

## ***Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"\****

Roberto Bin<sup>#</sup>

1. La questione più interessante che la sent. 85/2013 risolve riguarda il delicato problema dei rapporti tra potere giudiziario e potere politico-amministrativo nella prevenzione dei reati ambientali.

La vicenda dell'Ilva ha fornito alla Corte costituzionale l'occasione per ribadire i precedenti della propria giurisprudenza su diverse questioni. Ha chiaramente riaffermato il carattere necessariamente residuale del conflitto di attribuzioni, quantomeno se ha ad oggetto un atto legislativo (ord. 16 e 17 del 2013); ha ribadito che non c'è un divieto costituzionale che si opponga alle leggi provvedimento (tanto più – si potrebbe aggiungere – che è la stessa Costituzione a definire i decreti-legge come "*provvedimenti provvisori*"), pur confermando i limiti che il legislatore incontra emanando "*leggi in luogo di provvedimento*", soprattutto in rapporto alla funzione giurisdizionale (punto 12.1 del *diritto*); ha mantenuto fermo che non sussiste una "riserva di amministrazione" (punto 12.2); ha nuovamente sostenuto la "presunzione" che il richiamo fatto da un atto legislativo a un atto amministrativo si deve considerare, in assenza di chiari indici testuali contrari, come *rinvio formale* e non *recettizio*, sicché non cambia la natura amministrativa dell'atto richiamato (ancora punto 12.2); ha preso nuovamente le distanze dalla nozione di "giudicato cautelare" ("*un'espressione di creazione giurisprudenziale*" già contestata nella sent. 121/2009<sup>1</sup>), che indica soltanto una preclusione endoprocessuale che opera *rebus sic stantibus*, "*con la conseguenza che ogni mutamento significativo del quadro materiale o normativo di riferimento vale a rimuoverla, reintroducendo il dovere del giudice di valutare compiutamente l'intera situazione*" (punto 12.4); ha ancora una volta ripetuto che nessun principio o diritto riconosciuto dalla Costituzione, anche se essa lo definisce (com'è il caso del diritto alla salute) come "fondamentale", deve essere considerato assoluto e di per sé prevalente, perché tutti "*i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca*" e sono perciò soggetti a bilanciamento (punto 9).

Anche a proposito della possibilità di contestare davanti al giudice il risultato del bilanciamento effettuato dal legislatore, nel caso si lamentino vizi di legittimità

---

\* In corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*.

# Prof. ord. di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

<sup>1</sup> Che dichiara illegittima la norma (l'art. 405, 1-bis, cod. proc. pen.) che imponeva al pubblico ministero, al termine delle indagini, a richiedere l'archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini. Si veda anche la sent. 230/2012, con richiami alla giurisprudenza della Corte di cassazione.

dell'atto da parte di cittadini che si ritengano lesi nei loro diritti e interessi legittimi (punto 10.3), la Corte non afferma cose nuove. Ma c'è un passaggio che merita di essere sottolineato: il bilanciamento – scrive la Corte – *"non può essere contestato nel merito delle scelte compiute dalle amministrazioni competenti, che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale delle misure idonee a tutelare l'ambiente ed a prevenire futuri inquinamenti, quando l'esercizio di tale discrezionalità non trasmodi in un vizio denunciabile nelle sedi giurisdizionali competenti"*. La tendenziale *deference* nei confronti delle valutazioni tecniche dell'amministrazione è, come di consueto, temperata dalla tradizionale clausola sulla sindacabilità di tali valutazioni quando trasmodino in irragionevolezza. Ma qui emerge anche il nodo di fondo posto da questo caso, quello dei rapporti tra compiti e valutazioni dell'amministrazione e compiti e valutazioni che competono alla giurisdizione. A questo tema sono dedicate le brevi considerazioni che seguono.

2. I rapporti tra amministrazione e giurisdizione sono considerati dalla Corte sotto profili diversi.

Il primo riguarda l'acquisizione dei dati tecnico-scientifici. Il tema è enorme, si sa, ma il profilo che qui ci riguarda attiene ai dati raccolti dal magistrato requirente nell'ambito dell'attività d'indagine, in relazione alla analoga attività svolta dagli organi amministrativi. Come ricorda Onida nel suo commento a questa sentenza<sup>2</sup>, già in passato sono sorti conflitti di attribuzione provocati dall'iniziativa delle procure, dall'*"anomalo esercizio dei poteri istruttori dell'organo giurisdizionale"* che determina *"un'indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti al potere esecutivo"* (sent. 121/1999, nel "caso Di Bella").

