

Coordinamento

Teresa Bene, Donatella Curtotti, Carla Pansini, Nicola Triggiani, Cristiana Valentini, Daniela Vigoni.

Redazione

Marco Alma, Gastone Andreazza, Fulvio Baldi, Antonio Balsamo, Orietta Bruno, Sonia Campailla, Marilena Colamussi, Alessandro Diddi, Ada Famiglietti, Rosa Maria Geraci, Mitja Gialuz, Paola Maggio, Antonio Pagliano, Giorgio Piziali, Roberto Puglisi, Alessia Ester Ricci, Nicola Russo, Alessio Scarcella, Diletta Servi, Alessandro Tucci.

Hanno collaborato

Ennio Amodio, Teresa Bene, Orietta Bruno, Donatella Curtotti, Alessandro Diddi, Carla Pansini, Giorgio Piziali, Adolfo Scalfati, Diletta Servi, Nicola Triggiani, Cristiana Valentini, Gianluca Varraso, Daniela Vigoni.

Anno I, n. 1-2011

ISSN Print 2039-4179

ISSN Online 2039-4527

Iscrizione Tribunale di Roma
n. 456/2010 del 6/12/2010

Sede legale: Roma 00173 - Via B. Alimena n. 5

Direttore Responsabile: Adolfo Scalfati



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO

Editoriale

Ennio Amodio

Separazione delle carriere e imparzialità del giudice: un circolo virtuoso _____ 1

Scenari

Novità legislative interne (*Carla Pansini*) _____ 6

Novità sovranazionali (*Daniela Vigoni*) _____ 11

De jure condendo (*Nicola Triggiani*) _____ 15

Corti europee (*Cristiana Valentini*) _____ 19

Corte costituzionale (*Donatella Curtotti*) _____ 25

Sezioni Unite (*Teresa Bene*) _____ 29

Avanguardie in Giurisprudenza

Se il giudice esclude la recidiva l'imputato beneficia del patteggiamento "allargato"

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 5 ottobre 2010, n. 35738 -
Pres. Carbone; Rel. Fumu _____ 34

Alessandro Diddi

Contestazione della recidiva reiterata e patteggiamento "allargato" _____ 43

Ribadita (con limiti) l'improcedibilità dell'azione quando manca la riapertura delle indagini

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 settembre 2010, n. 33885 -
Pres. Gemelli; Rel. Conti _____ 51

Diletta Servi

L'efficacia preclusiva del provvedimento d'archiviazione: un *déjà vu* con qualche ritocco _____ 58

Il difensore può conoscere gli atti in vista della convalida di arresto e fermo

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 11 ottobre 2010, n. 36212 -

Pres. Lupo; Rel. Macchia _____ 66

Gianluca Varraso

L'accesso agli atti prima della convalida dell'arresto o del fermo: tra

illusione e realtà _____ 74

Dibattiti tra norme e prassi

Giorgio Piziali

Rito immediato "custodiale" e completamento della vicenda cautelare ____ 84

Analisi e prospettive

Adolfo Scalfati, Orietta Bruno

Orientamenti in tema di videoriprese _____ 92

Indici

Autori _____ 105

Provvedimenti _____ 105

Materie _____ 107

ENNIO AMODIO

Professore ordinario di Procedura penale - Università di Milano Statale

Separazione delle carriere e imparzialità del giudice: un circolo virtuoso

Con la separazione delle carriere verrà irrobustita anche l'imparzialità del giudice che potrà essere meglio inquadrata distinguendo due situazioni di deficit: il giudice troppo passivo, come accade nelle indagini preliminari in cui il pubblico ministero assume un ruolo preminente; il giudice troppo attivo, che nel dibattimento interferisce nell'elaborazione della prova condotta dalle parti. Questa duplice anomalia deve essere superata.

Nuove dimensioni della imparzialità del giudice

C'è un effetto virtuoso della programmata separazione delle carriere che si manifesta al di là dei confini riguardanti la conquista di una più accentuata fisionomia *partisan* dell'organo dell'accusa. Spogliato sul piano ordinamentale di una toga simile a quella del giudice, il pubblico ministero dovrebbe rendersi interprete di un ruolo pienamente conforme al principio di parità stabilito dall'art. 111, comma 2, Cost. Di conseguenza il giudice si sentirà ancor più impegnato ad evitare di interferire nella sfera degli equilibri processuali con invasioni intese a fornire assistenza anzitutto a chi esercita le funzioni di accusa.

È dunque ragionevole ritenere che l'apporto ad uno *status* del pubblico ministero separato da quello dell'organo giurisdizionale non solo renderà concreto il valore costituzionale della uguaglianza delle armi tra accusa e difesa, ma contribuirà anche ad esaltare l'imparzialità del giudice. Divenuto ancor più

netto il ruolo di parte del pubblico ministero, ne dovrebbe derivare una barriera operativa di maggior spessore rispetto alle tentazioni dell'organo giurisdizionale di schierarsi a favore di un accusatore che non potrà più essere confuso con un promotore di giustizia, ma incarna a tutto tondo l'interesse repressivo che fa capo alla collettività.

Questo circolo virtuoso prevedibilmente generato dalla riforma *in itinere* saprà anche avviare nuove riflessioni sui principi di terzietà e di imparzialità racchiusi nella norma costituzionale. Alla luce della separazione ordinamentale dei ruoli di accusa e di giudizio, diventa infatti più agevole sciogliere il nodo creato dal lessico apparentemente ridondante che si desume dalle disposizioni della Costituzione, compresa quella sul giudice naturale (art. 25).

Non dovrebbe in primo luogo essere difficile convincersi che l'imperativo della terzietà opera sul piano della attribuzione legislativa dei poteri e prescinde quindi dal manifestarsi in concreto di cause di incompatibilità o di inquinamento della neutralità di

giudizio derivanti dalla posizione o dall'operato del giudice-persona. Organo privo di terzietà era certo il giudice istruttore che nel vigore del codice abrogato poteva formulare l'accusa, compiere indagini e disporre il rinvio a giudizio, proprio come il pretore che in più era autorizzato a pronunciarsi sul merito nel dibattimento.

È poi sul fronte della imparzialità operativa che si colgono gli aspetti positivi della separazione delle carriere. Il modello della futura disciplina è rinvenibile nell'art. 37, comma 1, lett. b), c.p.p. che vieta al giudice «nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata la sentenza» di «manifestare indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione». Una volta introdotta la distinzione ordinamentale tra magistrati dell'accusa e magistrati giudicanti, sarà ineludibile il dovere di questi ultimi di astenersi dal realizzare indebite disuguaglianze di trattamento a favore dell'accusa o della difesa, entrambe ormai collocate in posizioni nettamente distanti da chi esercita funzioni di giudizio.

E quanto alla naturalità, è ormai chiaro che essa opera come *genus* della depurazione di ogni consonanza anche solo culturale o istituzionale con le funzioni di accusa, tanto da designare la terzietà e la imparzialità come *species* riconducibili al principio enunciato dall'art. 25 Cost.

L'inerzia del g.i.p. come sbilanciamento a favore del p.m.

Per capire in che modo può essere messa a frutto una più pregnante nozione di imparzialità, è necessario preliminarmente chiarire in quali situazioni essa viene lesa o messa in pericolo nel corso della attività giudiziaria.

A ben vedere il giudice perde i connotati della sua neutralità operativa non solo quando si attiva illegittimamente a favore dell'u-

na o dell'altra parte, ma anche quando omette di esercitare il suo potere regolatore degli equilibri processuali lasciando che uno dei contendenti prevarichi sull'altro.

È dunque privo di imparzialità non solo il giudice troppo attivo, ma anche il giudice troppo passivo, nei casi in cui l'eccesso o il difetto di operatività si traduce nella indebita assistenza ad una delle parti.

Un *deficit* di iniziativa si manifesta con grande evidenza nel giudice per le indagini preliminari. Invece di rifugiarsi nella generica e spesso immotivata censura che si riasume nell'"appiattimento" del g.i.p. sulle tesi del p.m., è utile segnalare le prassi e i limiti normativi che esibiscono una anomala passività. Certo, la giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari è frutto di una scelta legislativa preoccupata di frenare l'iniziativa del g.i.p. per non far rivivere il giudice istruttore. Quel che importa oggi però è individuare gli strumenti che assicurano al pubblico ministero un vantaggio processuale ingiustificato conseguente alla inerzia del giudice.

Un primo esempio è offerto dalla ormai diffusissima prassi del copia-incolla seguita dal g.i.p. nella compilazione delle ordinanze cautelari. Spesso il provvedimento incorpora ampi stralci della richiesta del p.m. e parti intere della relazione della polizia giudiziaria con trascrizione di telefonate o di verbali di sommarie informazioni testimoniali. Si intrecciano così, accanto al sovrapporsi dei risultati investigativi, valutazioni e commenti del quadro indiziario riconducibili ad una pluralità di voci degli investigatori che si confondono con quella del giudice.

Niente di più emblematico per intendere come il g.i.p. abbia adibito alla sua imparzialità sottoscrivendo parola per parola, indizio per indizio, tutto ciò che è stato esposto dagli inquirenti. Qui gli esiti delle funzioni di accusa e di giudizio collimano così bene

da far pensare che accusatore e giudice siano una persona sola e la decisione si riveli un atto ad alzo zero.

Questo modo di motivare *per incorporationem* merita di essere stroncato dalla Corte di cassazione, prima che si radichi definitivamente. È un atto che manca della *suitas*: il giudice parla, ma le parole non sono sue.

Una diversa e ancor più grave inerzia, figlia del *laissez faire* accordato al p.m., si registra nell'udienza preliminare. La riforma del 1999 ha costruito la delibazione dell'accusa come funzione che il g.u.p. è tenuto ad esercitare in modo più penetrante, con strumenti nuovi come l'assunzione di prove a discarico decisive per il proscioglimento (art. 422 c.p.p.) e la regola decisoria che privilegia nel dubbio la sentenza *pro reo* al punto da rendere doverosa l'esclusione del rinvio a giudizio quando l'accusa non è sostenibile nella sede dibattimentale (art. 425 c.p.p.).

Nonostante questo fortissimo richiamo ad usare filtri molto selettivi nei confronti dell'azione penale, la prassi continua ad esibire una ritrosia del g.u.p. ad interpretare il ruolo di censore delle accuse infondate. Se l'imputato non opta per il giudizio abbreviato, il giudice di solito si sente esonerato dall'obbligo di esaminare con cura i risultati delle indagini del pubblico ministero. Sopravvive la tendenza già fortemente radicata nel codice abrogato secondo cui dalla formulazione dell'accusa scaturisce la presunzione circa la necessità di una "verifica dibattimentale". Esattamente l'opposto di quel che prescrivono le norme. Di qui un vero e proprio funerale della imparzialità.

Per sradicare questa anomala prassi si potrebbe introdurre un congegno idoneo a rendere concreto il *favor* per il proscioglimento sul piano operativo. Una delle ragioni che spinge il giudice a privilegiare il rinvio a giudizio è la consapevolezza di imboccare la via più facile che consente di definire la fase

con il telegrafico provvedimento che dispone il dibattimento. Il non luogo a procedere impone invece il più gravoso compito di motivare secondo canoni che, nella pratica, non sono dissimili da quelli della sentenza dibattimentale.

Ecco allora una modifica legislativa che potrebbe consentire al giudice di liberare tutte le sue risorse in favore della imparzialità. Senza violare l'obbligo di esporre la *ratio decidendi* stabilito dall'art. 111 Cost., si potrebbe prevedere un modo di motivare sintetico, alla francese, con l'indicazione delle prove da cui è stata ricavato il convincimento. Questa motivazione in miniatura sarebbe del resto allineata alla fisionomia del non luogo a procedere, inidoneo di per sé a formare il giudicato e quindi strutturalmente destinato a dar conto del perché di una imputazione infondata rispetto alla quale rimane aperto il rimedio della revoca *ex art.* 435 c.p.p.

L'iperattivismo *contra reum* del giudice dibattimentale nella assunzione della prova

Dalla parzialità per inerzia alla parzialità per attivismo: quali forme assume questa anomala assistenza ad una delle parti?

Mentre nelle indagini preliminari l'organo giurisdizionale anche per malformazione congenita, indulge al *laissez faire* in favore del pubblico ministero, nel dibattimento è la posizione centrale e preminente del giudice a spingerlo verso frequenti invasioni di campo soprattutto nel settore della assunzione delle prove.

Si pensi anzitutto all'esame dei testimoni e delle parti private, che dovrebbe essere pressoché interamente riservato alla iniziativa del difensore e del pubblico ministero in omaggio al principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma 4, Cost.). La disciplina normativa è chiarissima

nel prevedere che la elaborazione della prova orale spetta alle parti mediante l'esame e il controesame (artt. 190, comma 1, e 498 c.p.p.), mentre il ruolo del giudice è residuale e subordinato. Lo si capisce bene dall'art. 506 c.p.p. che autorizza il giudice ad affacciarsi alla finestra dell'atto probatorio prima come mero suggeritore di temi nuovi e più ampi, utili al completamento dell'esame, e poi come stimolatore di dichiarazioni con domande rigorosamente collocate in un momento successivo a quello in cui si esplica l'iniziativa delle parti ("solo dopo l'esame e il controesame").

Evidente la *ratio* di tutela del principio di imparzialità. Il sistema vuole un giudice che si pone come arbitro della contesa giudiziaria e perciò sollecita dall'esterno i poteri delle parti o interviene per colmare le eventuali lacune sul piano dell'accertamento dopo che accusa e difesa hanno esaurito le rispettive risorse a fini conoscitivi.

Completamente diverso è lo scenario esibito dalla pratica giudiziaria. È del tutto privo di effettività - tanto da apparire ormai come un ramo secco - lo strumento della mera sollecitazione delle parti ad estendere l'esame sui temi indicati dal giudice. La prassi conosce invece un potere d'ufficio di riassumere la deposizione di testi già esaminati al fine di acquisire dichiarazioni "a chiarimento" su circostanze oggetto dell'esame svolto dalle parti.

Quanto ai tempi delle domande, lo sbaramento legislativo è il più delle volte travolto dall'impazienza del giudice che interferisce continuamente nell'esame condotto dalla difesa e, a volte, anche in quello svolto dal pubblico ministero. Ora è la domanda del difensore ad apparire mal posta, tanto da essere riformulata dal presidente in chiave diversa. Ora è invece la risposta del testimone ad essere filtrata dal presidente che la riassume o la interpreta con intromissioni che

delegittimano chi conduce l'esame facendo capire al teste che il vero *dominus* ai fini dell'accertamento dei fatti non è la parte che fa le domande, ma il giudice che ascolta e rielabora l'intero flusso del discorso probatorio.

Il *vulnus* alla regola della imparzialità diventa poi ancor più corposo e devastante quando il presidente formula domande suggestive. Assumendo di volere verificare se ha inteso bene quale è la ricostruzione del fatto in via di emersione dal dibattito, il giudice sottopone al testimone una sua ipotesi facendola seguire da un retorico: «non è così?».

Non c'è niente di più marcatamente *partisan* di questo modo di procedere. Basta pensare infatti che la domanda suggestiva è l'arma consentita solo a chi sottopone all'esame il teste di controparte. L'art. 499, comma 3, c.p.p., nel solco della tradizione di *common law*, costruisce un divieto di fare domande che tendono a suggerire le risposte, derogato solo quando si contrasta la prova introdotta dall'avversario.

Come può allora il giudice mettersi nei panni di un soggetto che si confronta con un teste considerato portatore di una sua "verità" da demolire? Il controesame è per sua natura un atto che mortifica il principio di imparzialità del giudice e rinnega la separazione dei ruoli che sta alla base del rito accusatorio.

Tanto più evidente e allarmante è l'alterazione del principio costituzionale se si pensa che, nella realtà della pratica giudiziaria, l'iperattivismo del giudice nella assunzione della prova si traduce il più delle volte in una assistenza prestata all'accusa cui l'organo giurisdizionale si sente istituzionalmente più vicino. È dunque per combattere questo modo di operare *contra reum* che va profuso l'impegno verso una nuova dimensione della imparzialità capace di realizzare veramente l'uguaglianza delle armi tra accusa e difesa.

SCENARI



Novità legislative interne

CARLA PANSINI

Nel contesto di una più generale opera di adeguamento del diritto interno agli obblighi internazionali assunti, il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161 dà attuazione nell'ordinamento italiano alla decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, "relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea".

Con il recepimento della indicata normativa europea, il legislatore italiano ha ampliato il ventaglio dei meccanismi di cooperazione investigativa e giudiziaria, inserendosi in quel cammino europeo di integrazione del vecchio continente, iniziato con il Trattato di Maastricht del 1992 e che oggi, con il Trattato di Lisbona del 2007, ha visto inaugurare una nuova fase con l'abbattimento della c.d. "architettura a pilastri". Alla luce delle nuove disposizioni, esce rafforzata la reciproca fiducia tra gli Stati: difatti, la «cooperazione in materia penale», fondata proprio «sul riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie» (art. 69 A § 1 Tratt. Lisbona) e sull'armonizzazione delle normative nazionali (art. 69 B § 1 e 2 Tratt. Lisbona), già vanta efficienti strumenti operativi quali *Eurojust* e il Mandato di arresto europeo. E, in effetti, il d.lgs. 161 del 2010 integra proprio il sistema di consegna previsto dal mandato d'arresto europeo, contemplando le ipotesi della consegna *in executivis* e per finalità processuali dei cittadini e dei residenti in Italia.

L'ambito di applicazione del nuovo regime normativo è circoscritto dal decreto *de quo* alle sentenze di condanna, ovvero a «decision[i] definitiv[e] emess[e] da un organo giurisdizionale di uno Stato membro dell'Unione europea», con le quali vengono «applicate, anche congiuntamente, una pena o una misura di sicurezza nei confronti di una persona fisica» (art. 2, comma 1, lett. b).

Due sono le procedure operative previste: la «trasmissione all'estero» e la «trasmissione dall'estero». Con la prima espressione si fa riferimento alla procedura - disciplinata nel Capo II - attraverso la quale una sentenza di condanna pronunciata da un'autorità giudiziaria italiana viene trasmessa a un altro Stato membro della UE, per ottenerne il riconoscimento e la esecuzione in quello Stato. Organo deputato a tale trasmissione è il pubblico ministero presso il giudice indicato nell'art. 665 c.p.p., se si tratta di dare esecuzione ad una sentenza di condanna, o quello individuato ai sensi dell'art. 658 c.p.p. per l'esecuzione di misure di sicurezza.

L'ordine di trasmissione è il provvedimento formale attraverso il quale si trasmette all'estero la sentenza di condanna e si affianca all'ordine di esecuzione, potendo essere emesso contestualmente a questo o anche in un momento successivo, purché non oltre la data in cui la residua pena o misura di sicurezza da scontare sia inferiore a sei mesi.

La trasmissione all'estero delle persone condannate è possibile quando non ricorre una causa di sospensione dell'esecuzione e

solo in presenza di alcune condizioni. *In primis*, il reato per il quale è stata emessa sentenza di condanna deve essere punito con una pena della durata massima non inferiore a tre anni. In secondo luogo, la persona condannata deve trovarsi nel territorio dello Stato o in quello dello Stato di esecuzione e non deve essere sottoposta ad altro procedimento penale ovvero non stia scontando una diversa sentenza di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza. Con una disposizione dai contorni incerti è, poi, richiesto che l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza all'estero sia finalizzata a «favorire il reinserimento sociale della persona condannata» (art. 5, comma 2, lett. a).

La trasmissione può essere disposta verso lo Stato membro della UE di cittadinanza della persona condannata nel quale quest'ultima vive o nel quale sarà espulsa o allontanata, benché non vi risieda, o anche in uno Stato diverso purché lo stesso abbia acconsentito al trasferimento (art. 5, comma 3). In quest'ultimo caso, la trasmissione della persona condannata potrà avvenire solo previo suo consenso, reso «personalmente e per iscritto», salvo il caso in cui la persona sia fuggita da quello Stato o vi abbia fatto ritorno a causa del procedimento penale o a seguito della sentenza di condanna.

La procedura attraverso la quale si dispone la trasmissione all'estero della sentenza di condanna è particolarmente farraginoso e sostituisce quella disciplinata al Capo II del titolo IV del Libro XI c.p.p., la cui applicazione è espressamente esclusa dal comma 2 dell'art. 4 d.lgs. n. 161 del 2010. La trasmissione può essere attivata d'ufficio ovvero su richiesta dello Stato di esecuzione o della stessa persona condannata e previa audizione di quest'ultima, qualora si trovi nel territorio dello Stato.

