'accertamento sul merito della contestazione (sentenze n. 183 del 2013 e n. 7 del 2022).

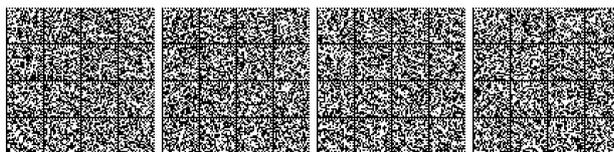
Ne deriva che, in sede di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione, il Tribunale del riesame — per essere «terzo e imparziale» (art. 111, secondo comma della Costituzione) — deve essere composto da persone fisiche diverse dai giudici che, in precedenza, si sono già pronunciati con l'impugnata (e annullata) ordinanza sulla richiesta di riesame.

In definitiva, se la *ratio* della disciplina dettata dall'art. 34 del codice di procedura penale e dalle relative sentenze additive vuole che il giudice si trovi in situazione di incompatibilità tutte le volte in cui abbia già compiuto una valutazione che è all'origine di un provvedimento che chiude e definisce l'*iter* logico seguito alla valutazione stessa, l'invocata declaratoria di incostituzionalità si impone: poiché l'art. 34 del codice di procedura penale mira ad evitare la c.d. forza della prevenzione, si può senz'altro ritenere che anche il giudice che abbia emesso l'ordinanza in sede di impugnazione cautelare, avendo già adottato una decisione di merito sullo stesso oggetto, abbia perduto quella capacità critica che è il presupposto di ogni retto giudizio e venga inevitabilmente a trovarsi nella situazione da quell'articolo prefigurata, inverando il pericolo che il giudice sia condizionato dalla propria precedente decisione.

In sostanza, il medesimo giudice si troverebbe a rivalutare quanto da lui stesso deciso facendo venir meno non solo l'imparzialità, ma anche il sistema delle impugnazioni, da individuarsi nel controllo esterno (di un terzo), unico davvero in grado di giudicare ciò che è stato deciso nel grado precedente, in ragione della giusta e misurata distanza mentale dalle valutazioni espresse e dalla decisione emessa.

Oltretutto, dell'imparzialità è importante anche il fattore esteriore, l'apparenza: il giudice deve non solo essere, ma anche apparire imparziale. Non deve, infatti, potersi formare il sospetto di una parzialità del giudice, addebitabile al solo fatto che, come fisiologicamente accade, il giudicante, chiamato a decidere sullo stesso oggetto di una sua precedente decisione, possa avere la propensione a «tenere fermo» quanto deciso in precedenza.

Pertanto, qualora non si rinvenisse un'ipotesi di incompatibilità nel caso di individuazione dell'organo giudicante di rinvio in uno, in tutto o in parte, coincidente con quello che ha pronunciato l'ordinanza annullata, verrebbero a mancare i canoni fondamentali della giurisdizione, che impongono che ogni giudizio provenga da un giudice terzo e imparziale e che tale imparzialità debba coincidere con l'assenza di qualsiasi «pregiudizio» del giurisdicante.



Del resto, la garanzia dell'imparzialità è connaturata dalla nozione stessa di «giudice» e deve necessariamente estendersi al giudice cautelare, non potendo evidentemente essere connaturata dal solo giudizio di merito.

Per queste ragioni, il Collegio ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 623, comma 1, lettera *a*) e 34 del codice di procedura penale con riguardo all'art. 111, comma 2, della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità dei giudici che come componenti del Tribunale del riesame si siano già pronunciati sulla ordinanza che dispone una misura cautelare reale nei confronti dell'imputato esprimendo giudizio di merito, a decidere nuovamente sulla medesima questione a seguito di giudizio di annullamento della S.C.

Ricorre ancora ingiustificata disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 della Costituzione con riguardo al diverso trattamento fra le fasi di cognizione e cautelare.

Infatti, come anticipato, nell'ipotesi in cui il giudice abbia deciso con sentenza in sede cognizione, l'annullamento con rinvio della sua decisione comporta, ai sensi dell'art. 623, comma 1, lettera *d*) del codice di procedura penale, l'impossibilità per quel giudice-persona fisica di pronunciarsi nuovamente sulla vicenda. E, correlativamente e coerentemente, l'art. 34 del codice di procedura penale, al comma 1, nel presupporre la separazione e autonomia tra *iudicium rescidens* e *iudicium rescissorium*, contempla la corrispondente incompatibilità (art. 34, comma 1, del codice di procedura penale: «Il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione»).