Il problema è di notevole rilievo quando le attività di indagine portano all'emanazione di un provvedimento cautelare reale, e in particolare al sequestro preventivo delle cose pertinenti al reato, motivato dal rischio che la loro libera disponibilità "possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati" (art. 321.1, cod.proc.pen.). A questo provvedimento il Gip può giungere, su richiesta del PM, anche prima dell'esercizio dell'azione penale.

L'introduzione nel codice del 1988 dell'istituto del sequestro preventivo è un riconoscimento di una prassi giurisprudenziale invalsa nel precedente sistema processuale<sup>3</sup>. Lo strumento ha una valenza plurima: talvolta può servire – ed è questo l'aspetto che suscita le preoccupazioni maggiori – da strumento afflittivo, come anticipazione della pena<sup>4</sup>; ma la sua finalità può essere anche quella più

---

<sup>2</sup> *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013, in questa Rivista ??.*

<sup>3</sup> Cfr. P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano 1991, cap. I e, sinteticamente, C. SANTORIELLO, *Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di G. Spangher e C. Santoriello, Torino 2009, XVII.

<sup>4</sup> Cfr., con particolare riferimento al sequestro dei beni degli appartenenti ad associazioni criminali come "surrogato della condanna penale impossibile", L. FILIPPI, M.F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino 2011, 12.

strettamente preventiva, il che introduce "l'apparente paradosso... che una medesima attività può caratterizzarsi come repressiva rispetto a un certo reato e come preventiva rispetto a un altro tipo di reato"<sup>5</sup>. Infatti, presupposto per disporre il sequestro preventivo non sono (come per le misure cautelari personali) i "gravi indizi di colpevolezza", ma il solo *fumus delicti*, ossia "*l'astratta configurabilità del reato*"<sup>6</sup>. Su ciò anche la giurisprudenza costituzionale è saldamente assestata<sup>7</sup>. Osserva la Corte che "*la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso ma su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardate dall'ordinamento come strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo*".

La prevalenza della funzione preventiva porta a lasciare in secondo piano il sistema dell'azione penale come perseguimento di un reato e punizione del suo autore, e con esso il sistema delle garanzie assicurate all'imputato: il provvedimento cautelare può – almeno in certi casi – assolvere esclusivamente una funzione di difesa sociale dal rischio<sup>8</sup>, rispetto ad eventi di cui può non essere certa la responsabilità soggettiva, o a cose appartenenti a terzi del tutto estranei al reato. Secondo una massima costantemente ripetuta dalla Cassazione, il sequestro preventivo non finalizzato alla confisca "implica l'esistenza di un collegamento tra reato e la cosa e non tra reato e il suo autore"<sup>9</sup>.

L'ipotesi del reato non può però essere del tutto trascurata, perché la prevenzione svincolata dal reato spetta soltanto all'autorità amministrativa<sup>10</sup>: la autorità giudiziaria non può sostituirsi alla pubblica amministrazione in attività di prevenzione non finalizzate contestualmente alla repressione del reato. Il *periculum in mora* deve presentare i caratteri della concretezza e dell'attualità che sono tipici di tutti i provvedimenti cautelari<sup>11</sup>. Il presupposto specifico del sequestro preventivo è però che i reati siano già stati commessi e si temi l'aggravamento delle loro conseguenze e la commissione di altri reati. Per cui si pone il problema di tracciare i confini entro cui questo strumento di prevenzione possa operare, per evitare che il sequestro preventivo supplisca ad interventi di natura amministrativa<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv.dir.proc.pen.* 1996, 568 ss., 585.

<sup>6</sup> Così per giurisprudenza costante della Cassazione: cfr. tra le tante Cassaz. Pen., sez. II, sent. 38804/2006, in cui si circoscrivono i compiti di accertamento del Gip sui dati forniti dal PM. Non diversi i compiti che spettano al tribunale del riesame (per es., Trib. La Spezia, sez. riesame, 9 sett. 2009). Forti i dissensi invece in dottrina: per tutti, cfr. L. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche applicative in tema di sequestro preventivo*, in *Riv.dir.proc.pen.* 1995, 543 ss.

<sup>7</sup> Si veda la sent. 48/1994, richiamata dalla sent. 66/1997.