Ottenuto il riconoscimento della sentenza di condanna da parte dello Stato di esecu-

zione, il trasferimento dovrà avvenire entro il termine ordinario di trenta giorni successivi alla comunicazione al Ministero della giustizia dell'avvenuto riconoscimento. Con il trasferimento della persona condannata e l'inizio dell'esecuzione della pena all'estero cessano gli effetti esecutivi della sentenza italiana. Viceversa, qualora il riconoscimento venga negato, l'esecuzione della sentenza di condanna seguirà le regole del nostro ordinamento.

Con l'espressione «trasmissione dall'estero» si intende, invece, la procedura, speculare all'altra - e regolata nel successivo Capo III - con la quale un altro Stato membro dell'Unione europea trasmette in Italia una sentenza di condanna «ai fini del suo riconoscimento e della sua esecuzione» (art. 2, comma 1, lett. d) e e). La procedura "passiva" non può essere autorizzata senza la decisione favorevole della corte di appello nel cui distretto la persona condannata ha la residenza, la dimora o il domicilio nel momento in cui il provvedimento è trasmesso all'autorità giudiziaria competente.

Il trasferimento dall'estero prende avvio con la ricezione, da parte del Ministero della giustizia, di una richiesta di esecuzione in Italia di una sentenza di condanna e passa attraverso la celebrazione di un'udienza camerale dinanzi alla corte d'appello, che provvede con sentenza soggetta a ricorso per cassazione, analogamente alla già nota procedura in tema di estradizione e di mandato d'arresto europeo.

Il d.lgs. n. 161 del 2010 prevede che la corte d'appello debba obbligatoriamente opporre un rifiuto al riconoscimento della sentenza di condanna in svariate ipotesi, tassativamente elencate. Tra queste sono ricompresi alcuni dei motivi che giustificano il rifiuto - facoltativo od obbligatorio - di consegna di una persona ricercata sulla base di un mandato di arresto europeo, come, ad esempio,

nel caso di *bis in idem* o di non imputabilità per ragioni di età del soggetto condannato, alla data di commissione del fatto. A questi se ne aggiungono di nuovi e più pregnanti, quali la previsione nella legislazione interna di una immunità che rende impossibile l'esecuzione della pena, l'incompatibilità di una misura di trattamento medico-psichiatrico con la legislazione italiana (art. 13, comma 1, lett. m), il carattere contumaciale della sentenza di condanna, salvo che il certificato indichi che la persona abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione (art. 13, comma 1, lett. i). Inoltre, le autorità nazionali potranno anche verificare l'applicazione del principio della doppia incriminabilità, tranne per alcuni reati, analoghi a quelli già previsti nella decisione sul mandato di arresto europeo.

Avvenuto il trasferimento, l'applicazione della pena è regolamentata dallo Stato di esecuzione, anche sotto il profilo della libertà anticipata, mentre il Paese di emissione mantiene una competenza esclusiva per la revisione della sentenza.

Va da sé come il combinato disposto di queste previsioni generali dovrebbe escludere che il trasferimento possa concernere l'esecuzione di provvedimenti cautelari - quindi per loro natura non definitivi - ai quali, peraltro, può essere data attuazione attraverso il mandato d'arresto europeo. Tuttavia, se l'autorità competente dello Stato di emissione ne abbia fatto richiesta, la corte di appello, su domanda del procuratore generale, può disporre una misura personale coercitiva nei confronti della persona condannata che si trovi nel territorio dello Stato, al solo scopo di «assicurare la sua permanenza nel territorio e in attesa del riconoscimento della sentenza di condanna» (art. 14, comma 1). In questo caso, dovranno essere osservate, se

applicabili, le disposizioni previste dal codice di rito penale in materia di misure cautelari, fatta eccezione per gli artt. 273, 274, comma 1, lett. a) e c), e 280 c.p.p. Inoltre, nei casi di urgenza, qualora vi sia pericolo che la persona, in attesa della pronuncia sul riconoscimento della sentenza di condanna, possa darsi alla fuga, la polizia giudiziaria può procedere all'arresto, ponendo al più presto l'arrestato a disposizione del presidente della corte d'appello il quale, poi, entro le quarantotto ore successive alla ricezione del verbale d'arresto, procederà ad una sorta di udienza di convalida.

In ultimo, va sottolineata la espresa riaffermazione del principio di specialità. Difatti, sulla scia di una consolidata tradizione della normativa convenzionale in tema di cooperazione giudiziaria, il d.lgs. n. 161 del 2010, all'art. 18, ribadisce la portata generale di tale principio, escludendo che la persona trasferita in Italia per l'esecuzione di una sentenza di condanna possa essere sottoposta ad altro procedimento penale o privata della libertà personale in esecuzione di una pena, di una misura di sicurezza o di altra misura restrittiva della libertà personale, per un reato commesso anteriormente al trasferimento.

Queste, in estrema sintesi, le linee portanti della nuova disciplina dalle quali emerge un sistema volto a rendere più snello il meccanismo di circolazione delle persone condannate all'interno dello spazio comunitario ai fini dell'esecuzione delle pene. Del resto, il nuovo strumento di cooperazione fondato sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti definitivi di limitazione della libertà mira a superare i precedenti accordi convenzionali, basati essenzialmente su relazioni interstatali e non comportanti alcun obbligo di accettazione o trasferimento delle persone condannate. Sotto questo profilo, la trasmissione del provvedimento di condanna attiva

rapporti diretti tra giurisdizioni, risultando peraltro azzerato ogni margine di discrezionalità nel rifiutare il riconoscimento del provvedimento stesso; rifiuto oggi ristretto entro gli argini di ipotesi tassativamente previste (d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161).

* * *

In una cornice politica dai contorni piuttosto incerti, il legislatore si è preoccupato di individuare una soluzione – seppur temporanea e, per ciò stesso, non definitivamente risolutiva – al vetusto problema del sovraffollamento degli istituti penitenziari. La l. 26 novembre 2010, n. 199 (c.d. “sfolla-carceri”) introduce, difatti, nuove disposizioni per l’esecuzione delle pene detentive non superiori a dodici mesi, affiancandosi alle diverse modalità di esecuzione delle pene detentive brevi che, nel nostro ordinamento, trovano una regolamentazione nella legge di ordinamento penitenziario e in alcune leggi speciali. In particolare, la recentissima l. n. 199 del 2010 – che entrerà a regime dal 16 dicembre fino alla «completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013» (art. 1, comma 1) – prevede che qualora la pena detentiva da eseguire non sia superiore a dodici mesi, questa possa essere scontata in luoghi esterni al carcere. In questi casi, il pubblico ministero sospende l’esecuzione dell’ordine di carcerazione e trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio.

Analogamente potrà essere disposta questa nuova “detenzione domiciliare” anche nel caso in cui il condannato sia già detenuto e la pena detentiva non superi i dodici mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena (art. 1, comma 4).

L’esecuzione delle pene detentive non superiori a un anno presso il domicilio appare *prima facie* misura analoga alla detenzione domiciliare già prevista dall’art. 47 *ter*, l. 26 luglio 1975, n. 354, ma da questa se ne distingue sia per la minor durata della pena da eseguire (non superiore a dodici mesi, anziché a due anni o, in casi particolari, a quattro), sia per la diversa procedura applicativa e per la assenza dei presupposti soggettivi che giustificano il ricorso alla misura penitenziaria alternativa alla detenzione.

Sotto quest’ultimo profilo, difatti, l’ammissione alla detenzione presso il proprio domicilio dovrebbe essere concessa a tutti i soggetti che debbano scontare una pena di tale entità. Sono previste, tuttavia, alcune eccezioni: innanzitutto, se esiste la possibilità che il condannato possa fuggire o commettere altri reati o, ancora, quando il domicilio non risulti idoneo ed effettivo, anche rispetto alla tutela delle persone offese dal reato. Inoltre, sono esclusi i delinquenti socialmente pericolosi, abituali, professionali e quelli sottoposti a regime di sorveglianza particolare. Puntualmente, quindi – e con una inversione di rotta rispetto agli ultimi interventi novellistici – il legislatore non ha escluso la possibile esecuzione delle pene brevi presso il proprio domicilio nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall’art. 99, comma 4, c.p., che statisticamente corrispondono al prototipo del soggetto recluso nelle carceri italiane.

Spetterà al magistrato di sorveglianza, al quale saranno trasmessi gli atti senza ritardo dal pubblico ministero, il controllo dei presupposti per la concessione della misura domiciliare.

Una disposizione particolare è prevista nel caso di condannato tossicodipendente o alcolodipendente sottoposto ad un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi. In questo caso, la pena può essere eseguita

presso una struttura sanitaria pubblica o una struttura privata accreditata. Il magistrato di sorveglianza potrà, comunque, imporre le prescrizioni e le forme di controllo necessarie per accertare che il tossicodipendente o l'alcol dipendente inizi immediatamente o prosegua il programma terapeutico.

In ultimo, va segnalato come la maggiore apertura verso l'esecuzione domiciliare delle pene detentive brevi sia compensata da un maggiore rigore verso gli eventuali trasgressori: difatti, sono aumentate le pene previste per il reato di evasione e il legislatore ha introdotto una nuova circostanza aggravante per «l'aver il colpevole com-

messo un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere» (l. 26 novembre 2010, n. 199).

* * *

È stata promulgata la legge 17 dicembre 2010, n. 117 («Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 12 novembre 2010, n. 187, recante misure urgenti in materia di sicurezza»), senza alterare le norme di rilievo processuale presenti nel provvedimento governativo; per una sintesi critica del decreto legge 12 novembre 2010, n. 187, *infra*, p. 19.

Novità sovranazionali

DANIELA VIGONI

La cooperazione internazionale ha visto, da ultimo, proprio negli ambiti più tradizionali – l’extradizione e l’assistenza giudiziaria – orizzonti ampliati e sviluppi inediti a diversi livelli.

Sul piano dei rapporti bilaterali, il 7 ottobre 2010, sono stati sottoscritti due *trattati di estradizione e di assistenza giudiziaria tra Italia e Cina*.

Di tali atti non è dato per il momento conoscere il testo, non ancora diffuso. Ad ogni modo, nel comunicato stampa del Ministero della giustizia si legge che questi accordi «consolidano l’attività di cooperazione giudiziaria tra i due Paesi, con l’obiettivo di rafforzare anche le azioni di contrasto alla criminalità organizzata su base transnazionale, nel pieno rispetto dei principi di sovranità, di uguaglianza e del mutuo vantaggio».

Quanto all’extradizione, la nota dell’ufficio stampa si limita ad accennare soltanto a consuete clausole convenzionali per cui, da un lato, si richiama il rispetto del criterio della doppia punibilità, dall’altro lato, si riferisce che potrà essere motivo di rifiuto la natura politica o militare del reato o la concessione di asilo politico.

Riguardo all’assistenza giudiziaria, sempre la nota richiamata ricorda che essa comprende sia «le notifiche di documenti relativi a procedimenti penali», sia l’attività di acquisizione probatoria, come «l’assunzione di testimonianze o dichiarazioni, l’esecuzione di ispezioni giudiziarie e qualsiasi altra for-

ma di assistenza che non contrasti con le leggi in vigore».

Gli scarni e generici dati informativi, se non consentono di cogliere l’effettiva portata degli accordi, nulla tolgono all’evidente rilievo di un segnale d’impegno comune nel promuovere intese di cooperazione, anche in materia penale, fra due Stati – e due sistemi giuridici – assai lontani fra loro.

* * *

Nell’ambito dell’Unione europea, si è riproposto quel particolare modello bilaterale in materia di assistenza, inaugurato con gli Stati Uniti d’America, che vede come parte contraente la stessa Unione europea. Si tratta dell’*Accordo con il Giappone sull’assistenza giudiziaria reciproca in materia penale* approvato dal Consiglio, per conto dell’Unione, con Decisione del 7 ottobre 2010 (2010/616/UE).

Nei rapporti Italia-Giappone si annovera soltanto uno Scambio di Note del 1937, in cui le autorità di governo esprimevano il proposito di garantire reciproca assistenza giudiziaria in ambito civile e penale per l’esecuzione di rogatorie.

Ora, più ambiziosi e articolati impegni di cooperazione vengono a profilarsi secondo le linee tracciate dall’Accordo tra l’Unione europea e il Giappone.

Questo Accordo è stato firmato dalle due Parti il 13 novembre e il 15 dicembre 2009, e – come si diceva – è stato approvato con De-

cisione del Consiglio, relativa alla conclusione dell'Accordo, il 7 ottobre 2010. Si apre così la procedura dello scambio degli strumenti di approvazione previsto dall'art. 31, § 1 dell'Accordo medesimo: l'entrata in vigore è prevista per «il trentesimo giorno dalla data in cui le parti contraenti si scambiano le note diplomatiche» d'informazione reciproca dell'avvenuto espletamento delle rispettive procedure interne necessarie.

Il testo dell'Accordo - che consta di 31 articoli, ed è corredato di 4 Allegati volti, in particolare, a definire le autorità competenti e le lingue riconosciute ai fini applicativi - è pubblicato in GU L 39 del 12 febbraio 2010, p. 20, con la Decisione relativa alla firma.

L'obiettivo della cooperazione "in relazione a indagini, azioni penali e altri procedimenti, inclusi quelli giudiziari, in materia penale", è precisato, nella portata, dall'art. 3 dell'Accordo, laddove si ritrova l'elenco degli atti e delle attività che possono essere richiesti, poi oggetto di dettagliata disciplina.

L'assistenza è prestata per:

- l'assunzione di deposizioni o dichiarazioni (art. 15);
- l'autorizzazione dell'audizione mediante videoconferenza (art. 16);
- l'acquisizione di elementi di prova, anche mediante l'esecuzione di perquisizioni e sequestri (art. 17);
- l'acquisizione di registrazioni, documenti o estratti bancari (art. 18);
- l'esame di persone, elementi di prova o luoghi (art. 19);
- la localizzazione o individuazione di persone, elementi di prova o luoghi (art. 20);
- la produzione di elementi di prova detenuti da autorità legislative, amministrative, giudiziarie, o locali (art. 21);
- la consegna di documenti, e la notifica dell'invito a comparire (art. 22);
- il trasferimento temporaneo di una per-

sona detenuta per una deposizione o altri scopi probatori (art. 24);

- il blocco o il sequestro e la confisca di proventi o strumenti (art. 25);
- qualsiasi altro tipo di assistenza permesso dalla legislazione dello Stato richiesto e concordato tra uno Stato membro e il Giappone, compreso lo scambio spontaneo di informazioni (art. 26).

Alcune norme convenzionali disciplinano le forme e le modalità d'inoltro della richiesta di assistenza, gli elementi e le informazioni a sostegno (art. 8), con le traduzioni necessarie (art. 9), le modalità di esecuzione (art. 10) e le spese relative (art. 12), il trasporto, la conservazione e la restituzione degli elementi di prova forniti (art. 14).

Nell'Accordo si specificano anche i motivi di rifiuto dell'assistenza (art. 11) e si dispone riguardo alla clausola di specialità (art. 13) e circa il salvacondotto a una persona citata o invitata a comparire dinanzi ad un'autorità dello Stato richiedente (art. 23).

* * *

Nella cooperazione multilaterale promossa dal Consiglio d'Europa, è stato aperto alla firma a Strasburgo, il 10 novembre 2010, il *Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1957*. Esso mira ad integrare la Convenzione medesima al fine di semplificare ed accelerare la procedura quando la persona ricercata abbia prestato il suo consenso.

Tale Protocollo - che conta 19 articoli - in data 10 novembre 2010 è stato aperto alla firma, riservata agli Stati membri del Consiglio d'Europa che sono Parti o hanno firmato o aderito alla citata Convenzione.

In quella occasione hanno sottoscritto soltanto i seguenti Paesi: Albania, Austria, Bulgaria, Finlandia, Lettonia, ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, Portogallo, Serbia,

Slovenia. Non l'Italia, che – riepiloghiamo – riguardo agli accordi in materia di estradizione elaborati nell'ambito del Consiglio d'Europa: aveva subito firmato nel 1957 la Convenzione europea di estradizione, poi oggetto di ratifica con legge n. 300 del 1963; non ha mai firmato il (primo) Protocollo addizionale del 1975 che conteneva clausole in tema di reati politici; ha invece firmato nel 1980, e ratificato con legge n. 755 del 1984, il Secondo Protocollo addizionale del 1978, che veniva a completare la convenzione in alcuni aspetti (in particolare riguardo ai reati fiscali e alle sentenze contumaciali). Peraltro, il nuovo Protocollo s'ispira alla Convenzione del 1995 relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, non sottoscritta dall'Italia.

Risulta dal Rapporto esplicativo del Protocollo che l'iniziativa di intervenire, per semplificare la disciplina convenzionale di base, muove dalla considerazione che l'ipotesi di estradizione consensuale non è infrequente, e, quando si verifica, risulta anche nell'interesse dello stesso estradando abbreviare i tempi al fine di pervenire rapidamente alla consegna. Del resto, in questo caso, itinerari più snelli si profilano nella disciplina interna di vari Stati.

In proposito, riguardo all'Italia, è opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 701, commi 2 e 3, c.p.p., il consenso dell'estradando non obbliga all'extradizione, ma consente di prescindere dalla garanzia giurisdizionale; tale consenso va espresso alla presenza del difensore e raccolto a verbale; riguardo ai momenti in cui, e alle autorità di fronte alle quali, può essere espresso il consenso occorre riferirsi agli artt. 703 e 717 c.p.p., nonché all'art. 202 norme att. c.p.p.

Anche l'art. 14 della legge n. 69 del 2005 di attuazione del mandato d'arresto europeo – in corrispondenza all'art. 14 della Decisione

quadro 2002/584/GAI – dispone, e in modo più particolareggiato rispetto al codice, riguardo al consenso: senza escludere la garanzia giurisdizionale, si accelera la procedura funzionale alla consegna e si introducono specifiche cautele relative alla manifestazione della volontà adesiva della persona arrestata.

La procedura semplificata prevista dal Terzo Protocollo si apprezza, e assume particolare rilievo, soprattutto quando vi sia una richiesta di arresto provvisorio, perché evita l'ulteriore inoltro di una domanda di estradizione e dei documenti giustificativi di cui all'art. 12 della Convenzione; la procedura semplificata può operare, però, anche quando il consenso intervenga dopo che una domanda di estradizione sia già pervenuta, a prescindere dal fatto che essa venga preceduta dalla richiesta di arresto provvisorio.

La necessità di trovare un equilibrio fra le esigenze di celerità e la tutela dei diritti dell'estradando ha indotto, da un lato, a ricercare procedure più snelle; dall'altro lato, a introdurre specifiche garanzie circa le determinazioni dell'estradando.

Nella prima direzione, nel nuovo Protocollo si considerano di regola sufficienti per la decisione già i dati forniti a sostegno della richiesta di arresto provvisorio, relativi a:

- l'identità della persona ricercata;
- l'autorità richiedente l'arresto;
- l'ordine d'arresto o altro atto equivalente, oppure la sentenza irrevocabile;
- la natura e la qualificazione giuridica del reato;
- la descrizione delle circostanze del reato;
- per quanto possibile, le conseguenze del reato (art. 2, § 1).

Nel caso si tratti di estradizione esecutiva, è ulteriormente prevista l'informazione supplementare relativa al processo in contumacia (art. 2, § 3).

È fatta salva la possibilità di richiedere informazioni complementari, quando quelle fornite siano insufficienti per la decisione (art. 2, § 2).

Vengono poi previste comunicazioni tempestive allo Stato richiedente – anche attraverso i mezzi più moderni, e tramite l'Interpol (art. 8) – dell'eventuale consenso dell'estradando (art. 6, § 1 e art. 10), e della decisione sulla richiesta di estradizione (art. 6, § 2 e art. 7). La consegna, inoltre, deve avvenire al più presto, e di regola entro dieci giorni a decorrere dalla data in cui la decisione di estradizione è stata comunicata (art. 9).

Nella seconda direzione, talune clausole del Terzo Protocollo mirano ad assicurare che il consenso sia libero, informato, consapevole e volontario; ciò presuppone che all'estradando venga riconosciuto anche il di-

ritto all'assistenza di un difensore e, se del caso, di un interprete (art. 4, §§ 1 e 2).

Dettagliate disposizioni riguardano poi le modalità, il momento, la forma in cui va espresso il consenso, che può rilevare sia ai fini dell'estradizione, sia nei termini di rinuncia alla regola di specialità, ed è, fino alla decisione sulla richiesta di estradizione, revocabile (art. 4, §§ 3-5).