Parimenti la Corte costituzionale ha affermato che in sede di giudizio di esecuzione il giudizio di rinvio, a seguito dell'annullamento dell'ordinanza di rideterminazione della pena da parte della Corte di cassazione, non possa essere celebrato innanzi allo stesso giudice, persona fisica, che ha pronunciato l'ordinanza impugnata e che tale interpretazione è oggettivamente conforme al dato normativo posto che la locuzione «giudizio» è di per sé tale da comprendere qualsiasi tipo di giudizio, cioè ogni processo che in base ad un esame delle prove pervenga ad una decisione di merito (*cf.* Corte costituzionale n. 183 del 2013; n. 7 del 2022).

Per contro, se l'identico giudizio è espresso, come nella specie, in fase cautelare — e segnatamente nel procedimento incidentale di riesame avverso il provvedimento applicativo della misura cautelare reale, e dunque mediante ordinanza a mente dell'art. 324 del codice di procedura penale — l'ulteriore pronuncia del medesimo giudice sulla stessa questione, a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione, non è preclusa, anzi è imposta visto il dato letterale del richiamato art. 623, comma 1, lettera *a*) del codice di procedura penale.

Da qui l'irragionevole disparità tra fase della cognizione e fase cautelare, visto che, laddove il «giudizio» contenutisticamente inteso — implicante penetranti valutazioni di merito — sia operato con sentenza poi annullata, il sistema processuale prevede espressamente l'incompatibilità del giudice che ha pronunciato la sentenza rispetto al giudizio di rinvio a seguito di annullamento; mentre analoga incompatibilità non è prevista laddove quella medesima valutazione sia effettuata in sede di riesame avverso misura cautelare reale con ordinanza poi annullata.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli articoli 3 e 111, comma 2 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale degli articoli 623, comma 1, lettera a) e 34 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice il quale abbia concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento ovvero di rigetto della richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 del codice di procedura penale.

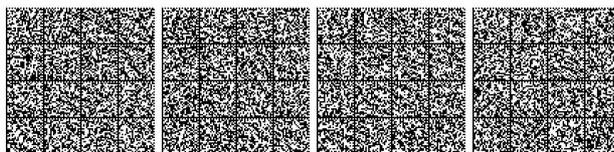
Dispone la sospensione del presente procedimento e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che, a cura della cancelleria, copia della presente ordinanza sia notificata al pubblico ministero, al ricorrente M. N. e al relativo difensore, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri; dispone altresì che la presente ordinanza sia comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Camera di consiglio, in Ravenna, 23 maggio 2022

Il Presidente: CALANDRA

I giudici: GUIDOMEI - CHIBELLI



N. 80

Ordinanza del 23 maggio 2022 del Tribunale di Ravenna nel procedimento penale a carico di G.M.

Processo penale - Incompatibilità del giudice - Incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice il quale abbia concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen. - Mancata previsione.

– Codice di procedura penale, artt. 623, comma 1, lettera *a*), e 34.

TRIBUNALE DI RAVENNA

SEZIONE PENALE

Il tribunale, in composizione collegiale, nelle persone dei magistrati:

dott.ssa Cecilia Calandra - presidente;

dott.ssa Antonella Guidomei - giudice;

dott. Andrea Chibelli - giudice relatore;

Letti gli atti del proc. n. 28/21 R.G. ESEC. nei confronti di G. M., nato a [...] in data [...];

Decidendo in sede di giudizio di rinvio a seguito della pronuncia della sentenza n. 1345 del 16 novembre 2021 (dep. il 14 gennaio 2022) con cui la Terza sezione della Corte di cassazione ha annullato l'ordinanza emessa dal Tribunale di Ravenna in data 26 maggio 2021;

Sentite le parti;

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 28 aprile 2022;

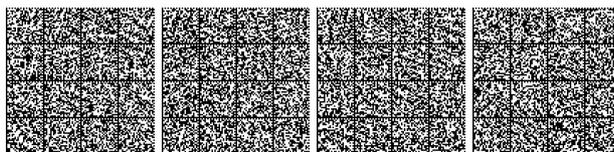
OSSERVA

Con provvedimento del 16 novembre 2021 la Terza sezione della Corte di cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza emessa dal Tribunale di Ravenna in data 26 maggio 2021, con la quale questo Tribunale, in sede di riesame, modificava parzialmente — limitatamente ad un ambulatorio medico veterinario — il decreto di sequestro preventivo emesso dal locale giudice per le indagini preliminari il 3 maggio 2021 nei confronti di G. M., indagato per plurime condotte di uccisione e maltrattamenti di animali, falso ideologico e materiale, abusivo esercizio della professione di farmacista, violazione delle prescrizioni sullo smaltimento dei rifiuti, irregolare tenuta dei registri di carico e scarico degli stupefacenti, detenzione per la vendita e cessione a terzi di alimenti ad uso umano in cattivo stato di conservazione, vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine; a giudizio del Collegio, il vincolo sull'ambulatorio era infatti privo del carattere di proporzionalità, non ravvisandosi un integrale asservimento della struttura a fini illeciti.