<sup>8</sup> Cfr. L. FIORE, *op. cit.*, 554.

<sup>9</sup> Cfr. da ultimo Cassaz. Pen., sez. III, sent. 28609/2012.

<sup>10</sup> Cfr. L. FIORE, *op. cit.*, 555.

<sup>11</sup> Cfr. P. BALDUCCI, *op. cit.*, 145 s.

<sup>12</sup> Cfr. M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova 2005, 108.

3. Il perimetro del sequestro preventivo sembra consistere in ciò, che non deve esorbitare dalla "cornice dell'imputazione"<sup>13</sup>.

Se però il provvedimento di sequestro cautelare è assunto prima che sia stata esercitata l'azione penale, e quindi nel corso delle indagini preliminari, siamo in una fase che "non può dirsi di natura processuale e giurisdizionale"<sup>14</sup>. La fase strettamente processuale inizierà con la domanda del PM, ossia con l'esercizio dell'azione penale.

Se vi è un tratto che caratterizza in via generale e teorica la giurisdizione<sup>15</sup>, è il principio della domanda e della stretta corrispondenza tra richiesto e pronunciato, "ond'essa [la giurisdizione] possa (e debba) esercitarsi soltanto su domanda, e nei limiti della domanda, di parte"<sup>16</sup>. Dove questa stretta relazione si spezzi, la giurisdizione perde la sua specificità e rischia di sovrapporsi alla funzione legislativa, confondendo la linea costituzionale che deve separare la *legis-latio* dalla *legis-executio*. Quali siano le conseguenze negative che ne derivano è molto evidente in certi sistemi, come quello statunitense, in cui, attraverso il riconoscimento (legislativo e interpretativo) di una quasi completa discrezionalità della Corte suprema di scegliersi i casi di cui occuparsi, spesso riformulandoli o addirittura integrandoli con questioni del tutto nuove, si è venuto a spezzare il vincolo del giudice al caso. Con lo sbiadirsi del principio della domanda rischia di dissolversi anche la stessa legittimazione del giudice in quanto tale<sup>17</sup>. Può profilarsi un rischio del genere anche per alcune delle attività preliminari all'esercizio della azione penale?

Di fronte ai provvedimenti assunti dal Gip in funzione, non di repressione di un determinato reato, ma di prevenzione di reati futuri, è lecito chiedersi se si è ancora nel campo della funzione giurisdizionale. È ben noto che la giurisprudenza costituzionale ha spesso individuato funzioni che non sono qualificabili come *oggettivamente* giurisdizionali pur essendo svolte da organi che invece sono *soggettivamente* giurisdizionali<sup>18</sup>. Si potrebbe allora ipotizzare che anche gli atti di sequestro cautelare rivolti alla prevenzione dei reati, specie se assunti in fase preliminare, benché assunti da un giudice siano però da espungere dal novero degli "atti giurisdizionali" in senso proprio – cioè nel senso in cui l'espressione viene

---

<sup>13</sup> N. GALANTINI, *Misure cautelari reali*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, III, Milano 1990, 321 (citando Amodio).

<sup>14</sup> F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 2010<sup>5</sup>, 489.

<sup>15</sup> Nega che la distinzione tra applicazione amministrativa e applicazione del diritto abbia basi concettuali G. ZAGREBELSKI, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988<sup>2</sup>, 177-180. Sulla difficoltà di individuare criteri adeguati cfr. altresì A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova 1990<sup>2</sup>, 85 ss.

<sup>16</sup> M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, III, Milano 1965, 106-108.

<sup>17</sup> Ho esaminato questo problema in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano 2013, 86 ss. e 105 s.

<sup>18</sup> Cfr., tra le tante, le decisioni 72/1975, 96/1976, 17/1980, 216/1983, 147/2003, 254/2004, 415/2006, 6/2008, 164/2008.

impiegata dalla Corte costituzionale nei conflitti tra poteri dello Stato o dei giudizi incidentali. Da un lato, gli atti del giudice delle indagini preliminari, in quanto "peculiare giurisdizione senza azione", sembrano appartenere a un procedimento, piuttosto che a un processo<sup>19</sup>. Dall'altro, anche l'*imparzialità* del Gip può, nell'emanare questi atti, apparire discutibile. Su ciò però è necessario aggiungere qualche considerazione, quantomeno per chiarire in quale senso sto parlando di imparzialità.