La procedura semplificata può applicarsi anche nel caso di transito: in deroga a quanto previsto dall'art. 21 della Convenzione europea, sarà sufficiente, per accordare il transito, disporre dei dati di cui all'art. 2, ossia di quelli richiesti a corredo della domanda di arresto provvisorio, ferma restando sempre la possibilità di richiedere informazioni supplementari, quando quelle fornite non siano sufficienti ai fini della decisione (art. 11).

De jure condendo

NICOLA TRIGGIANI

È stato approvato dall'Assemblea della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 3857 - «*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 12 novembre 2010, n. 187, recante misure urgenti in materia di sicurezza*».

Come emerge dalla Relazione di accompagnamento, il d.l. - approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 5 novembre 2010 (G.U. n. 265 del 12 novembre 2010) - ha l'obiettivo di «rafforzare il sistema complessivo della sicurezza pubblica», apprestando specifiche misure per garantire la sicurezza degli impianti sportivi e di quanti li frequentano - ivi inclusi gli incaricati del controllo negli stadi (c.d. *steward*) -, per potenziare l'azione di contrasto alla criminalità organizzata e la cooperazione internazionale di polizia, per rafforzare l'attività dei sindaci in materia di sicurezza urbana e per la funzionalità del Ministero dell'Interno, unitamente a mirati interventi sulla tracciabilità dei flussi finanziari negli appalti pubblici.

In particolare, per quanto concerne più direttamente l'ordinamento penale, l'art. 1 d.l. reintroduce, fino al 30 giugno 2013, le disposizioni in tema di arresto in "flagranza differita", che erano state introdotte con il d.l. 24 febbraio 2003, n. 28 di modifica della l. 13 dicembre 1989, n. 401 (art. 8, comma 1 *ter*) e che, con successive proroghe, erano state estese fino al 30 giugno 2010. Con riferimento ai reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, dunque, se non è possibile procedere immediatamente all'arre-

sto per ragioni di sicurezza o di incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza colui il quale, sulla base di documentazione video-fotografica, risulta essere autore del fatto, purché l'arresto sia eseguito entro 48 ore dalla consumazione del reato. Analogamente, e fino alla stessa data, è ripristinata la previsione di cui all'art. 8, comma 1 *quater*, l. n. 401 del 1989, che consente l'applicazione delle misure coercitive ai soggetti arrestati in flagranza differita, anche in deroga ai presupposti ordinari di applicabilità *ex artt.* 274, comma 1 lett. c), e 280 c.p.p.

L'art. 2 d.l. prevede, poi, l'integrazione dei compiti degli *steward*: in virtù di un successivo decreto del Ministero dell'Interno - che ne precisi modalità e condizioni - ad essi potranno essere affidati, in aggiunta a quelli già previsti dalla legislazione vigente, ulteriori servizi, ausiliari dell'attività di polizia, relativi ai controlli nell'ambito dell'impianto sportivo, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di pubbliche potestà o l'impiego operativo di forze di polizia. A ciò si collega l'estensione agli *steward* delle forme di tutela già previste per i pubblici ufficiali in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive.

Da segnalare, altresì, l'art. 3 d.l., ove si prevede che l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata - istituita con d.l. 4 febbraio 2010, n. 10, conv. con modific. dalla l. 31 marzo 2010, n. 50 - possa "autofinanziarsi" attraverso i proventi

derivanti dall'utilizzo dei beni immobili confiscati.

* * *

Presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, è iniziato il 18 novembre 2010 l'esame del d.d.l. C. 2326-B - «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*», approvato all'unanimità dalla Camera il 19 gennaio 2010 e modificato dal Senato il 27 ottobre 2010.

La Convenzione di Lanzarote, entrata in vigore il 1° luglio 2010, impegna gli Stati membri del Consiglio d'Europa a modificare la loro legislazione penale in materia di sfruttamento e di abuso sessuale nei confronti dei minori, con l'obiettivo di armonizzare le normative nazionali ed evitare conseguentemente che gli Stati che hanno una legislazione meno rigida possano essere scelti come luogo per commettere tali delitti.

L'art. 3 d.d.l. individua nel Ministero dell'Interno l'autorità nazionale responsabile al fine della registrazione e conservazione dei dati nazionali sui condannati per reati sessuali e contiene l'esplicita garanzia, nelle attività di prelievo, analisi e conservazione dei campioni biologici dai quali sono tipizzati i profili del DNA e nelle attività di registrazione e conservazione dei dati, del rispetto del Trattato di Prüm, concluso nel 2005 tra alcuni Paesi dell'Unione europea e ratificato dall'Italia con l. 30 giugno 2009, n. 85.

Tra le numerose modifiche al c.p. contemplate dall'art. 4 d.d.l. si segnala l'introduzione di due nuovi reati: l'«*adescamento di minorenni*» (nuovo art. 609 *undecies* c.p.) - consistente nel compimento di atti volti a carpire la fiducia di un minore di età inferiore a se-

dici anni attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante internet o altre reti o mezzi di comunicazione al fine di commettere delitti di sfruttamento sessuale di minore o di violenza sessuale - e l'«*istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia*», consistente nella condotta di chi pubblicamente istiga a commettere o fa l'apologia di delitti a sfondo sessuale in danno di minorenni (nuovo art. 414 *bis* c.p.).

L'art. 5 d.d.l. reca, poi, significative modifiche al c.p.p., alcune delle quali in funzione di coordinamento della disciplina processuale con le modifiche apportate al c.p. dal cit. art. 4 d.d.l. La lett. a), modificata dal Senato, novellando l'art. 51, comma 3 *quinquies*, c.p.p., sottrae alle procure distrettuali la competenza per i delitti relativi agli abusi sessuali sui minori; per tali delitti la competenza torna, dunque, alle procure circondariali.

La lett. b) interviene sull'art. 282 *bis* c.p.p., in materia di allontanamento dalla casa familiare, attraverso l'ampliamento del catalogo dei delitti che - se commessi in danno dei prossimi congiunti o dei conviventi - possono comportare l'adozione di tale misura a prescindere dai limiti edittali di pena: risultano così ricompresi la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù, la tratta di persone, l'acquisto e l'alienazione di schiavi.

Le lett. c), d) ed f), inserite dal Senato, novellano opportunamente gli artt. 351, 362 e 391 *bis* c.p.p., in tema di informazioni assunte nel corso delle indagini preliminari rispettivamente dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore, prevedendo che, nei procedimenti per delitti di sfruttamento sessuale dei minori, di tratta di persone, di violenza sessuale e di adescamento di minori, l'assunzione delle informazioni da minorenni avvenga con l'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile.

La lett. e), anch'essa introdotta dal Senato, inserisce nel catalogo dei delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza *ex art. 380 c.p.p.* la fattispecie di atti sessuali con minorenni di cui all'*art. 609 quater*, comma 1, c.p.

Le lett. g), modificata dal Senato, e h) intervengono sull'istituto dell'incidente probatorio con riferimento, rispettivamente, ai presupposti (*art. 392 c.p.p.*) e alle modalità di svolgimento (*art. 398 c.p.p.*). Com'è noto, a seguito delle modifiche apportate all'*art. 392*, comma 1 *bis*, c.p.p., dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, attualmente, nei procedimenti per maltrattamenti in famiglia (*art. 572 c.p.*), riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (*art. 600 c.p.*), prostituzione minorile (*600 bis c.p.*), pornografia minorile, anche "virtuale" (*artt. 600 ter e 600 quater. 1 c.p.*), turismo sessuale (*art. 600 quinquies c.p.*), tratta di persone (*art. 601 c.p.*), acquisto e alienazione di schiavi (*art. 602 c.p.*), violenza sessuale semplice e aggravata (*artt. 609 bis e ter c.p.*), atti sessuali con minorenni (*art. 609 quater c.p.*), corruzione di minorenni (*art. 609 quinquies c.p.*), violenza sessuale di gruppo (*art. 609 octies c.p.*) e atti persecutori (*art. 612 bis c.p.*), per l'assunzione della testimonianza di un minorenni, il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o l'indagato possono chiedere l'utilizzo dell'incidente probatorio anche al di fuori delle ipotesi normalmente previste. In base all'*art. 398*, comma 5 *bis*, c.p.p. - anch'esso novellato dal d.l. n. 11 del 2009 - nelle indagini relative ai citati delitti (ad eccezione dei maltrattamenti in famiglia, che non vengono richiamati) il giudice, con l'ordinanza che accoglie la richiesta di incidente probatorio riguardante un minorenni, quando le esigenze di quest'ultimo lo rendano necessario ed opportuno, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari con cui si procede

all'assunzione della prova. All'udienza, che può svolgersi anche presso strutture specializzate di assistenza ovvero presso la stessa abitazione del minore, la testimonianza deve essere documentata integralmente con riprese audio-video e verbalizzata in forma riassuntiva. Ebbene, le modifiche proposte dal d.d.l. in esame mirano ad inserire nel catalogo dei delitti che consentono il ricorso a questo mezzo di acquisizione della prova, eventualmente con le citate particolari modalità, la nuova fattispecie di adescamento di minorenni.

La lett. i), inserita dal Senato, novella l'articolo 407, comma 2 lett. a), c.p.p., integrando con il reato di commercio di materiale pornografico minorile (*art. 600 ter*, comma 2, c.p.) il catalogo dei reati per i cui procedimenti la durata massima delle indagini preliminari è di due anni.

La lett. l) interviene infine sulla disciplina del patteggiamento *ex art. 444 c.p.p.*, per escluderne l'applicazione per tutte le ipotesi di prostituzione minorile, definite dall'*art. 600 bis c.p.*

L'*art. 6 d.d.l.*, novellando la l. 27 dicembre 1956, n. 1423, sulle misure di prevenzione personali, prevede che il giudice possa prescrivere il divieto di avvicinamento a luoghi determinati, abitualmente frequentati da minori, mentre l'*art. 7 d.d.l.* interviene in materia di concessione di benefici penitenziari ai condannati per delitti di prostituzione minorile e pedopornografia, nonché di violenza sessuale. In particolare il comma 1, novellando l'*art. 4 bis*, comma 1 *quater*, ord. penit., amplia il catalogo dei delitti rispetto ai quali l'accesso ai benefici penitenziari è subordinato ai risultati positivi dell'osservazione scientifica della personalità del detenuto; il comma 2, inserito dal Senato, subordina la concessione dei benefici ai detenuti per delitti di prostituzione e pornografia minorile, atti sessuali con minorenni e violenza sessuale in

danno di minori alla positiva partecipazione ad un programma di riabilitazione specifica. Il nuovo art. 13 *bis* ord. penit., inserito dal Senato con il comma 3, individua poi uno specifico trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno cui possono sottoporsi i condannati per reati di sfruttamento sessuale dei minori.

Merita di essere altresì segnalato l'art. 9 d.d.l., che novella l'art. 76 del t.u. sulle spese di giustizia (d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115), relativo alle condizioni per l'ammissione al patrocinio nel processo penale a spese dello Stato. Il d.d.l. interviene in particolare sul comma 4 *ter* - recentemente introdotto dal d.l. n. 11 del 2009 - ai sensi del quale può essere ammessa al patrocinio, anche in deroga ai previsti limiti di reddito, la persona offesa dai reati di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne e violenza sessuale di gruppo. Viene opportunamente ampliata la categoria dei reati, consentendo l'accesso al patrocinio in deroga ai limiti di reddito anche al minore offeso dalla commissione dei seguenti delitti: riduzione o mantenimento in schiavitù; prostituzione minorile; pornografia minorile; turismo sessuale; tratta di persone; acquisto e alienazione di schiavi; corruzione di minorenne; nonché adescamento di minorenni.

Prosegue, intanto, presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato, l'esame del d.d.l. cost. S. 2180, di iniziativa del sen. Gasparri e altri, recante «*Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*» (c.d. "lodo Alfano costituzionale").

Non è superfluo ricordare che l'art 1 l. 20 giugno 2003, n. 140 prevedeva detta sospensione per le cinque più alte cariche dello Sta-

to (Presidente della Repubblica, Presidenti di Camera e Senato, Presidente del Consiglio dei Ministri, Presidente della Corte costituzionale). C. cost., sent. 20 gennaio 2004 n. 24, ne ha però dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., fissando alcuni principi fondamentali, come l'incostituzionalità della previsione dell'automatismo generalizzato della sospensione, lesivo del diritto di difesa dell'imputato.

L'art. 1 l. 23 luglio 2008, n. 124 riproponeva la sospensione per le quattro più alte cariche dello Stato (escluso il Presidente della Corte costituzionale, su indicazione della precedente sentenza di incostituzionalità), correggendo le parti della normativa sulle quali si era soffermato il giudizio d'incostituzionalità; ma C. cost., sent. 19 ottobre 2009 n. 262, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 138 Cost., in relazione alla disciplina delle prerogative di cui agli artt. 68, 90 e 96 Cost., precisando che - trattandosi di «prerogative costituzionali o immunità in senso lato» - ne conseguiva l'inidoneità della legge ordinaria a disciplinare la materia.

La sospensione del processo penale per reati extra-funzionali (nei confronti - questa volta - del Presidente della Repubblica e del Consiglio dei Ministri, oltre che dei Ministri, con riferimento alle precisazioni contenute nelle motivazioni dell'ultima decisione della C. cost.) è così confluita nel sopra cit. d.d.l. cost., presentato il 12 maggio 2010, «a tutela dell'interesse al sereno svolgimento delle funzioni che fanno capo alle alte cariche dello Stato» (così la Relazione di accompagnamento).

La Commissione Affari Costituzionali del Senato ha, peraltro, approvato un emendamento volto a ridurre ulteriormente i soggetti coperti dallo "scudo immunitario", escludendo i Ministri dall'ambito di applicazione della legge.

Corti europee

CRISTIANA VALENTINI

Con la decisione del 10 settembre 2010, *Requête n. 31333/06, Mc Farlane c. Irlanda*, la Corte e.d.u. enuncia il principio «per cui il ricorrente non può essere ritenuto corresponsabile del ritardo per il solo fatto di aver scelto di ricorrere a tutti gli strumenti che la legge pone in sua difesa», mentre «l'obiettivo complessità di un procedimento penale non giustifica ritardi imputabili a carenze organizzative degli uffici».

La Corte torna, dunque, ad elaborare il concetto di ragionevole durata, scavando nelle caratteristiche di un procedimento penale irlandese ed affinando snodi già espressi in un numero cospicuo di precedenti pronunzie sul tema.

Nel caso di specie il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 6 § 1 Cedu per due distinte ragioni: *in primis* egli avrebbe avuto contezza delle accuse rivolte contro di lui solo quindici anni dopo la data di commissione dei reati contestatigli e la contestuale emergenza dei primi sospetti a suo carico.

Rilevava, in secondo luogo, il ricorrente come dopo la prima contestazione formale delle imputazioni, la causa sarebbe terminata solo nell'anno 2008, con una complessiva durata della fase "ufficiale" di dieci anni e sei mesi.

Il ricorrente esponeva nel dettaglio i momenti chiave del procedimento: arrestato in data 5 gennaio 1998, durante l'interrogatorio in carcere egli avrebbe appreso per la prima volta le accuse mosse nei suoi confronti per fatti del 1983, ovvero sequestro di persona e

detenzione abusiva di armi; nell'occasione apprendeva del pari che i primi consistenti indizi nei suoi confronti sarebbero emersi al tempo della commissione del reato, risalente appunto a quindici anni prima.

Nel 1999 il ricorrente veniva informato della perdita di una parte degli elementi di prova raccolti nei suoi confronti: oggetti recanti le sue impronte digitali, secondo esami compiuti dalla polizia scientifica. Appreso il fatto, egli attivava una serie di rimedi giurisdizionali finalizzati ad ottenere, in buona sostanza, una dichiarazione d'improcedibilità delle accuse mosse nei suoi confronti a cagione dello smarrimento dei reperti e della probabile iniquità del procedimento basato su materiale probatorio non verificabile.

Il controllo giurisdizionale invocato dal ricorrente si concludeva con esito favorevole nel 2003, con una decisione della *High Court* secondo la quale la perdita dei reperti avrebbe effettivamente potuto costituire una causa di iniquità del processo. Contro siffatta decisione interponeva, poi, appello il pubblico ministero con impugnazione accolta nel 2006: ribaltando la precedente decisione, i giudici avevano stabilito che la perdita degli oggetti recanti asseritamente le impronte digitali del ricorrente non avrebbe leso l'equità del processo, posto che comunque i risultati delle operazioni di raccolta risultavano conservati nei rapporti degli esperti di polizia scientifica.

La causa di merito veniva iscritta a ruolo solo in data 14 marzo 2008 e si concludeva il

successivo 26 giugno dello stesso anno con il proscioglimento del ricorrente per mancanza di prove.

La (minimamente dettagliata) esposizione delle tappe processuali della vicenda risulta indispensabile per comprendere la decisione della Corte: secondo la difesa del governo irlandese, l'art. 6 della Convenzione reca un concetto preciso e ineludibile di inizio del procedimento penale, coincidente con il momento della formulazione del primo atto formale d'accusa. Nel caso di specie, ciò risulta avvenuto al momento dell'interrogatorio in carcere del 1998: prima di tale momento non esisterebbe alcun interesse nel ricorrente a chiedere ragione della durata del processo, proprio perché prima di allora di processo non potrebbe parlarsi.

Considerando poi la durata del processo a partire dal 1998, secondo il Governo i rallentamenti sarebbero stati cagionati dalle istanze promosse dal ricorrente, di tal che questi sarebbe responsabile dei ritardi in egual misura dell'autorità investigativa e giudiziaria.

La decisione della Corte risulta fondata su di una premessa essenziale: secondo costante giurisprudenza della medesima Corte e.d.u., per comprendere se la durata di una procedura sia stata effettivamente irragionevole o meno, occorre tenere conto, da un lato, della complessità della materia trattata, dall'altro dei comportamenti tenuti tanto dalle autorità quanto dal ricorrente.

D'altra parte, rileva la Corte, il momento della prima contestazione dell'accusa è dirimente al fine di valutare l'inizio effettivo del procedimento e, dunque, il periodo valutabile in termini di ragionevole durata.

Poste queste premesse, la Corte ha ritenuto che non risulta computabile, al fine di valutare il rispetto del principio di cui all'art. 6 § 1 Cedu, il periodo compreso tra il 1983 e il 1998, «trattandosi di un tempo in cui è mancata qualsiasi formalizzazione e notificazione delle

imputazioni nei confronti del ricorrente». Per converso, rileva la Corte, tra la data dell'arresto del ricorrente - atto accompagnato dalla contestazione delle accuse - ed il suo proscioglimento sono trascorsi ben dieci anni e sei mesi.

«La procedura espletata durante questi anni risulta obiettivamente complessa; dato questo che, però, non giustifica ritardi imputabili solo a carenze organizzative degli uffici, né implica che il ricorrente sia corresponsabile del ritardo per il solo fatto di aver scelto di ricorrere a tutti gli strumenti che la legge pone in sua difesa».

Di particolare rilievo appare l'esplicitazione del principio per cui il ricorrente non può essere ritenuto corresponsabile del ritardo a cagione delle proprie opzioni difensive ovvero per aver scelto di ricorrere a tutti gli strumenti che la legge offre in sua difesa.

Le particolarità del caso appaiono illuminanti, laddove si osservi che l'arco di tempo sacrificato dai rimedi azionati dal ricorrente per impedire l'apertura del procedimento di merito e dalle conseguenti reazioni del pubblico ministero, aveva impegnato i due terzi del periodo assoggettato alla valutazione della Corte e.d.u. e giudicato irragionevole.

Merita qui rammentare come non risulti, all'interno della giurisprudenza edita, casi in cui la Corte abbia chiarito in modo altrettanto netto che «le scelte difensive dell'imputato non sono in grado di incidere sulla valutazione della ragionevole durata del processo»: in precedenza essa ha avuto modo di puntualizzare, peraltro, che anche eventuali condotte dilatorie, tenute dai ricorrenti all'interno del procedimento penale, non escludono che la sua durata possa essere giudicata irragionevole allorquando siano comunque risultate prive di giustificazione lunghe stasi provocate dall'autorità inquirente o giudicante (Corte e.d.u., 24 luglio 2003, Smirnova e altro c. Russia).

Più in genere si rammenta come, nel valutare la ragionevolezza della durata del procedimento, la Corte non ometta mai di esaminare la complessità oggettiva del medesimo, «rivelata dalla gravità delle accuse e/o dalla molteplicità di attività di attività probatorie da espletare» nella situazione specifica sottoposta al suo esame (esemplarmente v. Corte e.d.u., 26 febbraio 2003, Messina c. Italia).