La Corte di cassazione ha rilevato incompletezza di motivazione, ravvisando una lacuna argomentativa con riferimento alla carente specificazione degli strumenti di tutela da approntare per soddisfare le esigenze di cui all'art. 321 del codice di procedura penale, pure ravvisate. È stato dunque disposto l'annullamento con rinvio degli atti al Tribunale di Ravenna competente ai sensi dell'art. 324, comma 5, del codice di procedura penale affinché il giudice di merito specificasse «in quale altro modo la riconosciuta esigenza cautelare potesse esser soddisfatta, se non con il sequestro dell'intero ambulatorio», colmando le rilevate lacune motivazionali.

Questo Collegio, investito della decisione in sede di giudizio di rinvio, in data 7 aprile 2022, ha rimesso gli atti al presidente del Tribunale di Ravenna, evidenziando che due componenti (la dott.ssa Antonella Guidomei e il dott. Andrea Chibelli), avendo fatto parte del Collegio che aveva emesso l'ordinanza annullata dalla Corte di cassazione, ravvisavano ragioni di astensione dalla trattazione di giudizio di rinvio ai sensi dell'art. 36, lettera *h*) del codice di procedura penale.

Con provvedimento del 12 aprile 2022 il presidente del tribunale ha rigettato la richiesta di astensione e ha restituito gli atti al Collegio, non ravvisando ragioni idonee a inibire la partecipazione al giudizio di rinvio dei componenti del Collegio che aveva emesso l'ordinanza annullata. Ciò con riferimento al disposto di cui all'art. 623, lettera *a*) del



codice di procedura penale («se è annullata un'ordinanza, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento») e al principio, più volte ribadito dalla Corte di legittimità, secondo cui «nell'ipotesi in cui la Corte di cassazione annulli con rinvio un'ordinanza pronunciata dal tribunale del riesame, non sussiste alcuna incompatibilità dei magistrati che abbiano adottato la precedente decisione a comporre il Collegio chiamato a deliberare in sede di rinvio, poiché l'art. 623, lettera a), codice di procedura penale, non richiede che i componenti siano diversi» (Cass., Sez. IV, n. 16717 del 14 aprile 2021).

Tanto premesso, in punto di merito si osserva quanto segue.

G. M. è indagato per plurime condotte di uccisione e maltrattamenti di animali, falso ideologico e materiale, abusivo esercizio della professione di farmacista, violazione delle prescrizioni sullo smaltimento dei rifiuti, irregolare tenuta dei registri di carico e scarico degli stupefacenti, detenzione per la vendita e cessione a terzi di alimenti ad uso umano in cattivo stato di conservazione, vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine.

Nell'ambito del relativo procedimento penale è stato attinto da decreto di sequestro preventivo emesso dal locale giudice per le indagini preliminari il 3 maggio 2021.

In sede di giudizio di impugnazione avverso il citato decreto di sequestro, il tribunale del riesame ha confermato il *fumus criminis* con riguardo a tutte le condotte contestate al G. per le quali era stato disposto il vincolo reale sull'ambulatorio; in ordine a molte di queste, inoltre, è stata sottolineata come evidente la stretta connessione con l'attività di veterinario esercitata dall'indagato. Il tribunale del riesame ha poi riconosciuto anche il *periculum in mora*, evidenziando che la libera disponibilità dei beni in cautela poteva aggravare o protrarre le conseguenze dei reati contestati, o agevolare la consumazione di altri reati. Il tribunale ha tuttavia riscontrato una sproporzione tra queste esigenze cautelari e il vincolo sull'intero ambulatorio veterinario, sostenendo che non si potesse ritenere la struttura come integralmente asservita alle attività delittuose, «non emergendo elementi tali da connotare in senso esclusivamente illecito l'operatività dell'ambulatorio veterinario»; a giudizio del Collegio, infatti, alcuni addebiti risulterebbero episodici (come i maltrattamenti e le uccisioni degli animali), oppure atterrebbero a «singoli segmenti di attività che non involgono *in toto* l'intera attività professionale» (falsificazione di libretti, detenzione di farmaci scaduti, abusivo esercizio della professione farmaceutica, illecito smaltimento di rifiuti sanitari, irregolarità nella tenuta del registro di carico/scarico degli stupefacenti), oppure ancora sarebbero estranei alla stessa attività (come l'abusivo esercizio dell'attività di apicoltore e l'abusiva detenzione per la vendita di miele e propoli). In forza di queste considerazioni, il Collegio ha quindi annullato la misura limitatamente all'ambulatorio, ritenuta «evidentemente esuberante» rispetto alle finalità preventive.

Su ricorso proposto dal p. m. in sede, la Suprema Corte ha a sua volta annullato con rinvio la citata ordinanza, ritenendo viziata la parte della motivazione relativa al giudizio di proporzionalità del vincolo, chiedendo un nuovo esame sul punto.