4. Comunemente si afferma che la "imparzialità" del giudice si distingue dalla "imparzialità" della pubblica amministrazione per questo fatto: mentre ogni organo amministrativo ha in cura un interesse pubblico particolare<sup>20</sup>, e lo deve amministrare in posizione di terzietà nei confronti dei privati e dei loro interessi, il giudice non ha invece altro interesse che quello dell'applicazione obiettiva del diritto. I giudici sono organi investiti di funzioni giudicanti "*per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione super partes*"<sup>21</sup>; il loro controllo è "*rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo, che si differenzia pertanto nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi nell'interno della pubblica amministrazione*"<sup>22</sup>.

Non intendo sostenere che la decisione del Gip che dispone il sequestro preventivo sia perciò carente dei caratteri tipici dell'attività giurisdizionale, perché sarei implicitamente smentito dalla stessa sentenza in commento: nessuno ha sollevato questo motivo di inammissibilità, né la Corte lo ha minimamente preso in considerazione. Del resto la giurisprudenza della Corte costituzionale in merito ai presupposti della questione incidentale ha prodotto definizioni di "giudice" e di "giudizio" che sono piuttosto ampie, elastiche e fluttuanti<sup>23</sup>. Nel caso della decisione sul sequestro preventivo non c'è dubbio che siamo davanti ad un'autorità *soggettivamente* giurisdizionale che esercita poteri decisori, sia pure con tutti i limiti con cui la Corte – come si è visto in precedenza – accoglie la nozione di "giudicato cautelare". La Corte spesso insiste che il giudizio *a quo* deve avere "*non solo l'attributo dell'obiettività, ma anche quello della definitività, nel senso dell'idoneità a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato*"<sup>24</sup>; ma anche di questo criterio dobbiamo fare un uso circospetto, perché

---

<sup>19</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 499 e 489.

<sup>20</sup> "(L)autorità amministrativa, in quanto agisce come tale, è sempre interessata nei rapporti e nelle situazioni su cui cadono i suoi atti": S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano 1988, 364.

<sup>21</sup> Così la fondamentale sent. 83/1966.

<sup>22</sup> Sent. 226/1976.

<sup>23</sup> Si veda la *summa* tracciata dalla Corte stessa nell'ord. 6/2008 e nella sent. 164/2008. In dottrina, sottolinea la "elasticità" dell'uso del precedente in questo specifico campo G. FERRI, *La legittimazione del giudice a quo e il precedente della Corte costituzionale*, in *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Padova 2008, 27 ss.

<sup>24</sup> Sent. 387/1996.

la Corte non ha mai bloccato come inammissibili eccezioni sollevate nel corso di un procedimento cautelare a causa della natura non definitiva dei provvedimenti in discussione. Forte è perciò l'impressione che la Corte scelga gli elementi definitivi della funzione giurisdizionale "a seconda del risultato che intende raggiungere nel singolo caso"<sup>25</sup>, risultato che può essere valutato anche in termini di opportunità quando si tratti di assicurare al *judicial review* anche leggi che altrimenti resterebbero sottratte al controllo di costituzionalità<sup>26</sup>.

Il mio dubbio nasce dalle tesi sostenute nell'ordinanza di rinvio:

a) il decreto-legge avrebbe "espropriato" la funzione giurisdizionale, vanificando l'efficacia dei provvedimenti cautelari adottati e precludendo l'adozione di nuove cautele, a fronte della perdurante attività illecita;

b) il legislatore sarebbe intervenuto a modificare un atto dell'autorità giudiziaria;

c) il legislatore frapporrebbe un ostacolo al perseguimento dei reati, sottraendo fatti illeciti alla cognizione del loro "giudice naturale".

Come si vede, al cuore di queste contestazioni si pone proprio il rapporto tra decreto del Gip che dispone il sequestro cautelare e la funzione giurisdizionale. È qui, a mio avviso, che si può annidare l'equivoco attorno a quest'ultima. Se è la domanda – o l'esercizio dell'azione penale – a dar luogo al procedimento giurisdizionale, i provvedimenti che la precedono rientrano però con certezza nella funzione giurisdizionale solo se e in quanto siano collegabili con il reato per cui si procederà. Ciò non vale però per i provvedimenti cautelari che non sono diretti a stabilire il quadro dei fatti relativi al reato, ma a finalità di prevenzione di reati futuri.