Devesi rilevare, ancora, come con la decisione qui in esame la Corte ha perso un ottimo spunto per un indispensabile chiarimento in merito al c.d. termine iniziale, a partire dal quale deve essere valutata la ragionevolezza della durata complessiva del procedimento.

Come si è notato sopra, in effetti, il ricorrente lamentava non solo l'eccessiva durata del procedimento penale a partire dal momento in cui egli stesso aveva avuto contezza della sua esistenza, all'atto dell'arresto e dell'interrogatorio, ma anche che le accuse fossero state formalizzate e notificate ben 15 anni dopo i fatti delittuosi e il contestuale emergere dei primi indizi a suo carico.

Su questo punto la Corte si è limitata al rilievo per cui sarebbe il momento della prima contestazione dell'accusa a risultare dirimente al fine di valutare l'inizio effettivo del procedimento e, dunque, il periodo valutabile in termini di ragionevole durata.

Trattasi di principio già espresso in precedenza dalla Corte allorché essa ha stabilito che il termine ragionevole dell'art. 6, § 1, ha inizio nell'istante in cui una persona viene accusata: può trattarsi del momento dell'arresto, dell'iscrizione nel registro degli indagati o dell'apertura delle indagini preliminari. L'accusa, poi, a termini dell'art. 6, § 1, potrebbe essere definita come la «notifica ufficiale, proveniente dall'autorità competente, della contestazione di aver commesso un illecito penale», concetto che richiama anche la nozione di «ripercussioni importanti

sulla situazione del sospettato» (Corte e.d.u., sez. II, 22 giugno 2000, Coeme ed altri c. Belgio).

Come può notarsi dal precedente appena evocato, il c.d. termine iniziale della durata ragionevole risulta tutt'altro che individuato in modo certo, correndo ad esempio, come noto, evidenti differenze tra il momento dell'iscrizione della notizia di reato e quello dell'arresto; d'altro canto, siffatta incertezza consente alle autorità nazionali arbitri anche notevoli nei confronti degli individui assoggettati a procedimento penale, con potenziale compromissione del diritto dell'imputato di ottenere l'ammissione di ogni mezzo di prova a suo favore, quando si rifletta che il mancato chiarimento del termine iniziale conduce a giustificare casi in cui la potenziale distanza tra la data del fatto e quella della contestazione finisce con l'impedire in concreto all'imputato l'esercizio del diritto di difesa: tanto, in effetti, risulta essere accaduto nel caso appena esaminato.

È appena il caso di rilevare come significativi aspetti della *querelle* evocano, tra l'altro, il tema – tutto italiano – dell'iscrizione della *notitia criminis* e dell'eventuale sanzione processuale nei confronti del pubblico ministero che iscriva con ritardo la notizia medesima al fine di dilatare i termini delle indagini preliminari.

Sarebbe fortemente auspicabile che la Corte e.d.u. intervenisse sul punto, in particolare chiarendo due aspetti: anzitutto se rilevi, quale *terminus a quo* della c.d. ragionevole durata, solo il momento in cui l'indagato ha conoscenza del procedimento a suo carico, in una delle varie forme all'uopo ipotizzabili, ovvero se – come affermato nella decisione *Messina c. Italia* sopra citata – possa rilevare anche l'inizio di indagini preliminari soggettivamente orientate. In secondo luogo, sarebbe altrettanto auspicabile che la Corte evidenziasse come l'incuria o l'artificio delle autorità inquirenti nel dilazionare il momento del-

la cristallizzazione/contestazione dell'accusa non possano incidere sul termine iniziale del procedimento.

* * *

Nella *decisione del 4 novembre 2010, Requete n. 34588/07, Darraj c. Francia*, la quinta sezione della Corte ha affrontato un caso di maltrattamenti da parte della polizia.

Il ricorrente invocava la violazione dell'articolo 3 Corte e.d.u. per essere stato vittima di grave pestaggio durante un fermo per identificazione. Egli era stato controllato dalla polizia mentre si trovava a bordo di un'auto parcheggiata, che gli agenti sospettabano essere compendio di furto; privo di documenti, il ragazzo era stato condotto in caserma per l'identificazione e, al suo rifiuto di essere ammanettato, i poliziotti l'avevano picchiato in modo violento, procurandogli lesioni personali gravissime.

Il procedimento penale instaurato nei confronti degli agenti si era concluso in primo grado con la condanna degli stessi a quattro anni e otto mesi di reclusione, pena ridotta in secondo grado ad un'ammenda di 800 euro nonché ad un risarcimento del danno di 5000 euro.

La Corte europea ha constatato anzitutto come l'uso della forza fisica potesse essere agevolmente evitato dagli agenti, e che, comunque, esso è stato privo di proporzionalità rispetto alla resistenza opposta dal ricorrente.

I giudici di Strasburgo sono poi giunti alla conclusione che la reazione approntata in sede nazionale a sanzionare il comportamento degli agenti sia stata inadeguata, ovvero inadeguata ad esplicare un reale effetto deterrente così come inadeguato è stato il risarcimento disposto in favore della vittima dai giudici francesi.

Ciò ha comportato, secondo la Corte, che il

ricorrente potesse ancora proclamarsi "vittima" di una violazione della Convenzione ex art. 34 Cedu, e che egli abbia subito una lesione del suo diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, sancito dall'art. 3 della Convenzione.

* * *

Nella *decisione del 16 novembre 2010, Requête n. 15256/07, Hernandez c. Spagna* la Corte ha stabilito che la condanna della ricorrente in fase di seconde cure, dopo un primo grado con esito assolutorio, «senza che l'imputata abbia avuto occasione di essere sentita personalmente e di contestare le prove mediante un esame contraddittorio nel corso di un'udienza pubblica, non è conforme con le esigenze di un processo equo come complessivamente garantito dall'art. 6, § 1 della Convenzione».

La ricorrente era, all'epoca dei fatti, medico del pronto soccorso ed era stata accusata di lesioni colpose.

Dopo un giudizio in contraddittorio, il giudice di prime cure aveva assolto la ricorrente, fondando la propria decisione sulla base delle testimonianze. In particolare, il giudice aveva ritenuto non sufficientemente verificato che un trattamento medico diverso da quello effettivamente elargito al paziente, avrebbe impedito le conseguenze dannose verificatesi.

La vittima del reato aveva poi presentato appello e, in una decisione resa senza previa udienza pubblica, l'"Audiencia Provincial" aveva accolto il ricorso del paziente e condannato la ricorrente: secondo il giudice d'appello i fatti, come descritti nel processo di primo grado, sarebbero stati sufficienti ad affermare la negligenza della ricorrente.

La difesa del Governo spagnolo osservava come l'"Audiencia Provincial" si fosse esclusivamente basata su degli elementi di prova

già presenti nel fascicolo e si fosse limitata a modificare l'apprezzamento dei fatti da un punto di vista giuridico.

Da parte sua, la ricorrente sosteneva che il giudice d'appello aveva invece proceduto ad una nuova valutazione dei fatti emersi dall'istruttoria; nella misura in cui siffatta nuova valutazione era stata effettuata «al di fuori di un'udienza pubblica e senza l'acquisizione di nuove prove», si assisterebbe alla violazione del diritto a beneficiare di un processo equo, a termini dell'art. 6, § 1 e § 3, Cedu.

È interessante rilevare come la Corte e.d.u. ricordi in premessa che le garanzie elencate al § 3 dell'art. 6 devono considerarsi quali aspetti particolari del diritto a un processo equo, garantito dallo stesso art. 6, § 1, sicché le ragioni del ricorrente debbono essere esaminate sulla base del § 3 combinato con i principi enunciati dal § 1 del medesimo articolo 6 Cedu.

La Corte e.d.u. ha sostenuto che, al fine di determinare se c'è stata violazione del giusto processo, occorre esaminare il ruolo dell'"Audiencia Provincial" e la natura delle questioni su cui essa è stata chiamata a pronunciarsi. Insomma, sarà d'obbligo verificare, alla luce delle circostanze particolari di ogni caso di specie, se «la giurisdizione incaricata di pronunciarsi sull'appello, abbia proceduto o meno a una nuova valutazione degli elementi di fatto».

Ebbene, nel caso *de quo*, il giudice d'appello risulta aver riformato la decisione impugnata, stimando, «senza sentire personalmente né la ricorrente, né i testimoni che avevano deposto davanti al giudice penale», che il ruolo occupato dalla ricorrente esigeva una diligenza superiore a quella di cui essa aveva dato prova nella relazione con il paziente (p. 32 nel testo: «L'Audiencia infirma le jugement entrepris et estima, sans entendre personnellement ni la requérante ni les

témoins qui avaient déposé devant le juge pénal, que le poste occupé par la requérante exigeait une diligence accrue, supérieure à celle dont elle avait fait preuve vis-à-vis du patient concerné»). L'"Audiencia Provincial" non si è limitata, dunque, ad una nuova valutazione di elementi di natura schiettamente giuridica, ma si è pronunciata su una questione di fatto, «modificando la descrizione degli eventi così come ritenuti dal giudice di primo grado».

Tali essendo le questioni trattate in appello, la Corte stima che la condanna della ricorrente in fase di seconde cure, non è stata adeguata rispetto alle esigenze di un processo equo come complessivamente garantito dall'art. 6, § 1, della Convenzione.

Paiono cospicui gli spunti della decisione con riferimento a talune problematiche del processo penale italiano.

Si osservi: è noto che la Corte e.d.u. ha sempre negato che l'art. 6 Cedu, in sé e per sé considerato, possa essere invocato al fine d'imporre agli Stati l'obbligo di garantire un secondo grado di giurisdizione; è del pari altrettanto noto che laddove, però, il singolo Stato istituisca forme di controllo sulla decisione di prime cure, ad esso incombe l'obbligo di garantire che la fase di "controllo" sia assistita dalle stesse garanzie fondamentali dell'art. 6 Cedu, quantomeno nel caso in cui un'istanza di appello è proposta per conoscere una questione tanto in fatto, quanto in diritto. In casi del genere la corte d'appello «non può, per motivi di equità del processo, decidere di tali questioni senza l'apprezzamento diretto dei mezzi di prova presentati dall'accusato in persona che sostengono che non ha commesso il reato» (Corte e.d.u., 6 giugno 2004, Requet n. 50545/99, Dondarini c. San Marino).

Rispetto a siffatta giurisprudenza consolidata, l'*affaire Hernandez* pare caratterizzarsi per un significativo chiarimento - occasiona-

to dalle caratteristiche peculiari del caso specifico - in merito a cosa debba intendersi per "apprezzamento diretto" del materiale probatorio presente nel fascicolo.

In effetti, pare oggi doversi ritenere che le garanzie del processo *équitable* implicano che il giudice d'appello chiamato a valutare il fatto, «non possa evitare di sentire perso-

nalmente l'imputato e i testimoni»: trattasi di principio fornito di potenziali ripercussioni intense sul nostro diritto interno, eppure indiscutibile laddove si rifletta che la condanna della Spagna è sopravvenuta esattamente perché il giudice spagnolo di secondo cure risultava aver deciso «sans entendre personnellement ni la requérante ni les témoins».

Corte costituzionale

DONATELLA CURTOTTI

La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2 lett. d), d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti), limitatamente all'inciso «salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli artt. 163 e 175 c.p.p.».

Con ordinanza dell'11 dicembre 2009, viene sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., questione di legittimità costituzionale della norma *de qua* nella parte in cui non consente di eliminare dal casellario giudiziale le iscrizioni relative ai provvedimenti di condanna per contravvenzioni per le quali sia stata inflitta la pena dell'ammenda, una volta trascorsi dieci anni dal giorno in cui la pena è stata eseguita o comunque estinta, nel caso in cui con tali provvedimenti siano stati concessi i benefici della sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.) e/o la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 c.p.).

Il giudice rimettente osserva «come la permanenza delle iscrizioni (nel caso in cui siano stati concessi i benefici predetti) determina un trattamento irragionevolmente deteriore dei soggetti ritenuti meritevoli dei benefici *de quibus* rispetto a coloro i quali non abbiano potuto "inizialmente" giovare degli stessi. Costoro, infatti, dopo aver ottenuto la cancellazione dei relativi provvedimenti di condanna una volta decorso il termine decennale previsto dalla norma censurata pos-

sono ancora usufruire dei benefici indicati in riferimento ad una eventuale, successiva condanna».

La questione viene ritenuta fondata dalla Corte in ragione della natura eccezionale del trattamento riservato dalla legge nel caso di specie. La possibilità della cancellazione è stata esclusa, sin dal codice 1930, per i provvedimenti con cui siano stati concessi i benefici di cui agli artt. 163 e 175 c.p.; la finalità – per quanto riguarda il primo – è deducibile dal quarto comma dell'art. 164 c.p. che escludeva, nella sua originaria formulazione, la concedibilità del beneficio per più di una volta; per quanto riguarda il secondo, la *ratio* dell'esclusione si rinviene nel terzo comma dell'art. 175 c.p. che prevede la revoca dell'ordine di menzione qualora il condannato commetta successivamente un delitto.

In ragione dell'evoluzione legislativa, per i giudici costituzionali «si impone una riconsiderazione della preclusione derivante dalla norma censurata, che vieta, sempre e comunque, la cancellazione dal casellario giudiziale della condanna dell'ammenda nel caso di specie». In particolare, si richiama la dichiarazione di illegittimità costituzionale che ha colpito l'art. 164 c.p. (sent. n. 73 del 1971), nella parte in cui escludeva che potesse concedersi una seconda sospensione condizionale nel caso di delitto anteriormente commesso ad una pena che, cumulata con quella già sospesa, non superasse i limiti per l'applicabilità del beneficio (poi regolarizzata dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (Provvedimen-

ti urgenti sulla giustizia penale), conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220. Analogamente, si ricorda l'art. 460, comma 5, c.p.p., ai sensi del quale «il reato è estinto se, nel termine di cinque anni (in caso di delitto) o nel termine di due anni (in caso di contravvenzione), l'imputato non commette un altro reato della stessa indole. In tal caso, la condanna non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena».

Quanto al beneficio della non menzione nel casellario giudiziale, la Corte richiama la modifica dell'art. 460, comma 2, c.p.p., operata dal d.l. 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni della disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), conv. in l. 5 giugno 2000, n. 144, in ragione del quale il giudice, nel provvedere alla condanna per decreto, non può disporre la non menzione nel detto certificato a richiesta dei privati.

«Il tendenziale attenuarsi del rigore delle preclusioni e la progressiva scomparsa del riferimento ai benefici nelle disposizioni riguardanti le condanne per reati di minore gravità, mettono in risalto un evidente squilibrio tra il bene protetto dalla norma sulla cancellazione delle iscrizioni per le condanne alla sola pena dell'ammenda e la cautela adottata dal legislatore, a partire dal 1930, volta ad impedire che i beneficiari dei provvedimenti di cui agli artt. 163 e 175 c.p. possano nuovamente fruirne nel caso di successive violazioni della legge penale. Innanzitutto, c'è da rilevare il lungo lasso di tempo che deve intercorrere tra la condanna e la possibilità di chiedere la cancellazione (dieci anni dall'estinzione della pena), che già supera del doppio quello previsto per tutte le condanne a pene pecuniarie irrogate dal giudice di pace. In secondo luogo, diventa stridente la diversità di trattamento fra condannati alla pena dell'ammenda per i medesimi reati.

Mentre originariamente la cautela contro possibili trasgressioni successive, che rendeva retroattivamente immeritevoli dei benefici coloro che ne avessero goduto, veniva ritenuta prevalente sul diritto a pretendere che non sia conservata memoria di infrazioni "bagatellari", oggi si deve ritenere che il bilanciamento fra le due opposte tutele - quella del "diritto all'oblio" (...) e quella contrapposta di precludere un'indebita reiterazione dei benefici - porti alla prevalenza della prima. Difatti, tale reiterazione è ammessa in un numero crescente di casi e per altro verso si tende, per le pene più lievi, ad eliminare la possibilità stessa di concedere tali benefici, che finiscono, nella pratica, per produrre più danni che vantaggi ai destinatari» (*Corte costituzionale, sentenza 8 ottobre 2010, n. 287*).

* * *

La Corte dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 3, l. 16 luglio 1997, n. 234 (Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale), nella parte in cui non prevedono che il decreto di citazione a giudizio, emesso dal giudice per le indagini preliminari in seguito ad opposizione a decreto penale di condanna, debba essere preceduto, a pena di nullità, dall'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio, ai sensi dell'art. 375, comma 3, c.p.p.

Ad avviso del giudice rimettente, la cui ordinanza è datata 22 marzo 1999 ed è trasmessa alla Corte dopo oltre dieci anni (il 18 gennaio 2010), la mancata previsione dell'invito a presentarsi e la conseguente negazione all'imputato della possibilità di contestare anticipatamente il fondamento dell'accusa in sede di interrogatorio comporterebbero una violazione del principio di eguaglianza e del diritto di difesa. L'oppo-

nente a decreto di condanna verrebbe trattato in modo ingiustificatamente discriminato rispetto all'imputato nei cui confronti si procede nei modi ordinari e, in particolare, tramite citazione diretta a giudizio ai sensi dell'art. 555 c.p.p. «Mentre con l'interrogatorio che deve precedere il decreto di citazione a giudizio l'imputato ha la possibilità di difendersi in via preliminare dalle accuse mossegli (...), assai più ridotte risulterebbero le possibilità di difesa dell'opponente, citato a giudizio ai sensi degli artt. 464 e 456 c.p.p.; quest'ultimo non sarebbe né in grado di rimuovere preliminarmente l'imputazione (...) né di formulare elementi atti a far vacillare il castello accusatorio».

La Corte, con riferimento all'art. 3 Cost., rileva come l'asserita esigenza di prevedere una anticipazione del contraddittorio, nelle forme suddette, sulla base di un raffronto con la disciplina del rito ordinario risulti «contraddetta dalle caratteristiche del procedimento per decreto penale, che, per la sua struttura di rito a contraddittorio eventuale e differito, improntato a criteri di economia processuale e di speditezza, non è comparabile, come tale, con gli altri modelli delineati dalla disciplina del processo penale (ordinanza n. 326 del 1999): e ciò, neppure alla stregua delle innovazioni introdotte dalla legge n. 234 del 1997, poiché nel procedimento per decreto l'esigenza di garantire la conoscenza dell'indagine si trasferisce sulla fase processuale, conseguente all'opposizione».

In riferimento all'ipotizzata lesione dell'articolo 24 Cost., la Corte osserva che nel procedimento per decreto l'esperimento dei mezzi di difesa, con la stessa ampiezza dei procedimenti ordinari, si colloca parimenti nella fase susseguente all'opposizione: rimanendo escluso, al tempo stesso, che alla previsione di un contraddittorio antecedente l'esercizio dell'azione penale possa asse-

gnarsi il carattere di necessario svolgimento della garanzia costituzionale della difesa, garanzia che si esercita nel processo e che – tanto più nel quadro del processo di tipo accusatorio – postula primariamente, come interlocutore dell'interessato, il giudice e non la parte pubblica (ordinanza n. 326 del 1999). In aggiunta a ciò, l'introduzione dell'obbligo del previo invito a presentarsi per l'interrogatorio, quale condizione di validità del decreto che dispone il giudizio emesso dal giudice per le indagini preliminari a seguito dell'opposizione (e, dunque, successivamente all'esercizio dell'azione penale), lungi dal riportare ad unità la disciplina dei diversi riti, «comporterebbe l'atipica collocazione di un atto, proprio della fase delle indagini preliminari, nell'ambito della fase del giudizio».

La Corte, peraltro, non si esime dal rimarcare che successivamente all'ordinanza di remissione – inviata «con patologico ritardo» – è intervenuta la legge 16 dicembre 1999, n. 479, la quale, nell'ambito di una più generale revisione del procedimento penale dinanzi al tribunale, anche in composizione monocratica, ha modificato la disciplina introdotta dalle norme censurate. Per effetto della novella, il previo invito all'indagato a presentarsi per rendere l'interrogatorio non costituisce più un antecedente imprescindibile, stabilito a pena di nullità, della richiesta di rinvio a giudizio o del decreto di citazione diretta a giudizio, quali atti di esercizio dell'azione penale: la garanzia difensiva è ora costituita dalla notifica all'indagato di un «avviso della conclusione delle indagini preliminari» (art. 415 *bis* c.p.p.) e dalla previsione di nullità, rispettivamente della richiesta di rinvio a giudizio e della citazione diretta a giudizio, in caso di omissione di detto avviso ovvero dell'invito a rendere interrogatorio, se richiesto dall'indagato entro venti giorni dalla notifica dell'avviso stesso (artt. 416,

comma 1, secondo periodo, e 552, comma 2, c.p.p.).