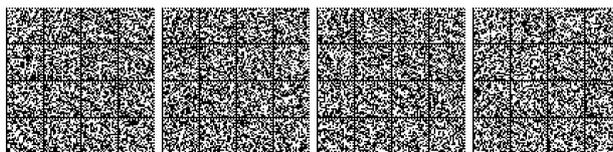
Ciò premesso, il tribunale, consideratane la non manifesta infondatezza e la rilevanza nel caso concreto, ritiene di dover sollevare d'ufficio, ai sensi dell'art. 23, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, questione di legittimità costituzionale dell'art. 623, comma 1, lettera a) del codice di procedura penale per violazione degli articoli 3 e 111, comma 2 della Costituzione nella parte in cui non prevede incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice-persona fisica il quale ha concorso a pronunciare l'ordinanza emessa dal tribunale del riesame annullata dalla Corte di cassazione. Ciò con particolare riguardo al diritto ad un giudizio da svolgersi innanzi a giudice terzo ed imparziale.

La questione appare rilevante e non manifestamente infondata.

Non sembrano esservi dubbi, innanzitutto, in ordine alla rilevanza della questione nel presente giudizio. Infatti, laddove la questione venisse accolta, verrebbe designato, per la decisione sull'istanza di riesame in seguito all'annullamento da parte della Corte di cassazione dell'ordinanza emessa da questo giudice il 26 maggio 2021, un Collegio composto da magistrati-persone fisiche diversi del Tribunale di Ravenna. Diversamente, sarebbero gli stessi giudici che avevano partecipato alla deliberazione del provvedimento annullato a dover decidere nel presente giudizio di rinvio a seguito dell'annullamento dell'ordinanza pronunciata in ordine alla medesima istanza di riesame.

Il che determina la sicura rilevanza in concreto della questione.

È evidente, infatti, che questo giudice collegiale, così composto, laddove fosse chiamato a pronunciarsi nuovamente sulla questione, dovrebbe pronunciarsi su profili già oggetto delle valutazioni già esplicitate nell'ordinanza annullata (alla cui adozione hanno partecipato due dei medesimi giudici-persone fisiche), evenienza, questa, che, ad avviso del Collegio, stride con i parametri costituzionali su cui ci si soffermerà in punto di non manifesta infondatezza della questione.



La Corte di cassazione ha già ritenuto che non ricorra incompatibilità *ex art.* 34 del codice di procedura penale nelle ipotesi di rinvio al medesimo giudice investito della decisione di provvedimenti *de libertate*, ritenendo in tali casi il giudice di rinvio non decida nel merito della vicenda ed esprima così quel «giudizio» che l'art. 34 del codice di procedura penale pone a fondamento dell'incompatibilità.

Nella fattispecie in esame, con norma speciale rispetto all'art. 34, comma 1 del codice di procedura penale, l'art. 623, comma 1, lettera *a)*, del codice di procedura penale, prevede poi che, in riferimento al giudizio di rinvio, «se è annullata un'ordinanza, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento».

Parimenti, lo stesso art. 623, comma 1 del codice di procedura penale, alla lettera *d)*, prevede che «se è annullata la sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al medesimo tribunale»; ma aggiunge: «tuttavia, il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata».

Quest'ultima prescrizione, presente nella lettera *d)* e non anche nella lettera *a)* — quella secondo cui il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata —, conferma la correttezza del presupposto interpretativo della presente ordinanza di rimessione: ove oggetto di annullamento sia un'ordinanza e non già una sentenza, non opera tale più specifica prescrizione.

Del resto, è la stessa giurisprudenza costituzionale a confermare che le norme censurate vanno interpretate nel senso che in sede di giudizio di esecuzione il giudizio di rinvio, a seguito dell'annullamento dell'ordinanza di rideterminazione della pena da parte della Corte di cassazione, non possa essere celebrato innanzi allo stesso giudice, persona fisica, che ha pronunciato l'ordinanza impugnata e che tale interpretazione è oggettivamente conforme al dato normativo e comunque rispondente al corrente orientamento della giurisprudenza di legittimità, così da poter essere assunta quale «diritto vivente» (*cf.*: Corte costituzionale n. 183 del 2013; n. 7 del 2022).(1)

Dunque, la questione dell'incompatibilità di questo giudice a decidere nuovamente la medesima questione già oggetto del precedente giudizio di riesame appare indiscutibilmente rilevante in concreto nel presente giudizio.

A ciò si aggiunga che, nella specie, non è neanche utilmente percorribile la strada alternativa dell'attivazione del rimedio dell'astensione *ex art.* 36, lettera *h)* del codice di procedura penale, essendo la relativa istanza di astensione già stata rigettata dal presidente del tribunale.