Qualsiasi giudice può trovarsi a pronunciarsi in termine di prevenzione di accadimenti futuri, talvolta emanando provvedimenti anticipatori della futura decisione di merito, legati ad essa da uno stretto nesso strumentale<sup>27</sup>, in altri casi dovendo provvedere invece autonomamente alla conservazione dello stato di fatto e di diritto. Il provvedimento ex art. 321 cod.proc.pen. ha una chiara funzione di prevenzione e di conservazione dello *status quo*, di prevenzione dei reati: del delitto c'è solo il *fumus*, del colpevole forse neppure l'identità. Nel perseguire questa funzione, il PM e il Gip non svolgono una funzione "disinteressata" di "applicazione obiettiva del diritto", ma assumono finalità pubbliche di prevenzione e di tutela di interessi legati a diritti fondamentali, come la tutela della salute e dell'ambiente. Percependo il rischio di una compromissione di questi interessi, agiscono in chiave di

---

<sup>25</sup> G. FERRI, *op. cit.*, 70.

<sup>26</sup> Argomento usato in modo esplicito dalla Corte per giustificare, per es., il riconoscimento della legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità: si veda per es. la sent. 254/2004, in cui la Corte ribadisce la mancanza di legittimazione del giudice amministrativo in sede di parere sul ricorso straordinario al Capo dello Stato.

<sup>27</sup> A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Encicl. Giur.*, XXVIII, Roma 1992, 2.

prevenzione, congelando lo stato delle cose. Ma in ciò intersecano le funzioni proprie dell'amministrazione pubblica di settore.

5. Ciò che la Corte costituzionale, in questa sentenza, sostiene a proposito del necessario bilanciamento tra interessi concorrenti, tutti di sicuro rilievo costituzionale, non è che la proiezione sul piano dei diritti fondamentali della possibile sovrapposizione di funzioni assegnate a organi diversi: funzioni tutte legittime e da apprezzare, ma che si trovano in certe circostanze a sovrapporsi. Tali appaiono le attività di autorità giudiziarie che, nell'esercizio delle loro funzioni, si trovano a percepire il rischio di una lesione di diritti o beni costituzionalmente e penalmente protetti, e quindi provvedono alla loro conservazione cautelare; tale è anche l'attività degli apparati politico-amministrativi su cui grava *in via ordinaria* la funzione di tutelare quei beni e interessi e di disciplinare il loro concorso, cercando un accettabile punto di equilibrio. Si può perciò concludere che il provvedimento cautelare del giudice penale può non avere un nesso *strumentale* rispetto al reato per cui (forse) si procederà, ma è *anticipatorio* dell'assetto delle cose che verrà fissato dal successivo provvedimento dell'autorità politico-amministrativa responsabile, legislativo o amministrativo che sia.

Appare così in tutta evidenza l'opportunità che il legislatore intervenga a regolare il concorso delle due autorità: non attraverso soluzioni improvvisate e parziali, come quella introdotta dal decreto-legge in questione, ma con una meditata riforma dell'art. 321 cod.proc.civ.<sup>28</sup> Si deve ritenere – scrive la Corte (punto 12.6) – che l'art. 1 del decreto-legge 207/2012 “*abbia introdotto una nuova determinazione normativa all'interno dell'art. 321, primo comma, cod. proc. pen.*”, ma essa riguarda solo il sequestro preventivo emanato in presenza delle specifiche condizioni previste dal comma 1 della disposizione. Avremmo invece bisogno di regole più generali, che disciplino i ruoli rispettivi e i rapporti reciproci tra un'autorità amministrativa – così spesso inattiva – e l'autorità giudiziaria che è chiamata a supplire le inefficienze della prima. Né si deve trascurare un altro profilo: la difficoltà che incontrano i c.d. interessi diffusi ad accedere all'amministrazione pubblica, a sollecitarne i meccanismi di controllo, ad agire davanti al giudice amministrativo per ottenere considerazione delle proprie istanze, alimentano il ricorso “sociale” alla giustizia penale e l'attivazione delle procure della Repubblica, tenute a verificare la non manifesta infondatezza della *notitia criminis*. L’*“anomalo esercizio dei poteri istruttori dell'organo giurisdizionale”* è dunque la conseguenza di un sistema che nel suo complesso andrebbe meglio assestato.

---

<sup>28</sup> In questo senso mi ero già espresso in *L'ILVA e il soldato Baldini*, in *Quad.cost.* 2013, 122 ss.