Solo per completezza, mette conto di rammentare che anche detta nuova disciplina è stata sottoposta a scrutinio da parte di questa Corte, per la mancata previsione della ricordata nuova garanzia difensiva nel procedimento per decreto: scrutinio che si è ugualmente concluso con la dichiarazione della manifesta infondatezza delle questioni sollevate; essendosi, in particolare, rilevato che

l'innesto della disciplina dell'avviso di conclusione delle indagini nel procedimento monitorio ne snaturerebbe la struttura e le finalità, inserendovi una procedura incidentale che potrebbe determinare una notevole dilatazione temporale, e si sostanzierebbe in una garanzia che, oltre ad essere costituzionalmente non imposta, si rivelerebbe del tutto incongrua rispetto ai caratteri del rito speciale (ordinanze nn. 131 e 32 del 2003) (*Corte costituzionale, ordinanza 11 novembre 2010, n. 317*).

Sezioni Unite

TERESA BENE

In relazione all'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione, le Sezioni Unite hanno ribadito un principio già affermato in una precedente pronuncia (sent. 1° giugno 2000, n. 9) secondo il quale l'emissione di tale provvedimento determina nei confronti dello stesso ufficio del pubblico ministero una preclusione endoprocedimentale che inibisce, in assenza del decreto di riapertura delle indagini, la ripresa delle indagini e le iniziative cautelari, ma soprattutto l'esercizio dell'azione penale con riferimento allo stesso fatto oggetto del provvedimento di archiviazione. Dunque, non solo la inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione, a differenza di quanto previsto dalla disciplina del codice di rito del 1930, secondo la quale, il decreto di non doversi promuovere l'azione penale emesso dal giudice istruttore non aveva effetto preclusivo (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 20 settembre 2010, n. 33885).

* * *

È stata affermata la piena sussistenza del diritto dell'imputato detenuto a presenziare al giudizio camerale d'appello avverso la sentenza pronunciata in sede di giudizio abbreviato, anche ove questi si trovi fuori dalla circoscrizione del giudice che procede, purché ovviamente ne faccia espressa richiesta, non operando la regola della presentazione almeno cinque giorni prima, ma quella spe-

ciale dell'art. 599 c.p.p. relativa al giudizio di appello che non fissa alcun termine rigido per la manifestazione della volontà di comparire. Tuttavia, ciò non esclude che la richiesta debba essere presentata con modalità tali da consentire la traduzione dell'imputato in udienza, salvo ovviamente che questi non possa osservare dette modalità come nel caso in cui sia stato ristretto immediatamente a ridosso dell'udienza.

Le sezioni unite hanno chiarito che il principio opera anche nell'ipotesi in cui l'imputato si trovi agli arresti domiciliari o soggetto ad un'altra misura restrittiva della libertà personale che non gli permetta di presentarsi liberamente all'udienza.

Ne consegue che il giudice d'appello del rito abbreviato, ove l'imputato sottoposto a misura restrittiva abbia manifestato tempestivamente la volontà di essere presente, ma non abbia potuto rivolgersi al giudice competente per chiedere l'autorizzazione a recarsi in udienza, o questi non la abbia concessa, non potrà procedere allo svolgimento della stessa dovendo disporre la traduzione per la successiva udienza. La violazione di tale prescrizione determina una nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e della successiva pronuncia, ai sensi dell'art. 178, lett. c), e 179, c.p.p.

Viene così definitivamente esclusa la validità del più risalente e restrittivo orientamento secondo il quale, poiché il giudizio di appello avverso una sentenza pronunciata nel giudizio abbreviato si svolge in camera

di consiglio in virtù del richiamo operato dall'art. 443, comma ultimo, all'art. 599 c.p.p., che a sua volta si richiama l'art. 127 c.p.p. per la procedura camerale, dovrebbero applicarsi anche le norme dell'art. 127 c.p.p. relative alla partecipazione all'udienza del soggetto detenuto, e ai termini previsti per la comparizione. Con la decisione in esame si afferma, al contrario, l'assoluta prevalenza del diritto fondamentale dell'imputato ad essere presente nel giudizio camerale in cui si decide comunque sulla sua responsabilità. Tale conclusione si basa su una più rigorosa interpretazione letterale e sistematica del comma 2 dell'art. 599 c.p.p. che non ripete la locuzione contenuta nel comma 4 dell'art. 127 c.p.p. ed appare più conforme ai principi del giusto processo e del contraddittorio sanciti dall'art. 111 Cost. La riferita interpretazione, infine, trova anche conforto nell'art. 6, comma 3 lett. c), d), e), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella previsione di cui all'art. 14, comma 3 lett. d), e), f), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, e nella sentenza della Corte costituzionale n. 45 del 1991 (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 1° ottobre 2010, n. 35399).

Investite della questione relativa alla sussistenza o meno della preclusione al ricorso al cd. "patteggiamento allargato" per i soggetti gravati da recidiva reiterata a norma del comma 4 dell'art. 99 c.p.p., le sezioni unite hanno ritenuto, aderendo alla decisione della Corte Costituzionale n. 192 del 14 giugno 2007, che la recidiva, considerata la sua natura di circostanza aggravante, deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero ma può ben essere esclusa dal giudi-

ce (sempreché non si tratti del caso previsto dal comma 5 di detto articolo), ove non la ritenga espressione di maggior colpevolezza o pericolosità del reo. Ne consegue che non solo possono venire sterilizzati i suoi effetti sulla determinazione della pena, ma anche quelli ulteriori relativi al divieto di prevalenza delle attenuanti, al limite minimo di aumento di pena per il cumulo di cui all'art. 81, comma 4, c.p.p., all'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 bis, c.p.p. (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 5 ottobre 2010, n. 35738).

È stato composto un contrasto di giurisprudenza, relativo alla sussistenza del diritto del difensore della persona arrestata o fermata di prendere visione delle richieste in ordine alla libertà personale, e degli elementi su cui le stesse si fondano, trasmesse dal pubblico ministero al giudice dell'udienza di convalida a norma dell'art. 390, comma 3 bis, c.p.p., affermando il diritto di esaminare, e il diritto di estrarre copia degli atti stessi; dal rigetto della richiesta ne deriva una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, sanabile a norma dell'art. 182, comma 2, se non eccipita nell'udienza di convalida. (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 11 ottobre 2010, n. 36212).

Circa la possibilità di una contestuale applicazione della sospensione condizionale della pena, quale causa estintiva del reato, e l'indulto, quale causa estintiva della sanzione, è stato affermato il principio secondo cui l'indulto non concorre con la sospensione condizionale della pena, dal momento che que-

st'ultima prevale sull'indulto.

In proposito, deve escludersi l'applicazione della previsione di cui al comma 2 dell'art. 183 c.p., dal momento che non sussiste la condizione dell'attualità del concorso di cause di estinzione, atteso che mentre dall'applicazione dell'indulto consegue immediatamente l'estinzione della pena, dalla statuizione dell'art. 163 c.p. deriva la sospensione condizionale della pena e non direttamente l'estinzione della stessa che rimane evento futuro ed incerto. Ne consegue che non è cumulabile l'applicazione di entrambi i benefici considerato che il condono opera solo ed esclusivamente in relazione a pene suscettibili di esecuzione; sicché appare inconciliabile un'applicazione dello stesso in relazione ad una pena non suscettibile in quel momento di esecuzione, impedendosi così in concreto l'operatività del beneficio. D'altronde, dall'applicazione dell'indulto contestualmente al beneficio della sospensione condizionale possono derivare svantaggi per il condannato, atteso che in caso di sopravvenienza di altri titoli esecutivi, il condannato non potrebbe avvalersi in relazione ad essi dell'indulto, se non eventualmente per la parte residua. Tuttavia, le Sezioni Unite hanno ulteriormente affermato che, una volta applicato il beneficio della sospensione condizionale della pena, ove non risulti definitivamente estinto il reato con successiva revoca della sospensione, il condannato possa utilmente richiedere l'applicazione del provvedimento indulgenziale attraverso lo strumento dell'incidente di esecuzione (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 15 ottobre 2010, n. 36837).

* * *

In ordine al contrasto fra un recente e consolidato orientamento e un altro contrario, più risalente, al quale aveva però aderito l'ordi-

nanza impugnata, le Sezioni Unite hanno definitivamente chiarito che la deroga alla sospensione in periodo feriale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, prevista dall'art. 2, comma 2, l. 7 ottobre 1969, n. 742, riguarda anche le procedure incidentali aventi ad oggetto misure cautelari reali.

La Corte, preliminarmente, ha precisato che per identificare i procedimenti di criminalità organizzata ai quali si applica la disposizione normativa, non deve guardarsi alla situazione del singolo indagato, bensì alla sua collocazione nell'ambito dell'intero procedimento, dovendosi infatti ritenere procedimenti di criminalità organizzata esclusivamente quelli aventi ad oggetto un reato associativo. In considerazione di ciò, risulta dunque irrilevante che lo specifico reato contestato all'indagato sia eventualmente aggravato dal fine di agevolare un sodalizio mafioso, rilevando, al contrario, il solo fatto che la stessa contestazione si inserisca o meno nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto un reato associativo e pertanto qualificabile, per l'appunto, di criminalità organizzata.

Si ritiene, in definitiva, che non sussistano elementi, né testuali né logici, per escludere dal regime della non operatività della sospensione feriale per i procedimenti di criminalità organizzata le procedure incidentali in materia di misure cautelari reali. Il contrario orientamento, di più risalente origine, risulta essere a ben vedere il frutto di una impropria commistione fra le previsioni dei primi due commi dall'art. 2 della legge 7 ottobre 1969, n. 742. Invero, mentre il primo comma attribuisce rilievo esclusivamente alla volontà dell'imputato in stato di custodia cautelare (con esclusione di ogni considerazione in relazione alle misure personali non custodiali) di rinunciare alla sospensione feriale, il secondo "disciplina il dato og-

gettivo dell'avere, il procedimento, ad oggetto reati di criminalità organizzata". D'altronde, se la scelta del legislatore della non operatività della sospensione dei termini feriali nei procedimenti interessanti la delinquenza organizzata deriva dall'esigenza di evitare che il decorso dei termini procedurali delle indagini preliminari (nel cui ambito, per consolidata giurisprudenza, debbono ritenersi annoverati tutti i termini procedurali

in materia penale ivi compresi quelli inerenti i procedimenti incidentali concernenti l'impugnazione di provvedimenti in tema di misure cautelari) subisca pause potenzialmente pregiudizievoli all'attività inquirente, non si comprenderebbe per quale motivo tale esigenza non dovrebbe sussistere per i procedimenti di impugnazione in materia di sequestri (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 20 ottobre 2010, n. 37501).

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA



Se il giudice esclude la recidiva l'imputato beneficia del patteggiamento "allargato"

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 5 ottobre 2010, n. 35738 - Pres. Carbone; Rel. Fumu

La recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69 comma 4, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, comma 4, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 bis, c.p.p.

1. Con sentenza in data 27 aprile 2009 il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Genova applicava ai sensi dell'art. 444 c.p.p. a (...) la pena da loro richiesta, con il consenso del pubblico ministero, in relazione alle imputazioni rispettivamente ascritte.
2. In particolare al primo era contestato il delitto di cui agli artt. 81. c.p., 73 comma 1 bis d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 per avere, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, detenuto e ceduto a diverse persone quantitativi vari di sostanza stupefacente (eroina), con la recidiva reiterata specifica infraquinquennale; al secondo il delitto di cui all'art. 73, comma 1 bis d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 per avere detenuto alcuni quantitativi di sostanze stupefacenti di tipo diverso (eroina e metadone) destinate alla cessione a terzi, con la recidiva reiterata.
3. Nell'accogliere le domande degli imputati il g.u.p. osservava, quanto al C, che potevano essere riconosciute in suo favore le circostanze attenuanti generiche in ragione della giovane età, delle condizioni personali e sociali e del buon comportamento processuale; che la contestata recidiva, la cui applicazione è facoltativa, doveva essere esclusa in considerazione delle condizioni socio-economiche dell'imputato, del meritevole comportamento processuale, della risalenza del precedente e della diversità dei fatti criminosi; che la pena definitiva, partendo dalla base di otto annidi reclusione e venticinquemila euro di multa, ridotta ex art. 62 bis c.p. a cinque anni e quattro mesi di reclusione e diciassettemila euro di multa, aumentata per la continuazione fino a sei anni di reclusione e diciottomila euro di multa (dunque di sei mesi di reclusione e mille euro di multa), all'esito della riduzione premiale doveva fissarsi in quattro anni di reclusione e dodicimila euro di multa.

Quanto all'E il g.u.p., ritenuta l'ipotesi lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 d.p.r. n. 309/90 («stante le non eccessive quantità di sostanza detenute, anche in relazione alla percentuale di prodotto puro»), valutata detta circostanza attenuante prevalente sulla recidiva, applicava la pena finale di un anno e otto mesi di reclusione e tremila euro di multa così come richiesta dall'imputato, il quale aveva tuttavia compreso nel calcolo anche l'aumento per la continuazione, che in realtà non risulta contestata nell'imputazione, secondo il seguente computo: pena base *ex art. 73*, comma 5, d.p.r. n. 309/90, di due anni, tre mesi di reclusione e quattromila euro di multa, aumentata per la continuazione a due anni, sei mesi di reclusione e quattromilacinquecento euro di multa (dunque di tre mesi di reclusione e cinquecento euro di multa), ridotta quindi per il rito nella misura più su indicata.

4. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per cassazione gli imputati ed il Procuratore generale presso la Corte di appello di Genova.

5. [omissis].

6. [omissis].

7. Il Procuratore generale denuncia:

I - [omissis].

II - violazione degli artt. 73 d.P.R. n. 309/90, anche in relazione agli artt. 99 e 69 c.p.; 81 in relazione all'art. 99 c.p., 444 comma 1 *bis*, c.p.p. denuncia il ricorrente l'applicazione di una pena illegale sotto vari profili, rilevando come la recidiva qualificata, contestata ad entrambi, attesa la sua obbligatorietà non avrebbe potuto essere esclusa dal giudice e conseguentemente non avrebbe potuto non essere sottoposta al giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti generiche, quanto all'imputato C, essere valutata subvalente rispetto alla riconosciuta circostanza attenuante, in violazione dell'art. 69, comma 4, c.p., quanto all'imputato E; deduce, ancora, con riferimento alle posizioni di entrambi, che il giudice del patteggiamento, escludendo la recidiva qualificata in un caso e considerandola subvalente nell'altro, abbia altresì eluso gli ulteriori effetti che da essa comunque obbligatoriamente derivano sia in relazione alla misura dell'aumento per la continuazione, il quale non può essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave secondo il precetto dell'art. 81, comma 4, c.p., sia in relazione all'accesso al procedimento speciale del c.d. "patteggiamento allargato" al quale dovendosi applicare una pena con minima comunque superiore ai due anni di reclusione - gli imputati non avrebbero dovuto essere ammessi per il divieto posto dall'art. 444, comma 1 *bis*, ultima parte, c.p.p.

8. La Sezione terza penale, assegnataria dell'affare, ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., nella parte in cui stabilisce che sono esclusi dal "patteggiamento" (tra gli altri) i procedimenti «contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, i recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p., qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria».

Ha osservato in proposito (richiamando sez. VI, 16 settembre 2004, p.m. in proc. Bonfanti, rv 230378 e sez. I, 13 novembre 2008, p.m. in proc. Manfredi, rv242509) come alcune pronun-

ce di legittimità abbiano affermato il principio secondo cui «per l'esclusione dal patteggiamento a pena detentiva superiore a due anni, non è sufficiente che dal certificato penale dell'imputato emerga una situazione di recidiva qualificata, ma occorre che la stessa sia stata espressamente riconosciuta e dichiarata dal giudice», mentre altre (sez. II, 4 dicembre 2006, p.m. in proc. Cicchetti, rv 235620 e sez. VI, 9 dicembre 2008, p.m. in proc. Ogana, rv 242148) hanno diversamente ritenuto che «ai fini dell'operatività della recidiva qualificata come causa di esclusione del patteggiamento ai sensi dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., è sufficiente che essa sia stata contestata, in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di "dichiarazione" al quale si richiama la predetta disposizione per ricomprendere anche le altre situazioni soggettive quali condizione di delinquente abituale, professionale o per tendenza».

Ha pertanto rimesso i ricorsi *ex art.* 618 c.p.p. alle Sezioni Unite penali, cui essi sono stati assegnati dal Presidente Aggiunto il quale, con decreto del 10 marzo 2010, ha fissato l'udienza odierna per la relativa trattazione.

9. [omissis].

10. [omissis].

11. [omissis].

13. Si deve rilevare, innanzi tutto, come in realtà sulla questione devoluta all'esame delle Sezioni unite («se sia sufficiente, perché la recidiva qualificata costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice») non sussista un reale conflitto interpretativo. Ed invero l'affermazione che sia sufficiente la mera contestazione della recidiva reiterata per l'operatività della clausola di esclusione dal patteggiamento "allargato" posta dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., si contrappone, nelle decisioni citate nell'ordinanza di rimessione e più su indicate, non all'affermazione della necessità che l'aggravante, oltre che ritualmente contestata, debba essere effettivamente ritenuta ed applicata dal giudice, quanta a quell'altra - che peraltro non risulta essere stata mai prospettata nella giurisprudenza di legittimità secondo cui sarebbe richiesto dalla norma che gli imputati cui è inibito l'accesso al rito semplificato siano stati già «dichiarati» recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p. con una sentenza precedentemente emessa.

Nei casi oggetto degli arresti giurisprudenziali predetti, infatti, il giudice di merito aveva applicato *ex art.* 444 c.p.p. una pena concordata superiore ai due anni di reclusione ad imputati, cui pure era contestata la recidiva qualificata, ritenendo che il patteggiamento fosse consentito in quanto non risultava che la recidiva medesima fosse stata già oggetto di una precedente dichiarazione giudiziale sostanzialmente attributiva di uno *status* soggettivo.

La Corte, in entrambe le occasioni, ha annullato i provvedimenti di merito affermando la non necessità, perché sia inibito il procedimento speciale, di una preventiva dichiarazione formale della recidiva e ritenendo viceversa sufficiente - ma solo in contrapposizione a tale non condivisa premessa - la sua semplice contestazione: ciò, tuttavia, senza affrontare l'ulteriore e logicamente successiva questione concernente la possibilità per il giudice di escludere

o meno l'aggravante, una volta che questa sia stata ritualmente contestata. Si legge anzi nel testo di sez. II, 4 dicembre 2006, p.m. in proc. Cicchetti, che la contestazione è «condizione necessaria e sufficiente al fine di qualificare il reato e determinare la pronuncia del giudice sull'esistenza e sugli *effetti* di tale circostanza»: così non escludendosi affatto, dunque, da parte della Corte, la sussistenza di uno spazio valutativo del giudice in ordine al riconoscimento ed alla concreta applicazione della recidiva.

14. Il ricorso del pubblico ministero pone piuttosto ulteriori questioni a proposito degli effetti della contestazione della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p., come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e precisamente quella, principale, dell'obbligatorietà o meno dell'aumento di pena ivi previsto e l'altra, conseguente, dell'eventuale persistenza, anche qualora detto aumento sia stato escluso dal giudice, degli ulteriori effetti ricollegati dalla legge alla recidiva qualificata e consistenti nell'operatività dei limiti al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto fissati dall'art. 69, comma 4, c.p.; dei limiti minimi all'aumento della quantità di pena a titolo di continuazione stabiliti dall'art. 81, quarto comma, c.p.; dei limiti all'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" (ed alla relativa riduzione premiale della sanzione) di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., di cui si è in precedenza detto.

15. Il quesito interpretativo nasce intorno al testo dell'art. 99 c.p., come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, il quale – nella sua emendata formulazione lessicale *prima facie* inclina suggestivamente l'interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva come preesistente alla riforma del 1974 (d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito dalla legge 7 giugno 1974, n. 220), nell'ambito di una *novella* tesa, nelle enunciate intenzioni del legislatore, ad accentuare l'incidenza sul trattamento sanzionatorio globalmente inteso delle caratteristiche soggettive dell'autore del reato con relativa riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice; in particolare viene in rilievo l'utilizzo, nei comma 3 e 4 dell'art. 99 c.p. e con riferimento al previsto aumento della pena per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata, dell'indicativo presente del verbo *essere* («l'aumento della pena... e») in luogo della voce verbale "può", che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata.