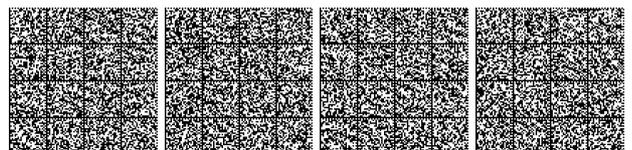
Ne deriva che il presente giudizio non può allora essere definito in assenza della soluzione della questione di legittimità costituzionale né è possibile una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame sulla scorta del tenore letterale dell'articolato codicistico e della interpretazione data dalla Corte di legittimità.

Ciò chiarito in punto di rilevanza della questione, debbono ora illustrarsi le ragioni per le quali si dubita della legittimità costituzionale — in relazione agli articoli 111 e 3 della Costituzione — della mancata previsione, da parte degli articoli 623, comma 1, lettera *a)* e 34 del codice di procedura penale, dell'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio in capo al medesimo giudice-persona fisica che ha emesso l'ordinanza annullata.

Come anticipato, la Corte di legittimità ha costantemente affermato, sul punto, che, nell'ipotesi in cui la Corte di cassazione annulli con rinvio un'ordinanza pronunciata dal tribunale del riesame non sussiste alcuna incompatibilità dei magistrati che abbiano adottato la precedente decisione a comporre il collegio chiamato a deliberare in sede di rinvio, poiché l'art. 623, lettera *a)* del codice di procedura penale, non richiede che i componenti siano diversi e il procedimento incidentale *de libertate* non comporta, per sua natura, un accertamento sul merito della contestazione. (Sez. 6, n. 33883 del 26 marzo 2014, [...], Rv. 261076; conf. Sez. 2, n. 15305 del 29 gennaio 2013, [...], Rv. 255783). Segnatamente, i giudici di legittimità (Cass., Sez. I, 7 ottobre 2003, [...]) hanno affermato che l'imparzialità del giudice non può ritenersi intaccata da una qualsivoglia valutazione già compiuta nello stesso o in altri procedimenti e che nel giudizio incidentale *de libertate* la cognizione sarebbe «limitata all'applicazione della misura cautelare che ha natura processuale e non sostanziale»; di conseguenza, la disciplina dell'incompatibilità andrebbe circoscritta ai casi di duplicità del giudizio di merito sullo stesso oggetto, perché «solo allora è ravvisabile il ragionevole pericolo che il giudice sia condizionato dalla propria precedente decisione».

Pertanto, secondo tale orientamento consolidato, il tenore letterale dell'art. 623, lettera *a)* del codice di procedura penale, in base al quale in caso di annullamento di un'ordinanza il giudizio deve essere rinviato al «giudice che l'ha pronunciata», correttamente esclude che i due collegi chiamati a statuire sulla libertà personale debbano essere formati da persone fisiche diverse.

(1) La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale degli articoli 34, comma 1, e 623, comma 1, lettera *a)*, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedono che il giudice dell'esecuzione deve essere diverso da quello che ha pronunciato l'ordinanza sulla richiesta di rideterminazione della pena, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, annullata con rinvio dalla Corte di cassazione.



Ora ritiene il Collegio che, nel caso di specie, questo giudice, nella presente composizione, abbia già espresso valutazioni di merito, pronunciandosi sull'istanza di riesame originaria, sia pure nelle forme di ordinanza e non con sentenza, nell'ambito del procedimento avente ad oggetto la legittimità del decreto di sequestro preventivo, adottando una decisione che postula non secondario esame dei presupposti applicativi del vincolo ablatorio e che pertanto non può che integrare gli estremi del «giudizio» che la previsione dell'art. 34 del codice di procedura penale pone come limite al giudice chiamato a decidere nuovamente.

In altri termini, proprio il fatto che il Collegio debba per la seconda volta esercitare penetranti poteri di valutazione di merito, effettuando un nuovo giudizio circa la adeguatezza e la proporzionalità della misura cautelare reale, induce a ritenere che a decidere sul giudizio di rinvio (a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione della precedente decisione sulla richiesta di riesame sul medesimo tema), non debba e non possa essere il medesimo giudice-persona fisica, che si è già espresso, per l'appunto, con le proprie penetranti valutazioni di merito, su un aspetto fondamentale quale è quello della proporzionalità della misura cautelare.

La mancata previsione dell'incompatibilità del giudice competente del tribunale del riesame, persona fisica, che abbia pronunciato l'ordinanza sulla richiesta di riesame avverso una misura cautelare reale, poi annullata con rinvio dalla Corte di cassazione, confligge invero ad avviso del Collegio, con i parametri di cui agli articoli 3, primo comma, e 111, secondo comma della Costituzione.

Infatti, come affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 131 del 1996), il «giusto processo» comprende l'esigenza di imparzialità del giudice, la quale non è che «un aspetto di quel carattere di “terzietà” che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio»; pertanto — ha sottolineato il giudice delle leggi — «[l]e norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale».