16. La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento (sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, rv 236412; sez. IV, 19 aprile 2007, p.m. in proc. Meradi, rv 235835; sez. IV, 28 giugno 2007, p.m. in proc. Mazzitta, rv 237271; sez. IV, 2 luglio 2007, p.m. in proc. Farris, rv 236910) nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Carta (sentenza 14 giugno 2007, n. 192 e ordinanze nn. 198 e 409 del 2007; 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; 171 del 2009, dichiarative la prima dell'inammissibilità e le altre della manifesta inammissibilità delle questioni).

16. Le Sezioni unite condividono tali conclusioni e le argomentazioni poste a loro sostegno.

17. Si deve rilevare innanzi tutto, sotto l'aspetto lessicale, come nel testo dei commi 3 e 4 dell'art. 99 c.p. il verbo essere sia utilizzato con evidente riferimento al *quantum* dell'aumento («l'aumento di pena è...») della sanzione discendente dal riconoscimento della recidiva ivi contemplata (pluriaggravata e reiterata), ma non coinvolga l'*an* dell'aumento medesimo, che rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma. Le figure di recidiva *de quibus* non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi costitutivi della recidiva semplice, bensì merespecificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano, le quali sono state previste con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo.

18. La necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 c.p. è peraltro confermata dalla constatazione che ove il legislatore ha inteso elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva, ha reso palese la sua intenzione prevedendo al quinto comma un regime vincolato per una serie di delitti, evidentemente valutati di particolare gravità, in relazione ai quali l'aumento della pena per la recidiva è espressamente definito "obbligatorio".

19. Tale soluzione interpretativa, oltre che maggiormente aderente al testo della legge, appare altresì quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzionalità, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria.

Ed invero l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva qualificata e degli effetti commisurativi della sanzione ad essa riconnessi finisce per configurare una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato dunque foriero di possibili disequaglianze nell'*an* e nel *quantum* (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e in definitiva verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia «concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Corte cost., n. 192/2007).

20. È dunque compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l'ipotesi "obbligatoria" del quinto comma), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del

livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

21. All'esito di tale verifica al giudice è consentito negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione: la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 c.p.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio (sez. un., 27 maggio 1961, p.m. in proc. Papo, rv 98479; sez. un., 23 gennaio 1971, Piano) ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena.

22. Qualora la verifica effettuata dal giudice si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una «pili accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo», la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi e dunque, nell'ipotesi di recidiva reiterata e per quanto qui rileva in relazione all'oggetto del ricorso in esame, l'aumento della pena base nella misura fissa indicata dal quarto comma dell'art. 99 c.p., il divieto imposto dall'art. 69, comma 4, c.p., di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento fra gli elementi accidentali eterogenei eventualmente presenti, il limite minimo di aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81, comma 4, c.p., l'inibizione dell'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" di cui all'art. 444, comma 1 bis, c.p.p.

In tale ipotesi la recidiva deve intendersi, oltre che "accertata" nei suoi presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), "ritenuta" dal giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante (sez. un., 18 giugno 1991, Grassi, rv187856).

23. Qualora viceversa la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante.

La "facoltatività" della atteggiarsi come parziale della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o "bifasica" (così sez. IV 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra), nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori ripristinando in tal modo l'indiscriminato e "sospetto" automatismo sanzionatorio di cui si è detto - gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione.

Anche sul punto la giurisprudenza di legittimità formatasi sulla nuova disciplina si è radicata nella condivisa affermazione che gli effetti commisurativi della recidiva non siano svincolati dalle determinazioni assunte dal giudice in relazione al riconoscimento dell'aggravante.

te ma siano bensì a questo strettamente collegati, nel senso che anch'essi vengono meno quando la circostanza non concorra, sulla base della valutazione del giudice effettuata ai fini e secondo i parametri di cui si è detto, a determinare l'aumento di pena (sez. V, 15 maggio 2009, Held, rv 244209; sez. V, 30 gennaio 2009, p.m. in proc. Maggiani, rv 243600; sez. IV, 29 gennaio 2009, p.m. in proc. Rami, rv 243441; sez. IV, 28 gennaio 2009, Fallarino, non massimata; sez. V, 9 dicembre 2008, p.m. in proc. De Rosa, rv 242946; sez. III, 25 settembre 2008, p.m. in proc. Pellegrino, rv 241779; sez. VI, 17 settembre 2008, p.m. in proc. Orlando, rv 241192; sez. II, 19 marzo 2008, Buccheri, rv 240404; sez. VI, 7 febbraio 2008, p.m. in proc. Goumri, rv 239018; sez. II, 5 dicembre 2007, Cavazza, rv 238521; sez. V, 25 settembre 2007, p.m. in proc. Mura, rv 237273; sez. II, 4 luglio 2007, p.m. in proc. Doro, rv 237144; sez. VI, 3 luglio 2007, p.m. in proc. Saponaro, rv 237272; sez. IV, 2 luglio 2007, p.m. in proc. Farris, *cit.*; Sez. IV, 28 giugno 2007, p.m. in proc. Mazzitta, *cit.*; sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, *cit.*; sez. IV, 19 aprile 2007, p.m. in proc. Meradi, *cit.*, tutte nel senso dell'esclusione della recidiva reiterata anche dal giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.*, una volta ritenuta dal giudice irrilevante ai fini dell'aggravamento della sanzione).

Alle medesime conclusioni è pervenuto altresì il Giudice delle leggi che, nelle pronunce di inammissibilità più su citate (una delle quali sollecitata anche da questa Corte con ordinanza di sez. IV, 9 maggio 2007, Contu), ha delineato con chiarezza l'interpretazione conforme al dettato costituzionale ponendo in evidenza l'irrazionalità di una conclusione che ammetta, da un lato, il carattere facoltativo della recidiva reiterata e dunque la possibilità che la circostanza, ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità, nell'ipotesi di reato non ulteriormente circostanziato abbia effetto neutro sulla determinazione della pena e tuttavia, da un altro, eserciti in contrario una sostanziale funzione aggravatrice inibendo un favorevole giudizio di comparazione nell'ipotesi di reato circostanziato *in mitius*; ovvero che, nel caso di più reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p., consenta che la circostanza sia discrezionalmente esclusa in relazione a ciascuno di essi, ma determini comunque, con l'imposizione dell'aumento minimo per il cumulo formale, un sostanziale aggravamento della risposta punitiva proprio in sede di applicazione di istituti volti all'opposto al fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale.

Ed analoghe considerazioni possono qui svolgersi a proposito del patteggiamento "allargato", il quale potrebbe essere impedito, con rilevanti conseguenze sulla pena finale, dalla contestazione dell'aggravante che, attesa la sua natura facoltativa, nel giudizio ordinario potrebbe essere ritenuta priva di ogni valenza rivelatrice di disvalore della condotta.

24. Con ciò si palesano le ragioni dell'infondatezza della tesi affermata da una pronuncia (sez. VI, 27 febbraio 2007, p.m. in proc. Ben Hadhria, rv 236426) intervenuta peraltro nel momento delle primissime applicazioni della nuova disciplina e quando la Corte costituzionale ancora non si era espressa circa la possibile interpretazione compatibile motivatamente distonica da tale, consolidato orientamento, ad avviso della quale la semplice esistenza dei precedenti penali reiterati configurerebbe insieme una circostanza aggravante ed una sorta di *status* soggettivo del reo, con la conseguenza che, pur essendo al giudice consentito di escludere il relativo aumento di pena, sarebbe comunque indefettibile sottoporre la recidiva reiterata al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto con i limiti indicati dal quarto comma dell'art. 69 c.p.: dunque con il conseguente sostanziale, indiscriminato ed

automatico aggravamento della sanzione che si reputa non conforme ai principi di rango costituzionale che informano il sistema punitivo.

25. Occorre dunque qui ribadire che la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p. opera nella disciplina codicistica, come risultante dalle interpolazioni di cui alla legge n. 251/05, quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderla e considerarla *tamquam non esset* ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una pluralità di condanne (sez. I, 8 ottobre 2009, Costagliola, rv 245521).

Qualora la recidiva reiterata sia esclusa, essa non è più ricompresa nell'oggetto della valutazione del giudice ai fini della determinazione della pena e dunque, non essendo stata "ritenuta", neppure entra a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p., di tal che resta inoperante, proprio per la mancanza dell'oggetto, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti imposto dal quarto comma del medesimo articolo.

Qualora, viceversa, la recidiva reiterata non sia esclusa dal giudice ma considerata concreto sintomo di maggior colpevolezza e pericolosità, essa svolge necessariamente nel suo complesso la funzione aggravatrice e determina pertanto anche l'effetto, incidente sulla sanzione, consistente nell'operatività dell'inibizione di cui si è detto, con la conseguenza che non è consentito al giudice, il quale non abbia escluso *ex ante* la recidiva, di apprezzarla come subvalente rispetto a eventuali circostanze attenuanti.

26. Analoghe conseguenze si verificano in relazione agli altri effetti commisurativi della sanzione ricollegati dalla legge alla recidiva reiterata.

27. Ne discende - come ha già avuto modo di precisare questa Corte (sez. III, 7 ottobre 2009, p.m. in proc. Serafi, rv 245609) - che il limite all'aumento *ex art.* 81 c.p. «non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave», previsto dalla legge nei confronti dei soggetti «ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4», è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi l'abbia pertanto esclusa così non "applicandola", secondo l'accezione del termine già accolta da queste Sezioni Unite nella sentenza del 28 giugno 1991 in Proc. Grassi, più su citata.

28. Allo stesso modo l'esclusione *ex ante* della recidiva reiterata ad opera del giudice del "patteggiamento allargato" consente l'accesso al rito speciale dell'imputato al quale la circostanza aggravante sia stata contestata, poiché dalla ritenuta inidoneità della ricaduta nel delitto a determinare, di per se, un aumento di pena per il fatto per cui si procede discende, altresì, l'inoperatività della clausola di esclusione contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 444 c.p.p. che inibisce, ove efficace, non solo il percorso processuale semplificato ma, per quanto qui interessa, la fruizione di una rilevante riduzione premiale della sanzione (sez. I, 13 novembre 2008, p.m. in proc. Manfredi, rv 242509).

In proposito si deve solo ulteriormente precisare, per completezza, che la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame («coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi del-

l'art. 99, quarto comma, del codice penale») non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p. (sez. II, 4 dicembre 2006, Cicchetti; sez. V, 25 settembre 2008, Moccia, rv 241598; sez. II, 22 dicembre 2009, Stracuzzi).

29. Si deve pertanto conclusivamente affermare, ai sensi dell'art. 173, comma 3, norme att. c.p.p., che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, comma 4, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al "patteggiamento allargato" ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

[*omissis*]

ALESSANDRO DIDDI

Ricercatore di Procedura penale - Università di Roma "Tor Vergata"

Contestazione della recidiva reiterata e patteggiamento "allargato"

Analizzando il principio espresso dalle Sezioni Unite – laddove si precisa che la recidiva aggravata prevista dall'art. 99, comma 4, c.p. preclude il patteggiamento "allargato" solo nell'ipotesi in cui questa sia ritenuta applicabile dal giudice – emerge come la semplice contestazione della suddetta aggravante comporti, sulla base degli artt. 444 ss. c.p.p., che la pena (richiesta dall'imputato) per una quantità superiore ai due anni di sanzione detentiva può, di regola, adottarsi all'esito del dibattimento.

Posizione del problema

La sentenza annotata risponde al quesito se la mera contestazione della circostanza di cui all'art. 99, comma 4, c.p. impedisce l'accessibilità all'applicazione della pena su richiesta. Come noto, infatti, con l. 12 giugno 2003, n. 134, il legislatore, nell'introdurre il c.d. "patteggiamento allargato", all'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p. ha previsto una serie di preclusioni oggettive e soggettive all'accesso al rito, tra le quali quella riguardante i procedimenti contro coloro che siano stati dichiarati recidivi sulla base dell'art. 99, comma 4, del codice penale¹.

Nel risolvere quello che, secondo il giudice remittente, avrebbe rappresentato un contrasto giurisprudenziale (di fatto, poi, esso co-

me rileva la sentenza, era assai meno consistente di come appariva), le Sezioni Unite non solo sono intervenute sul problema specifico ad esse devoluto, ma hanno colto l'occasione per chiarire varie questioni riguardanti gli effetti derivanti dalla contestazione della recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., che, come noto, soprattutto in seguito alle numerose modifiche introdotte dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, si riflette su differenti e composite discipline².

Si deve ricordare, a tal riguardo, che la recidiva reiterata in esame, oltre ad incidere sul patteggiamento "allargato", preclude la sospensione dell'esecuzione di cui all'articolo 656, comma 5, c.p.p.³. Ma ancor più significativi sono i riflessi della recidiva sul piano

¹ Originariamente, il rinvio all'art. 99, comma 4, c.p. implicava l'esclusione del patteggiamento allargato ai recidivi specifici, aggravati ed a quelli reiterati. La riforma apportata con la l. 5 dicembre 2005, n. 251, ha spostato le ipotesi di recidiva diverse da quella reiterata, nei commi precedenti al quarto e, dunque, ha limitato gli effetti paralizzanti della recidiva solo con riferimento alla più grave delle ipotesi contenute nell'art. 99 c.p.

² Per un quadro di sintesi delle interferenze provocate dalla recidiva reiterata sulla disciplina dei vari istituti, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme su prescrizioni del reato e recidiva*, Padova, 2006, 54 ss. (ed anche 86 ss.).

³ Sull'argomento, D'Agnolo, *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, *Nuove norme*, cit., 195 ss.

del diritto penale sostanziale. A mente dell'art. 69, comma 4, c.p., lo *status* soggettivo di cui all'art. 99, comma 4, c.p. fa anzitutto scattare il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti, di qualunque specie esse siano, quando il reato sia stato commesso da imputato già dichiarato recidivo⁴; in applicazione dell'art. 81, comma 4, c.p. (e dell'art. 671, comma 2 *bis*, c.p.p.), poi, l'aumento di pena a titolo di continuazione e di concorso formale non può essere inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave⁵; ancora, il primo comma dell'art. 62 *bis* c.p. stabilisce che non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, comma 1, n. 3) e secondo comma nei casi previsti dall'articolo 99, comma 4, allorquando si proceda per i delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni⁶.

La recidiva (non solo reiterata) spiega effetti anche con riferimento ad altri istituti presenti nel codice penale⁷ e, a tale riguardo, un richiamo particolare deve essere riservato alla prescrizione del reato, non solo perché

l'aumento di pena previsto in certi casi è calcolato ai fini del termine ordinario di prescrizione⁸, ma anche perché l'attuale art. 161, comma 2, c.p. aggancia ad alcune ipotesi di recidiva l'interruzione della prescrizione⁹.

Per finire la panoramica, si rammenti che pure in materia penitenziaria vigono numerose eccezioni al godimento di benefici per il caso in cui al condannato sia stata applicata la recidiva (così gli articoli – tutti introdotti o ritoccati dalla l. n. 251 del 2005 – 30 *quater* ord. pen. in tema di concessione di permessi premio; 50 *bis* ord. pen. in tema di concessione della semilibertà¹⁰; 47 *ter* ord. pen., in ordine alla detenzione domiciliare¹¹; 58 *quater* comma 7 *bis* ord. pen., in materia di divieto di concessione dei benefici¹²).

“Facoltatività” della recidiva

Quanto al tema sottoposto alla loro attenzione, le Sezioni Unite muovono dal rilievo che non è “obbligatoria” l'applicazione della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. e, per-

⁴ Con riferimento a tale previsione, Rosi, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 22 ss.

⁵ In merito, cfr. Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 81 ss.

⁶ Sulla disposizione, ancora, Rosi, *Effetti della recidiva reiterata*, cit. 13 ss.

⁷ Amnistia (art. 151, comma 5, c.p.); oblazione discrezionale (art. 162 *bis* c.p.); prescrizione della pena (art. 172, comma 7, c.p.); indulto (art. 174, comma 3, c.p.); sospensione condizionale della pena (art. 164, comma 2, c.p.); liberazione condizionale (art. 176, comma 2 c.p.); riabilitazione (art. 179, comma 2, c.p.).

⁸ Così, Cass., sez. V, 24 marzo 2009, B.L., *CED Cass.*, 244204 e incidentalmente, C. cost., 6 febbraio 2009, n. 34. Secondo Cass., sez. VI, 4 novembre 2008, p.m. in proc. N.G.O.B., *CED Cass.*, 242133 «l'aumento di pena per la recidiva, ai fini del calcolo del termine prescrizionale, è valutabile ancorché essa sia contestata per la prima volta dopo trascorso il termine di prescrizione previsto per l'imputazione non aggravata, purché la contestazione preceda la pronuncia della sentenza».

⁹ Sulla disciplina della interruzione della prescrizione in seguito alla entrata in vigore della legge 251 del 2005, Barazzetta, *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 173 ss.

¹⁰ Sul punto, cfr. Ciampi, *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 266 e ss.

¹¹ Sul punto, D'Agno, *Novità su detenzione domiciliare e ordine pubblico*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 209.

¹² In materia, Fiorio, *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, Scalfati (a cura di), *Nuove norme*, cit., 225 ss. e Marra, *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme*, *ivi*, 298.

tanto, il giudice può escluderla anche se si tratta di circostanza contestata dal pubblico ministero; ne consegue che ove all'esito del giudizio di controllo si ritenesse che, nonostante le precedenti condanne, l'imputato non meriti l'inasprimento sanzionatorio, viene meno l'effetto impeditivo contemplato dall'art. 445, comma 1, *bis* c.p.p. In tal caso, insomma, ancorché ricorra una situazione in astratto riconducibile alla previsione di cui all'art. 99, comma 4, c.p., la ritenuta insignificanza della potenzialità recidivante determina, oltre al mancato aumento della pena base, anche di tutti gli ulteriori effetti connessi all'assenza della circostanza. L'esegesi, peraltro, dà per scontato che la preclusione si realizzi quando la fattispecie aggravatrice si configura tramite il reato contestato nel processo in cui viene chiesta la pena negoziata, senza pretendere un precedente giudicato nel quale la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p., sia già stata dichiarata.

L'applicazione delle varie disposizioni che ricollegano determinati effetti allo *status* di recidivo dipende, in primo luogo, da se le situazioni contemplate nella disciplina comportino o meno l'aumento obbligatorio del trattamento sanzionatorio e, dunque, se, al fine di paralizzare l'ammissibilità di determinati istituti o benefici, basti la semplice contestazione della recidiva ovvero se, oltre che contestata, questa dev'essere anche ritenuta dal giudice.

A tal riguardo, si deve subito mettere in evidenza che, nonostante talune incertezze iniziali (che avevano ispirato numerosi dubbi, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005¹³), la giurisprudenza costituzionale ha, infatti, ritenuto non solo che la recidiva, sul piano strettamente sostanziale, operi alla stregua di una qualsiasi aggravante, ma che essa, non essendo obbligatoria, è - di regola - suscettibile di essere sottoposta al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.¹⁴.

¹³ Anche la dottrina era apparsa divisa. Sul punto, per una ricostruzione delle varie posizioni, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 75.

¹⁴ C. cost., sent. 14 febbraio 2007, n. 192. Anche C. cost., sent. 30 novembre 2007, n. 409 la quale evidenzia ancora "che, in primo luogo, difatti - per le ragioni specificate nella citata sentenza n. 192 del 2007 - è possibile ritenere che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria unicamente nei casi previsti dall'art. 99, comma 5, c.p. (rispetto ai quali soltanto tale regime è espressamente contemplato), e cioè ove concernente uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. (il quale reca un elenco di reati ritenuti dal legislatore, a vari fini, di particolare gravità e allarme sociale); salvo, poi, l'ulteriore problema interpretativo di stabilire quale delitto debba rientrare in tale catalogo, affinché scatti l'obbligatorietà: se il delitto oggetto della precedente condanna, ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo; o indifferentemente l'uno o l'altro o addirittura entrambi». Di analogo tenore, C. cost., sent. 6 giugno 2008, n. 193; C. cost., sent. 21 febbraio 2008, n. 33; C. cost., sent. 10 luglio 2008, n. 257; C. cost., sent. 29 maggio 2009, n. 171.

Nella giurisprudenza, Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, *CED Cass.*, 236412; Cass., sez. IV, 19 aprile 2007, p.m. in proc. Meradi, *CED Cass.*, 235835; Cass., sez. IV, 28 giugno 2007, p.m. in proc. Mazzitta, *CED Cass.*, 237271; Cass., sez. IV, 2 luglio 2007, p.m. in proc. Farris, *CED Cass.*, 236910. Sulla natura e sul fondamento della recidiva, si confrontano in dottrina varie tesi. Secondo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, II, IV ed. Torino, 1961, 696, «la recidiva semplice o aggravata è una circostanza aggravante *soggettiva, inerente alla persona del colpevole*, come è espressamente dichiarato nel capoverso dell'art. 70». Nello stesso senso, Contento, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989, 496; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte gen., 4^a ed., Milano, 1993, 467. Inclini, invece, a ritenere che la recidiva non costituisca una aggravante bensì più semplicemente un indice di commisurazione della pena di natura analoga a quella degli indici di cui all'art. 133 c.p. e, come tale, sottratta, tra l'altro, al bilanciamento delle circostanze, Maliverni, *Circostanze del reato, Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 72; Mantovani, *Diritto penale*, II ed., Padova, 1988, 638; Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, I, III ed., Bologna, 1995, 403.

In particolare, la Corte costituzionale ha sottolineato come il giudice possa discrezionalmente escludere la recidiva – quantomeno agli effetti della commisurazione della pena – in correlazione alle peculiarità del caso concreto e, conformemente ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, applicare l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo di una più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo¹⁵. Soprattutto, si è ritenuto che il tenore letterale dell'art. 99 c.p., come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, nonostante che dalla sua emendata formulazione si possa essere indotti *prima facie* a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva, non implichi affatto un automatico aumento di pena¹⁶.

In effetti, sul piano strettamente letterale, i commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. (nel nuovo testo introdotto dall'art.4 della legge n. 251 del 2005), utilizzando il verbo essere all'indicativo presente ("è") – in luogo della voce verbale "può", che compariva nel testo precedente, e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 c.p. – lasciano

pensare che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni, nella l. 7 giugno 1974, n. 220¹⁷.

Tuttavia, la Corte costituzionale, chiamata a decidere le varie questioni sorte sul presupposto della reintroduzione di un regime obbligatorio dell'aumento di pena a titolo di recidiva, ha offerto una lettura morbida delle disposizione in argomento individuando, quale solido appiglio interpretativo per una più adeguata ermeneusi, la espressa obbligatorietà della circostanza per i soli casi di procedimenti riguardanti i delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett. a). c.p.p., in ordine ai quali l'aumento della pena è, appunto, chiaramente definito come obbligatorio nell'*an* e nel *quantum* (art. 99, comma 5, c.p.)¹⁸.

Anche la sentenza annotata condivide tale impostazione, soggiungendo che un sistema penale rispondente ai principi di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria, non può privare il giudice dal potere di considerare se la ricaduta nel reato costituisce indice di particolare disvalore della condotta,

¹⁵ C. cost., sent 4 aprile 2008, n. 91.

¹⁶ C. cost., sent. 14 febbraio 2007, n. 192.

¹⁷ La riforma del 1974 ha attenuato il rigore sanzionatorio della recidiva, sia introducendo correttivi al calcolo degli aumenti di pena, sia mediante la fissazione di un tetto massimo dell'aumento complessivo di pena (stabilito nel cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato), sia, infine, nella previsione della facoltatività dell'aumento della pena stessa.

¹⁸ C. cost., sent. 14 febbraio 2007, n. 192 secondo la quale, in conclusione, l'indicativo presente "è", che figura nei commi precedenti, si deve ritenere riferito, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 c.p., il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo – mentre lascia viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso. In dottrina, in termini pressoché identici, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit. 75.

Sul punto, cfr. anche C. cost., sent. 30 novembre 2007, n. 409 la quale evidenzia l'esistenza di un ulteriore problema interpretativo, quello, cioè di stabilire quale delitto debba rientrare nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., affinché scatti l'obbligatorietà e cioè se il delitto oggetto della precedente condanna; ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo; o indifferentemente l'uno o l'altro; o addirittura entrambi. Analoga questione interpretativa propongono, ma non risolvono, C. cost., sent. 6 giugno 2008, n. 193 e C. cost., 29 maggio 2009, n. 171.

di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente ovvero una mera ed accidentale interruzione del percorso di riabilitazione e reinserimento sociale totalmente avulsa dal passato criminale¹⁹.

Sebbene restino normativamente non definiti i criteri in base ai quali il giudice affermi o escluda la recidiva²⁰, il giudice conserva, dunque, il compito di verificare in concreto – al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali e sulla base della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, oltre che di ogni altro possibile parametro individualizzante della personalità del reo e del grado di colpevolezza – se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di pericolosità.

Recidiva individuata *hic et nunc* o recidiva precedentemente dichiarata?

Una volta ritenuta, sul piano generale, la non obbligatorietà della recidiva, la concreta esclusione della stessa da parte del giudice

comporta l'elisione di quegli effetti inibitori ai quali sono sottoposti i "tipi" inquadrabili nell'art. 99, comma 4, c.p. Come anticipato, in effetti, la sentenza annotata ha affermato il principio in questione con riguardo al patteggiamento "allargato", concludendo – in contrasto con un certo orientamento giurisprudenziale²¹ – che, al fine di escludere l'ammissibilità del rito, è necessario non soltanto che la recidiva sia stata contestata ma che essa venga ritenuta sussistente dal giudice²².

Così ricostruiti i rapporti, occorre adesso chiedersi quando la situazione che dà luogo alla recidiva cominci ad esplicare i suoi effetti paralizzanti. Insomma, occorre stabilire ancora se – ai fini della operatività della speciale clausola soggettiva di esclusione del patteggiamento "allargato" – la situazione di cui all'art. 99, comma 4, c.p. dev'essere già stata riconosciuta con precedente sentenza, ovvero se basta che la stessa sia ritenuta esistente per la prima volta nella vicenda nella quale viene presentata la richiesta di applicazione della pena.

Si tratta di problema non proprio specifico della materia processuale in quanto anche l'art. 81, comma 4, c.p., ad esempio, pre-

¹⁹ Negli stessi termini, Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 76 e 81. La dottrina per prima ha indicato la necessità che la decisione in tema di declaratoria della recidiva venisse assunta ricercando, accanto al presupposto formale della precedente condanna, diversi ed ulteriori fattori, da individuare in quelli relativi alla colpevolezza del fatto (Pittaro, *Recidiva*, *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996, 359; Romano-Grasso, *Commentario sistematico al codice penale*, II, Milano, 1990; 366). In sostanza, si è ritenuto che, anche alla luce delle indicazioni ricavabili dal principio di cui all'art. 27 Cost., non sia più accettabile la tesi della rilevanza oggettiva della recidiva, necessitandosi comunque di un presupposto psicologico, da individuarsi, in primo luogo, nella consapevolezza dell'imputato di essere stato già condannato al momento della commissione dell'ulteriore reato (Marini, *Lineamenti del sistema penale*, 2^a ed., Torino, 1993, 893).

²⁰ Secondo la dottrina, di fatto il giudice finisce per essere dotato di un amplissimo potere discrezionale ai limiti dell'arbitrio giudiziale. Così, Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 403; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 636.

²¹ Cass., sez. II, 1 luglio 2009, p.m. in proc. G.M., *CED Cass.*, 245321 «La recidiva qualificata impedisce la definizione con patteggiamento per pena detentiva superiore ai due anni di reclusione anche se soltanto contestata e non anche applicata».

²² Conf. Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, p.m. in proc. Serra, *CED Cass.*, 236412.

suppone che all'imputato sia stata applicata la recidiva reiterata²³.

Stando al tenore letterale della legge (articolo 444, comma 1 *bis*, c.p.p.), il patteggiamento allargato sarebbe interdetto agli imputati *dichiarati* (delinquenti abituali, professionali e per tendenza) o *recidivi* nei casi indicati dall'art. 99, comma 4, c.p. In altri termini, non sembra sufficiente che l'imputato raggiunga le condizioni previste dall'art. 99, comma 4, c.p., attraverso il reato contestato nel processo in cui va adottata la pena su richiesta, essendo invece necessario che la recidiva reiterata sia stata già enunciata con una anteriore sentenza. La conclusione è ancor più chiara ove il tenore letterale dell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., venga posto a confronto con la diversa formula impiegata dal legislatore nell'art. 162 *bis* c.p., che, appunto, impedisce l'ammissibilità dell'oblazione, tra l'altro, «quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'articolo 99, dall'articolo 104, o dall'articolo 105»²⁴.

La giurisprudenza, tuttavia, nonostante il tenore letterale dell'art. 444, comma 1 *bis*,

c.p.p., esclude che occorra un'antecedente dichiarazione di recidiva, ritenendo piuttosto che, ai fini qui esaminati, sia sufficiente che la circostanza venga semplicemente contestata: «in tal senso dovendosi intendere, trattandosi di una circostanza, il concetto di "dichiarazione" al quale si richiama la predetta disposizione per ricomprendere anche le altre situazioni soggettive quali condizioni di delinquente abituale, professionale o per tendenza»²⁵.

Effetti del principio espresso dalle Sezioni Unite

Vanno ora analizzate talune ricadute pratiche non direttamente affrontate dalla sentenza annotata ma delle quali, alla luce della conclusione raggiunta, si deve tener conto.

Le Sezioni Unite affermano che, se esclusa dal giudice, la recidiva non impedisce l'accessibilità del patteggiamento "allargato"; ma tale conclusione impone di spiegare come opera il principio avendo riguardo alla dinamica processuale.

²³ Secondo Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 82, l'art. 81, comma 4, c.p., non dovrebbe essere applicato se la recidiva reiterata è per la prima volta contestata nel processo avente ad oggetto più fatti avvinti dalla continuazione o in concorso formale.

²⁴ Bricchetti-Pistorelli, *Restano gli incentivi solo sull'accordo a due anni*, Guida dir., 2003, 25, 23; Marzaduri, *L. 12 giugno 2003 n. 134. Modifiche al codice di procedura penale al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti. Commento agli artt. 1-3, 5, Legislazione pen.*, 2004, 253; Peroni, *Le nuove norme in materia di patteggiamento "allargato" e di sanzioni sostitutive. Commento alla l. 12 giugno 2003 n. 134, Dir. pen. proc.*, 2003, 1072.

A proposito dell'art. 162 *bis* c.p. Cass., sez. IV, 16 marzo 2004, *Riv. pen.*, 2005, 778, ha affermato che «ai fini dell'ammissibilità dell'oblazione speciale, la recidiva reiterata, pur in mancanza di una precedente apposita dichiarazione giudiziale dello "status" di recidivo - dichiarazione che non ha natura costitutiva - è ostativa all'applicazione del beneficio (la contestazione della recidiva essendo necessaria unicamente per applicare l'aumento di pena)». Conf. Cass., sez. I, 5 aprile 2006, G.G., *CED Cass.*, 234251.

²⁵ Cass., sez. VI, 9 dicembre 2008, p.m. in proc. O.R., *CED Cass.*, 242148. Secondo Cass., sez. II, 4 dicembre 2006, Cicchetti, *Cass. pen.* 2008, 3365, la necessità di una dichiarazione costituisce formalità che va riservato alle altre preclusioni soggettive previste dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p. Sul punto, tra l'altro, la sentenza annotata, esegue un'operazione interpretativa della giurisprudenza segnalando come, in effetti, sul punto specifico, nonostante la diversa posizione della sezione remittente, non sussista alcun tipo di contrasto. Cass., sez. III, 13 gennaio 2006, Bancalari, *Cass. pen.* 2006, 2422; Cass., sez. VI, 16 settembre 2004, Bonfanti, *Giust. pen.*, 2005, III, 723 e *CED Cass.*, 230378.

È ovvio, innanzitutto, che la recidiva, perché impedisca l'accesso al rito dev'essere anzitutto contestata all'imputato, non essendo evidentemente sufficiente che dal casellario giudiziale risultino una pluralità di condanne²⁶.

Da tale precisazione derivano alcune importanti conseguenze.

La prima è che, stante la "facoltatività" della recidiva, pur ricorrendone le condizioni, il pubblico ministero può non procedere alla contestazione e, sulla base di tale presupposto, esprimere il consenso alla richiesta di applicazione di una pena superiore ad anni due proposta dall'imputato.

Una via alternativa – come talvolta accade nella prassi giudiziaria – sta nel fatto che il magistrato d'accusa procede alla contestazione della recidiva allo scopo di rendere edotto il giudice dell'astratta presenza dei presupposti per poi ritenere la circostanza concretamente non applicabile in sede di espressione del consenso, spiegando le ragioni della scelta. A tal'ultimo riguardo, tuttavia, si deve considerare che, secondo un recente orientamento, «è illegittima la modifica dell'imputazione, con l'esclusione di un'aggravante contestata, effettuata dal pubblico ministero, nel corso dell'udienza mediante una correzione del capo di imputazione for-

mulata nel rinvio a giudizio, in quanto, in virtù del principio di irretrattabilità dell'azione penale, il pubblico ministero, a norma dell'art. 516 e 517 c.p.p., ha il solo potere di integrare l'accusa, mentre non può procedere autonomamente alla correzione o riquilibratura delle condotte, potere che spetta al giudice, al quale con la sentenza deve fornire adeguata motivazione sulle questioni di fatto e di diritto concernenti la sussistenza o meno di tali circostanze»²⁷. In effetti, è ben strano che, in sede di espressione del consenso ad una richiesta di patteggiamento allargato, il pubblico ministero rinneghi le scelte da lui assunte nell'imputazione, escludendo l'aggravante; non si capisce su quali elementi egli rivedrebbe *in melius* le sue determinazioni.

Comunque, in entrambe le evenienze sopra descritte, il giudice, nell'ambito del normale potere di valutazione (art. 444, comma 2, c.p.p.), può respingere l'accordo sulla pena, ritenendo al contrario sussistenti le condizioni concrete per l'adozione dell'art. 99, comma 4, c.p.; salvo a non pensare che gli sia precluso sindacare in positivo la configurabilità della recidiva se questa non è mai stata oggetto dell'imputazione formulata dal pubblico ministero.

²⁶ Così, Cass., sez. VI, 16 settembre 2004, p.m. in proc. Bonfanti, cit.; Cass., sez. III 13 gennaio 2006, Bancalari, cit., applicando un principio espresso in precedenza da Cass., sez. un., 27 maggio 1961, p.m. in proc. Papo, *Giust. pen.*, 1962, II, 97, secondo la quale «nel determinare la pena prevista dalla legge per il reato al fine di stabilire il termine di prescrizione non si tiene conto della recidiva quando questa non sia stata contestata all'imputato o, comunque, non risulti dalla sentenza» e da Cass., sez. un., 23 gennaio 1971, Piano, *Cass. pen.*, 1971, 554 secondo la quale «La recidiva, sia in quanto costituisce uno status personale dell'imputato, sia in quanto rappresenta una circostanza aggravante del reato, può essere presa in considerazione, a tutti gli effetti penali, solo se sia stata dichiarata dal giudice di merito. Il principio va osservato anche ai fini della riabilitazione, per la decorrenza del maggior termine di dieci anni richiesto per la concessione di tale beneficio ai recidivi. Invero la materia della riabilitazione, attenendo alla fase della esecuzione, non consente l'esame di situazioni e circostanze interdette a seguito della formazione del giudicato».

²⁷ Così, Cass., sez. IV, 24 aprile 2010, Pinna, *Cass. pen.*, 2010, 2740 con nota critica di F. Galluzzo, *È ipotizzabile una rinuncia parziale all'imputazione?*.

S'intuisce che la contestazione della recidiva - salvo che, con prassi eterodossa, il pubblico ministero non "ne disponga" al momento del consenso - è sufficiente a paralizzare il rito negoziato; in casi simili, la disciplina impone che il magistrato d'accusa esprima il proprio dissenso, motivandolo sulla base della causa preclusiva.

Tuttavia - poiché in forza di quanto statuisce l'art. 448, comma 1, c.p.p., l'impu-

tato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, può pronunciare immediatamente sentenza - non è detto che la domanda di patteggiamento allargato non dia riscontro positivo *in limine litis*, sempre che si ritenga non necessario, in tal caso, il consenso del pubblico ministero che ha contestato la recidiva²⁸.

²⁸ Per un'indagine su tale ultima problematica, inclusa la panoramica giurisprudenziale alla quale si rinvia, Della Monica, *La "rinnovazione" in giudizio della richiesta di patteggiamento*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 225.

Ribadita (con limiti) l'improcedibilità dell'azione quando manca la riapertura delle indagini

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 settembre 2010, n. 33885 - Pres. Gemelli; Rel. Conti

La mancanza del provvedimento di riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p. determina non solo la inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione ma anche la preclusione all'esercizio dell'azione penale per quello stesso fatto-reato, oggettivamente e soggettivamente considerato, da parte del medesimo ufficio del pubblico ministero. Se, però, l'archiviazione è stata disposta secondo il "vecchio rito", non trova applicazione l'art. 414 c.p.p. e l'azione penale può ben essere esercitata dallo stesso pubblico ministero sulla base di nuove valutazioni.

Con la decisione in epigrafe, la Corte di appello di Roma confermava la sentenza in data 29 aprile 2003 del Tribunale di Roma, appellata da Salvatore Giuliani e Luciano Petrone, condannati, con le attenuanti generiche equivalenti alla contestata aggravante, alla pena di anni tre di reclusione ed euro 250 di multa ciascuno, oltre al risarcimento dei danni, da liquidare in separata sede, in favore della parte civile Sandro Zito, in quanto responsabili del reato di cui agli artt. 110, 629 comma 1 e 2, in relazione all'art. 628 comma ultimo, c.p., perché, in concorso tra loro, agendo in più persone riunite, costringevano lo Zito, tenendolo chiuso dentro un locale per alcune ore e mediante minacce per la sua incolumità fisica, a cedere a Giulia Milesi De Bazzichini la propria quota della società "Pub" s.r.l. che gestiva un esercizio pubblico (in Roma, il 28 luglio 1989). La Corte di appello riteneva infondato il motivo proposto da entrambi gli imputati circa la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 414 c.p.p. per avere il p.m. esercitato l'azione penale relativamente a fatto per il quale era stata in precedenza disposta l'archiviazione (nella specie, decreto di non doversi promuovere l'azione penale emesso dal Giudice Istruttore a norma dell'art. 74 c.p.p. 1930), senza previa autorizzazione del g.i.p. alla riapertura delle indagini. Osservava al riguardo, in adesione a un orientamento giurisprudenziale (citando Cass., sez. III, n. 43952 del 2004), che l'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. per lo stesso fatto già oggetto di provvedimento di archiviazione, in mancanza di un decreto di autorizzazione del g.i.p. ex art. 414 c.p.p. non invalidava l'azione penale, comportando solo la sanzione di inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti, nella specie insussistenti, «essendosi il processo sviluppato interamente nella fase dibattimentale». Hanno proposto ricorso per cassazione entrambi gli imputati a mezzo dei rispettivi difensori.

[omissis].

Si denuncia, con un primo motivo, la nullità della sentenza in relazione agli artt. 414 e 178 comma 1, lett. b), c.p.p., osservando che la Corte di appello, nell'assumere che la mancanza del decreto di autorizzazione alla riapertura delle indagini non invalidava l'atto di esercizio dell'azione penale, aveva ignorato la giurisprudenza delle Sezioni unite, che in due pronunce (sent. Finocchiaro e sent. Romeo), in adesione alla sentenza della Corte cost. n. 27 del 1995, avevano affermato che in mancanza del decreto ex art. 414 c.p.p. è inibito al p.m. sia lo svolgimento dell'attività investigativa sia l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto oggetto del provvedimento di archiviazione. Nel caso di specie, altro magistrato del medesimo Ufficio del p.m., sulla base di una irrituale sollecitazione della persona offesa e di una mera "rilettura" delle emergenze investigative, aveva esercitato l'azione penale in mancanza di un provvedimento di autorizzazione del g.i.p.