In questa prospettiva, la disciplina sulla incompatibilità del giudice è volta a evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla «forza della prevenzione» — ovvero dalla naturale propensione a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto — derivante da valutazioni che il giudice abbia precedentemente svolto in ordine alla medesima *res iudicanda* (*ex plurimis*, sentenze n. 66 del 2019, n. 18 del 2017, n. 183 del 2013, n. 153 del 2012, n. 177 del 2010, n. 224 del 2001, n. 283 del 2000 e n. 241 del 1999).

E, come chiarito dalla Corte costituzionale, perché possa configurarsi una situazione di incompatibilità, nel senso della esigenza costituzionale della relativa previsione, è necessario che sia ravvisabile una valutazione «contenutistica» sulla medesima *res iudicanda* e che tale valutazione si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito (sentenza n. 66 del 2019).

Ciò detto, è poi noto che la regola generale di incompatibilità del giudice che abbia già compiuto atti nel procedimento è posta dall'art. 34 del codice di procedura penale, che ne definisce termini e limiti, e che, in particolare, stabilisce al comma 1 che il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento.

Questa regola poi è declinata più specificamente dall'art. 623 del codice di procedura penale che, con riferimento alla pronuncia di annullamento con rinvio a seguito del giudizio di cassazione, prevede — alle lettere *b*), *c*) e *d*) — i vari casi di annullamento della sentenza impugnata, indicando il giudice competente per il giudizio di rinvio.

Se è annullata una sentenza di un giudice collegiale (Corte di assise di appello o Corte di appello o Corte di assise o tribunale in composizione collegiale) il giudizio è rinviato rispettivamente a un'altra sezione della stessa corte o dello stesso tribunale o, in mancanza, alla Corte o al tribunale più vicini.

Se è annullata una sentenza di un giudice monocratico (tribunale in composizione monocratica o giudice per le indagini preliminari) il giudizio è rinviato al medesimo tribunale, ma il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata.

Ove invece sia annullata un'ordinanza, il medesimo art. 623, comma 1 del codice di procedura penale, alla lettera *a*), detta una regola diversa: prevede che la Corte di cassazione disponga che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento, senza che sia prescritto — come nella successiva lettera *d*) con riferimento alla sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari — che il giudice, se monocratico, debba essere diverso da quello che ha pronunciato l'ordinanza annullata.

Vi è, in particolare, che l'ordinanza è il tipico provvedimento decisorio del giudice nel procedimento cautelare (e, in particolare, nel giudizio incidentale di riesame); quale ha caratteristiche e peculiarità ben distinte dal giudizio di merito.



È, in generale, nell'attività della cognizione che il giudice del rinvio, in caso di annullamento pronunciato dalla Corte di cassazione, è esposto alla forza della prevenzione insita nel condizionamento per aver egli adottato il provvedimento impugnato.

Ma, ad avviso del Collegio, ciò accade anche quando nel procedimento incidentale il giudice del rinvio, al pari del giudice dell'ordinanza annullata, è chiamato a una decisione non formale ma di contenuto, fondata su una valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti applicativi del provvedimento impugnato, trattandosi di valutazione che incide su interessi sostanziali di un soggetto (la libera disponibilità di un bene, nel caso di misura cautelare reale) e che attiene sia alla sussistenza del *fumus criminis* che alla pericolosità della *res* attinta dal vincolo ablatorio (*periculum in mora*): in questi casi, sembra difficile negare che il provvedimento cautelare, al di là della qualificazione giuridica esteriore, abbia un significativo contenuto decisivo.

Si ha allora che il giudice dell'impugnazione cautelare, nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento dell'ordinanza con cui egli stesso si è già pronunciato sulla legittimità della misura interinale reale, è nuovamente investito della decisione circa la legittimità della misura cautelare, dovendo a tal fine esercitare incisivi poteri di merito.

Sul punto, non è peraltro superfluo infatti rilevare che la pretesa differenza ontologica tra «giudizio» e valutazione allo stato degli atti compiuta in sede cautelare — valorizzata dal citato orientamento giurisprudenziale al fine di corroborare la tesi che esclude qualsiasi profilo di incompatibilità — sembra ormai del tutto vacillare dopo le pronunce costituzionali e gli interventi legislativi tesi ad un'anticipazione delle regole di utilizzabilità e valutazione probatoria proprie della sede dibattimentale anche in sede di accertamento incidentale *de libertate*. Invero, le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 30 maggio 2006, p.m. in c. [...]) hanno osservato come «il giusto processo cautelare» rappresenti «l'epilogo di un cammino che, attraverso varie tappe segnate da interventi del legislatore, di questa Suprema Corte e del giudice delle leggi, ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice, e ricercare una tendenziale omologazione dei corrispondenti parametri-guida».

Insomma, oggi è possibile affermare, senza tema di smentita, che «giudizio» è pure quello cautelare.

Si ha, allora, che l'apprezzamento demandato al giudice in sede di rinvio assume la natura di «giudizio» che, in quanto tale, integra il «secondo termine della relazione di incompatibilità [...], espressivo della sede “pregiudicata” dall'effetto di “condizionamento” scaturente dall'avvenuta adozione di una precedente decisione sulla medesima *res iudicanda*» (sentenza n. 183 del 2013).

A tal proposito, la Corte costituzionale ha affermato che «la locuzione “giudizio” è di per sé tale da comprendere qualsiasi tipo di giudizio, cioè ogni processo che in base ad un esame delle prove pervenga ad una decisione di merito» (ordinanza n. 151 del 2004).

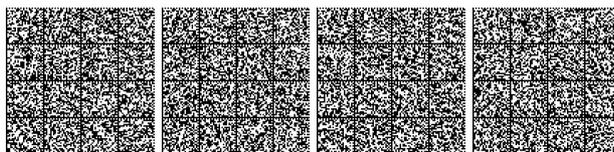
Pertanto, è un «“giudizio” contenutisticamente inteso, [...] ogni sequenza procedimentale — anche diversa dal giudizio dibattimentale — la quale, collocandosi in una fase diversa da quella in cui si è svolta l'attività “pregiudicante”, implichi una valutazione sul merito dell'accusa, e non determinazioni incidenti sul semplice svolgimento del processo, ancorché adottate sulla base di un apprezzamento delle risultanze processuali» (sentenza n. 224 del 2001).

La valutazione complessiva della sussistenza dei presupposti applicativi della misura cautelare presenta, pertanto, tutte le caratteristiche del «giudizio» per come delineate dalla giurisprudenza costituzionale.

Una conclusione, questa, che, ad avviso del Collegio, è coerente con il percorso evolutivo intrapreso dalla più recente giurisprudenza costituzionale, che, nell'affrontare i profili di incostituzionalità della disciplina delle incompatibilità del giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanze nel procedimento di esecuzione, ha attribuito rilevanza non già alla sede procedimentale e al *nomen iuris* della decisione adottata, bensì alla natura contenutistica delle valutazioni cui il giudice è in quel caso chiamato a fare, ravvisando la duplicità del giudizio sullo stesso oggetto — foriera di incompatibilità — anche in un luogo diverso dal giudizio di cognizione avente a oggetto l'accertamento sul merito della contestazione (sentenze n. 183 del 2013 e n. 7 del 2022).

Ne deriva che, in sede di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione, il tribunale del riesame — per essere «terzo e imparziale» (art. 111, secondo comma della Costituzione) — deve essere composto da persone fisiche diverse dai giudici che, in precedenza, si sono già pronunciati con l'impugnata (e annullata) ordinanza sulla richiesta di riesame.

In definitiva, se la *ratio* della disciplina dettata dall'art. 34 del codice di procedura penale e dalle relative sentenze additive vuole che il giudice si trovi in situazione di incompatibilità tutte le volte in cui abbia già compiuto una valutazione che è all'origine di un provvedimento che chiude e definisce l'*iter* logico seguito alla valutazione stessa, l'invocata declaratoria di incostituzionalità si impone: poiché l'art. 34 del codice di procedura penale mira ad evitare la c.d. forza della prevenzione, si può senz'altro ritenere che anche il giudice che abbia emesso l'ordinanza in sede di



impugnazione cautelare, avendo già adottato una decisione di merito sullo stesso oggetto, abbia perduto quella capacità critica che è il presupposto di ogni retto giudizio e venga inevitabilmente a trovarsi nella situazione da quell'articolo prefigurata, inverando il pericolo che il giudice sia condizionato dalla propria precedente decisione.

In sostanza, il medesimo giudice si troverebbe a rivalutare quanto da lui stesso deciso facendo venir meno non solo l'imparzialità, ma anche il sistema delle impugnazioni, da individuarsi nel controllo esterno (di un terzo), unico davvero in grado di giudicare ciò che è stato deciso nel grado precedente, in ragione della giusta e misurata distanza mentale dalle valutazioni espresse e dalla decisione emessa.

Oltretutto, dell'imparzialità è importante anche il fattore esteriore, l'apparenza: il giudice deve non solo essere, ma anche apparire imparziale. Non deve, infatti, potersi formare il sospetto di una parzialità del giudice, addebitabile al solo fatto che, come fisiologicamente accade, il giudicante, chiamato a decidere sullo stesso oggetto di una sua precedente decisione, possa avere la propensione a «tenere fermo» quanto deciso in precedenza.

Pertanto, qualora non si rinvenisse un'ipotesi di incompatibilità nel caso di individuazione dell'organo giudicante di rinvio in uno, in tutto o in parte, coincidente con quello che ha pronunciato l'ordinanza annullata, verrebbero a mancare i canoni fondamentali della giurisdizione, che impongono che ogni giudizio provenga da un giudice terzo e imparziale e che tale imparzialità debba coincidere con l'assenza di qualsiasi «pregiudizio» del giudicante.

Del resto, la garanzia dell'imparzialità è connaturata dalla nozione stessa di «giudice» e deve necessariamente estendersi al giudice cautelare, non potendo evidentemente essere connaturata dal solo giudizio di merito.

Per queste ragioni, il Collegio ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 623, comma 1, lettera *a*) e 34 del codice di procedura penale con riguardo all'art. 111, comma 2 della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità dei giudici che come componenti del tribunale del riesame si siano già pronunciati sulla ordinanza che dispone una misura cautelare reale nei confronti dell'indagato esprimendo giudizio di merito, a decidere nuovamente sulla medesima questione a seguito di giudizio di annullamento della S.C.

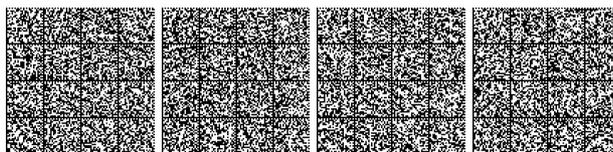
Ricorre ancora ingiustificata disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 della Costituzione con riguardo al diverso trattamento fra le fasi di cognizione e cautelare.

Infatti, come anticipato, nell'ipotesi in cui il giudice abbia deciso con sentenza in sede cognizione, l'annullamento con rinvio della sua decisione comporta, ai sensi dell'art. 623, comma 1, lettera *d*) del codice di procedura penale, l'impossibilità per quel giudice-persona fisica di pronunciarsi nuovamente sulla vicenda. E, correlativamente e coerentemente, l'art. 34 del codice di procedura penale, al comma 1, nel presupporre la separazione e autonomia tra *iudicium rescidens* e *iudicium rescissorium*, contempla la corrispondente incompatibilità (art. 34, comma 1 del codice di procedura penale: «Il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione»).

Parimenti la Corte costituzionale ha affermato che in sede di giudizio di esecuzione il giudizio di rinvio, a seguito dell'annullamento dell'ordinanza di rideterminazione della pena da parte della Corte di cassazione, non possa essere celebrato innanzi allo stesso giudice, persona fisica, che ha pronunciato l'ordinanza impugnata e che tale interpretazione è oggettivamente conforme al dato normativo posto che la locuzione «giudizio» è di per sé tale da comprendere qualsiasi tipo di giudizio, cioè ogni processo che in base ad un esame delle prove pervenga ad una decisione di merito (*cf.* Corte costituzionale n. 183 del 2013; n. 7 del 2022).

Per contro, se l'identico giudizio è espresso, come nella specie, in fase cautelare — e segnatamente nel procedimento incidentale di riesame avverso il provvedimento applicativo della misura cautelare reale, e dunque mediante ordinanza a mente dell'art. 324 del codice di procedura penale — l'ulteriore pronuncia del medesimo giudice sulla stessa questione, a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione, non è preclusa, anzi è imposta visto il dato letterale del richiamato art. 623, comma 1, lettera *a*) del codice di procedura penale.

Da qui l'irragionevole disparità tra fase della cognizione e fase cautelare, visto che, laddove il «giudizio» contenutisticamente inteso — implicante penetranti valutazioni di merito — sia operato con sentenza poi annullata, il sistema processuale prevede espressamente l'incompatibilità del giudice che ha pronunciato la sentenza rispetto al giudizio di rinvio a seguito di annullamento; mentre analoga incompatibilità non è prevista laddove quella medesima valutazione sia effettuata in sede di riesame avverso misura cautelare reale con ordinanza poi annullata.



P. Q. M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli articoli 3 e 111, comma 2 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale degli articoli 623, comma 1, lettera a) e 34 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice il quale abbia concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento ovvero di rigetto della richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 del codice di procedura penale;

Dispone la sospensione del presente procedimento e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina che, a cura della cancelleria, copia della presente ordinanza sia notificata al pubblico ministero, al ricorrente G. M. e al relativo difensore, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri; dispone altresì che la presente ordinanza sia comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in camera di consiglio, in Ravenna, 23 maggio 2022

Il presidente: CALANDRA

I giudici: GUIDOMEI - CHIBELLI

22C00128

MARGHERITA CARDONA ALBINI, *redattore*

DELIA CHIARA, *vice redattore*

(WI-GU-2022-GUR-028) Roma, 2022 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.



* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 2 2 0 7 1 3 *

€ 5,00