[omissis]

I ricorsi venivano assegnati alla Seconda sezione penale, che, con ordinanza emessa all'esito della udienza del 26 febbraio 2010, e depositata il 19 marzo 2010, ne ha rimesso la trattazione alle Sezioni unite, a norma dell'art. 618 c.p.p., rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale circa la questione, sollevata nel ricorso dell'imputato Petrone e ritenuta estensibile ex art. 587 c.p.p. all'altro imputato ricorrente, in quanto non esclusivamente personale, relativa alle conseguenze dell'omessa richiesta da parte del p.m. del decreto di riapertura delle indagini. L'ordinanza evidenzia che, nel caso di specie, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma aveva chiesto e ottenuto l'archiviazione della notizia di reato contenuta nella denuncia della persona offesa per il delitto di estorsione aggravata nei confronti del Petrone e del Giuliani e che, successivamente, il medesimo p.m., previa nuova iscrizione della stessa notizia di reato identica nei profili soggettivi e oggettivi e rinnovata valutazione degli stessi fatti, aveva richiesto il rinvio a giudizio, senza prima sollecitare la riapertura delle indagini e senza svolgerne di nuove. Si osserva al riguardo che la giurisprudenza di legittimità ha espresso sul punto due diversi orientamenti, l'uno per il quale la mancanza del decreto di riapertura determina soltanto l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi all'emissione del provvedimento di archiviazione, l'altro secondo cui, sulla falsariga della pronuncia interpretati va di rigetto della Corte costituzionale (sentenza n. 27 del 1995), il decreto di riapertura delle indagini integra una condizione di procedibilità, il cui difetto impedisce l'esercizio stesso dell'azione penale. Si osserva ancora che le Sezioni unite, con la sentenza n. 9 del 2000, Finocchiaro, pur componendo un contrasto che si era determinato lungo le direttrici appena sopra indicate, non avevano chiarito se l'effetto preclusivo si verifici anche quando l'azione penale, non rimosso il decreto di archiviazione, sia esercitata senza essere preceduta da nuove indagini; e che, secondo altro orientamento, l'efficacia preclusiva ha per oggetto la notizia di reato e non il fatto e impedisce la "prosecuzione della fase procedimentale" ma non la "definizione giuridica dell'imputazione", in sostanza limitando gli effetti della mancata riapertura delle indagini alla sola inutilizzabilità degli esiti delle indagini svolte dopo l'archiviazione, con esclusione della più radicale conseguenza dell'improcedibilità dell'azione.

Il Presidente Aggiunto, con decreto del 30 marzo 2010, assegnava il ricorso alle Sezioni unite penali, fissando per la sua trattazione l'odierna udienza pubblica.

La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite è la seguente: «Se la mancata emissione del decreto di riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p. comporti, con riferimento allo stesso Ufficio del pubblico ministero che aveva richiesto e ottenuto il provvedimento di archiviazione, la preclusione all'esercizio dell'azione penale o soltanto la inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti successivamente alla archiviazione del procedimento».

Ai fini della risoluzione dei ricorsi detta questione ha natura pregiudiziale, e, sebbene investita dal solo ricorso del Petrone, essa è estensibile ai Giuliani, a norma dell'art. 587 comma 1 c.p.p., come rilevato nella ordinanza di rimessione.

Sul tema sono in effetti da registrare orientamenti non univoci nell'ambito della giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza delle Sezioni unite in data 22 marzo 2000, ric. Finocchiaro, che, come oltre meglio si preciserà, si era pronunciata in senso adesivo alla impostazione concettuale della sentenza della Corte costo n. 27 del 1995. Da un lato, sez. VI, 11 maggio 2004, n. 30160, Manchisi, ha affermato che, in difetto di autorizzazione giudiziale alla riapertura delle indagini, l'esercizio dell'azione deve ritenersi inficiato da nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 c.p.p., con la conseguenza dell'impossibilità per il pubblico ministero, dopo la pronuncia di archiviazione, di svolgere indagini e successivamente esercitare l'azione, o anche solo di esercitare quest'ultima senza il previo compimento di atti di indagine. In senso analogo si sono espresse, da ultimo, sez. I, 4 marzo 2010, n. 16306, Greco, secondo cui la carenza del provvedimento di riapertura delle indagini determina, ai sensi dell'art. 179 c.p.p., la nullità assoluta dell'atto di esercizio dell'azione penale, con la conseguenza che al pubblico ministero è precluso svolgere indagini e successivamente esercitare l'azione ed anche l'esercizio "immediato" dell'azione; nonché sez. I, 10 febbraio 2010, Buffardecì, che ha avuto cura di precisare come l'effetto preclusivo non impedisca che gli atti di indagine espletati prima dell'archiviazione siano utilizzabili nei confronti di un diverso soggetto, anche ai fini dell'esercizio dell'azione penale, pur in mancanza di un provvedimento ex art. 414 c.p.p. In una particolare fattispecie, sez. IV, 13 aprile 2006, n. 13178, Calà, ha affermato l'abnormità del provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito di una nuova richiesta di archiviazione per uno stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto per i quali v'era già stata pronuncia di archiviazione, invece di dichiarare l'improcedibilità della richiesta aveva disposto la formulazione dell'imputazione. Sez. I, 20 gennaio 2005, n. 4536, Guadalupi, ha puntualizzato che l'effetto preclusivo attiene allo "stesso fatto", dovendo intendersi per tale quello connotato anche dall'identità dell'autorità procedente. Sulla stessa linea, sez. V, 24 febbraio 2004, n. 16851, Ferlito, ha ribadito che al provvedimento di archiviazione non rimosso seguono l'improcedibilità dell'azione e l'inutilizzabilità degli atti eventualmente compiuti, pur enunciando il principio secondo cui non v'è impedimento a che gli atti indebitamente compiuti nel procedimento penale siano valutati ad altri fini, come, nella specie, nell'ambito di un procedimento di prevenzione. Nell'ambito dello stesso orientamento interpretativo, sez. III, 24 novembre 2000, n. 3739, Puppo, è giunta a negare legittimità alla contestazione suppletiva in dibattimento di un reato per il quale in fase di indagine nei confronti dello stesso soggetto era stato emesso decreto di archiviazione, successivamente non rimosso, con l'affermazione secondo cui una simile contestazione non può che condurre ad una sentenza di improcedibilità per carenza di una condizione specifica dell'azione. In senso invece dif-

forme dall'orientamento ricavabile dalla sentenza Finocchiaro si è pronunciata sez. III, 28 settembre 2004, n. 43952, Rodriguez, secondo cui la riapertura delle indagini senza preventiva autorizzazione *ex art. 414 c.p.p.* non comporta l'inammissibilità della richiesta di rinvio a giudizio ma soltanto l'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti successivamente al provvedimento di archiviazione. Anche sez. I, 15 giugno 2006, n. 28377, Palumbo, mostra di privilegiare la tesi per la quale gli effetti della violazione dell'obbligo di riapertura delle indagini sono limitati alla inutilizzabilità degli atti eventualmente compiuti, con esclusione della improcedibilità della richiesta di rinvio a giudizio. Va ancora considerata la puntualizzazione offerta da sez. V, 10 luglio 2007, n. 33057, Gianoglio, che, in fattispecie processuale affatto particolare, ha osservato che l'efficacia preclusiva derivante dalla mancanza di un decreto di riapertura delle indagini dopo il provvedimento di archiviazione si differenzia da quella ricollegabile alla sentenza di non luogo a procedere non revocata e della sentenza irrevocabile che faccia cosa giudicata, atteso che il provvedimento di archiviazione ha per oggetto la "notizia di reato" e non il "fatto", ed impedisce, quindi, la prosecuzione della fase procedimentale, non il giudizio sulla imputazione. Giova innanzi tutto richiamarsi alla più volte menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1995, che, a giudizio di queste Sezioni unite, ha delineato in termini giuridicamente corretti la natura e la funzione del provvedimento di riapertura delle indagini *ex art. 414 c.p.p.* e le conseguenze della sua mancanza sulle iniziative eventualmente assunte dal medesimo ufficio del pubblico ministero sullo stesso fatto oggetto del provvedimento di archiviazione. Con questa sentenza, in una fattispecie del tutto simile alla presente, è stato affermato a chiare lettere che il provvedimento di archiviazione determina una preclusione processuale e che l'autorizzazione a riaprire le indagini funge da condizione di procedibilità, in mancanza della quale il giudice deve dichiarare che "l'azione penale non doveva essere iniziata". La prevalente giurisprudenza di legittimità vi si è adeguata e, soprattutto, lo ha fatto sez. un., Finocchiaro, 22 marzo 2000, che, pur occupandosi specificamente della questione della validità di una richiesta di misura cautelare proposta senza previo decreto di autorizzazione alla riapertura delle indagini (risolta in senso negativo), ha sposato in tutto i principi affermati dalla Corte costituzionale, dando atto, tra l'altro, di un contrasto giurisprudenziale all'epoca già formatosi in termini analoghi a quello ora all'attenzione delle Sezioni unite e prendendo partito per la tesi (v. in particolare il punto 10 di detta decisione) secondo cui l'archiviazione determina una preclusione endoprocedimentale all'*agere* del medesimo ufficio del p.m., che inibisce non solo la ripresa dell'attività investigativa o le iniziative cautelari ma lo stesso esercizio dell'azione penale, con riferimento allo stesso fatto oggetto del provvedimento di archiviazione, rimovibile solo attraverso il decreto *ex art. 414 c.p.p.* Ma già appena un mese prima di questa decisione le Sezioni unite, con la sentenza 23 febbraio 2000, n. 8, Romeo, trattando *ex professo* della preclusione derivante da una sentenza di non luogo a procedere, avevano mostrato di recepire *in toto* l'impostazione data dalla Corte costituzionale agli effetti della preclusione processuale derivante dal provvedimento di archiviazione. Inoltre alla medesima pronuncia costituzionale si è richiamata, pur senza specifici approfondimenti sul tema qui all'esame, anche Sez. un., 28 giugno 2005, Donati. Va infine considerato che il riconoscimento della capacità a testimoniare dell'"archiviato" da parte di Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, si basa proprio sulla considerazione dell'effetto preclusivo derivante dal provvedimento di archiviazione, superabile solo con il decreto di riapertura delle indagini.

Contrariamente a quanto rilevato nell'ordinanza di rimessione, non sembra poter contraddire tale impostazione l'osservazione (peraltro di natura sostanzialmente incidentale) contenuta nella citata sentenza della sez. V, Gianoglio, secondo cui l'efficacia preclusiva derivante dall'omessa riapertura delle indagini, concernendo soltanto le modalità di esercizio dell'azione penale elencate nell'art. 405 c.p.p. e operando esclusivamente nell'ambito del medesimo ufficio giudiziario, riguarderebbe la "notizia di reato" e non il "fatto", impedendo così la ripresa della fase procedimentale ma non il giudizio sulla imputazione. La notizia di reato non è altro che il veicolo con cui viene rappresentato un fatto penalmente rilevante, come si ricava dalla disciplina contenuta negli artt. 330 e seguenti c.p.p., e il provvedimento di archiviazione, riconoscendo la "infondatezza" della notizia di reato si riverbera inevitabilmente sul contenuto di questa. Non emergono dunque nuovi argomenti che inducano a rivedere criticamente le conclusioni espresse dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, e in particolare quelle delle Sezioni unite di questa Corte, in consonanza con la citata sentenza della Corte costituzionale. Deve perciò ribadirsi che la mancanza del provvedimento di riapertura delle indagini *ex art. 414 c.p.p.* determina non solo la inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione ma anche la preclusione all'esercizio dell'azione penale per quello stesso fatto-reato, oggettivamente e soggettivamente considerato, da parte del medesimo ufficio del pubblico ministero. Come implicitamente riconosciuto da Corte cost., ord. n. 56 del 2003, ciò va detto anche qualora il nuovo atto di impulso processuale passi attraverso un vaglio preventivo del giudice, come nel caso della richiesta di rinvio a giudizio, che dà luogo all'udienza preliminare (art. 416 c.p.p.). L'esercizio dell'azione penale è espressione di una scelta che il pubblico ministero, in relazione a una determinata *notizia criminis*, compie al termine delle indagini preliminari in alternativa alla richiesta di archiviazione (art. 405, comma 1, c.p.p.), sicché, archiviato il procedimento, il p.m. perde il potere di adottare ulteriori opzioni sul medesimo fatto, a meno che non chieda e ottenga il decreto di riapertura delle indagini, dal quale infatti consegue una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato (art. 414, comma 2, c.p.p.)

Tanto chiarito, va osservato che nel caso in esame un simile effetto preclusivo non si è verificato. Nella specie l'archiviazione è stata disposta secondo il regime del codice di rito penale del 1930. Dagli atti risulta un decreto di "non doversi promuovere l'azione penale" emesso in data 21 ottobre 1989 dal Giudice istruttore del Tribunale di Roma *ex art. 74 c.p.p. 1930*, in accoglimento di una richiesta del Pubblico ministero in data 28 settembre 1989, avente ad oggetto una denuncia di Alessandro Zito del 31 luglio 1989. Il procedimento era stato quindi riaperto dal p.m. a seguito di una denuncia in data 21 settembre 1992, presentata per lo stesso fatto da Edoardo Ughetti nei confronti del Giuliani e del Petrone, alla quale erano allegati documenti a sostegno di quanto denunciato e in cui si precisava che il fatto era stato già archiviato. In data 6 ottobre 1994 il p.m. ordinava una nuova iscrizione a carico di Giuliani, Petrone e Milesi De Bazzichini. Il decreto che dispone il giudizio è del 6 dicembre 1996.

Dalla sentenza del tribunale si ricava che in primo grado la difesa, in sede di conclusioni, aveva eccepito, producendo i relativi atti, che per lo stesso fatto il G.i. aveva emesso decreto di non doversi promuovere l'azione penale e che, entrato in vigore il nuovo codice, per esercitare l'azione penale sullo stesso fatto il p.m. avrebbe dovuto chiedere al g.i.p. l'autorizzazione alla riapertura delle indagini, cosa che non era avvenuta. Il tribunale aveva osservato che la deduzione era stata fatta solo in sede di conclusioni e che dagli atti esibiti

non era possibile verificare nel merito la fondatezza della tesi difensiva; la quale comunque, secondo parte della giurisprudenza, avrebbe implicato solo la inutilizzabilità degli eventuali atti di indagine, ma non delle "risultanze dibattimentali su cui si fonda invece la presente sentenza".

Per le ragioni già esposte, quanto osservato dal tribunale non può essere condiviso, ma va ribadito, richiamando Cass., sez. V, 15 giugno 1999, n. 9047, Larini e altri, che nel caso in cui il p.m. intenda nuovamente procedere su fatti oggetto di archiviazione ai sensi dell'art 74 c.p.p. 1930, non è necessario un provvedimento di autorizzazione da parte del g.i.p. Era infatti incontestato nel regime previgente che il decreto di non doversi promuovere l'azione penale emesso dal giudice istruttore non avesse alcun effetto preclusivo, ben potendo il pubblico ministero liberamente riaprire le indagini ed esercitare l'azione penale senza necessità di un provvedimento autorizzatorio giudiziale (v. per tutte Cass., sez. I, 31 gennaio 1989, n. 6588, Masucci). Si potrebbe obiettare che l'effetto preclusivo è collegato dal vigente codice al tipo di provvedimento (archiviazione) e che perciò, una volta che l'archiviazione sia intervenuta, occorra l'autorizzazione a riaprire le indagini tanto se il relativo provvedimento sia stato adottato in applicazione delle norme dell'attuale codice quanto se sia stato adottato in applicazione di quelle del codice del 1930. Ma, in primo luogo, va considerato che l'art. 414 c.p.p. si riferisce al "provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti", e non, semplicemente, a un "provvedimento di archiviazione"; sicché, anche solo sotto l'aspetto letterale, sarebbe difficilmente sostenibile che l'istituto della riapertura delle indagini possa estendersi alle "archiviazioni" adottate sulla base del regime del codice previgente. In secondo luogo, in base alle regole del diritto intertemporale, gli effetti di un atto processuale, salve espresse previsioni derogatorie, sono regolati dalle norme vigenti al momento della sua adozione (v. in questo senso, per tutte, Cass. civ., sez. III, 12 maggio 2000, n. 6099, Min. pol. Agr. C. Posterino), e la disciplina del codice previgente, come detto, non contemplava alcuna necessità di un atto giudiziale che rimovesse gli effetti del provvedimento di archiviazione. Le norme di coordinamento del codice non offrono del resto indicazioni contrarie: come osservato dalla citata sentenza Larini, l'art. 232 norme coord. c.p.p. equipara le sentenze istruttorie di non doversi procedere del codice del 1930 alle sentenze di non luogo a procedere del codice vigente, nonché ai provvedimenti di archiviazione per mancanza di una condizione di procedibilità o per essere rimasti ignoti gli autori del reato, non stabilendo alcuna assimilazione tra i provvedimenti archiviazione di vecchio e nuovo rito. In terzo luogo, dal punto di vista della fisionomia degli istituti, va osservato che sussistono rilevanti differenze tra il provvedimento di non doversi promuovere l'azione penale *ex art. 74 c.p.p. 1930* e quello di archiviazione *ex artt. 409 e segg. c.p.p.* Quest'ultimo si basa sulla regola decisoria di cui all'art. 125 disp. atto c.p.p. (non idoneità degli elementi acquisiti nelle indagini a sostenere l'accusa in giudizio), e trova collocazione al termine delle indagini preliminari; mentre l'analogo provvedimento del codice previgente si basava sostanzialmente su una valutazione di manifesta infondatezza della notizia di reato ed era adottato in via alternativa all'inizio dell'attività istruttoria, costituente di per sé esercizio dell'azione penale. Per usare le parole di una lontana pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 102 del 1964), il provvedimento adottato *ex art. 74 c.p.p. 1930* «non chiude né definisce alcun procedimento istruttorio, che anzi dichiara di non voler iniziare» ed ha «il carattere di un atto che non preclude l'esercizio dell'azione penale». Va infine considerato che l'attuale disciplina contempla

un controllo giudiziale particolarmente pregnante sulla richiesta di archiviazione, essendo previste forme decisorie adottabili in contraddittorio, introdotte d'ufficio o su impulso della persona offesa (artt. 409 e 410 c.p.p.). Può dunque fondatamente sostenersi che il provvedimento adottato ex art. 74 c.p.p. 1930 aveva una minore "stabilità" rispetto all'archiviazione disciplinata dagli artt. 409 e s. c.p.p., così da giustificare, in quello, la non necessità di un formale provvedimento di riapertura delle indagini una volta intervenuta l'archiviazione.

Deve concludersi che nella specie, trattandosi di un'archiviazione di "vecchio rito", non trova applicazione l'art. 414 c.p.p. e che bene è stata esercitata l'azione penale dallo stesso pubblico ministero romano sulla base di nuove valutazioni successive al provvedimento di archiviazione.

[omissis]

DILETTA SERVI

Dottore di ricerca in Procedura penale - Università di Perugia

L'efficacia preclusiva del provvedimento d'archiviazione: un *déjà vu* con qualche ritocco

Le Sezioni Unite scendono ancora in campo per arginare un costante dibattito sugli effetti ricollegabili all'assenza del decreto di riapertura delle indagini: la pronuncia, attribuendo al provvedimento di archiviazione non rimosso un ostacolo all'esercizio dell'atto d'accusa de eadem re et persona, segna un ulteriore passo avanti sulla strada delle garanzie; ma l'ambito della preclusione, limitata all'ufficio giudiziario in cui è stato disposto il decreto archiviativo, rende il principio facilmente eludibile.

Il contrasto

Il punto nodale è che cosa accade se – avendo ottenuto una prima archiviazione – il pubblico ministero (*melius re perpensa*) eleva l'accusa nonostante manchi un decreto di riapertura delle indagini.

In materia emergeva un persistente contrasto, non sopito neppure da un precedente intervento delle Sezioni Unite¹ le quali, percependo i *dicta* della Corte costituzionale², avevano condiviso e valorizzato l'esegesi

maggioritaria³, sostenitrice di un effetto (limitatamente) preclusivo del provvedimento d'archiviazione.

Sebbene la tesi prevalente ritenesse che la mancanza del decreto di riapertura indagini infici l'eventuale esercizio dell'azione penale⁴, permaneva, tuttavia, una linea di tendenza antinomica, per la quale l'assenza di detto provvedimento genera la mera inutilizzabilità degli atti posteriori eventualmente compiuti⁵; e ciò non solo nell'ottica di una

¹ Cass., sez. un., 22 marzo 2000, Finocchiaro, *Cass. pen.*, 2001, 40 con commento di Norcio, *L'autorizzazione ex art. 414 c.p.p., tra garantismo apparente e garantismo reale*.

² C. cost., sent. 12 gennaio 1995, n. 27, *Giur. cost.*, 1995, 257, nonché in *Cass. pen.*, 1995, 1150 (con osservazioni contrarie di Macchia). Per un approccio critico alla sentenza v., Caprioli, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1374 ss.

³ Cass., sez. I, 6 luglio 1999, Montalbano, *CED Cass.*, 214099; Cass., Sez. IV, 20 marzo 1997, Saltannecchi, *ivi*, 208528; Cass., sez. VI, 28 febbraio 1997, Cappello, *ivi*, 207360; Cass., sez. I, 18 giugno 1996, Canfora, *ivi*, 205136.

⁴ Cfr., su tale linea, Cass., sez. IV, 15 dicembre 2005, Calà, *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 499; Cass., sez. I, 20 gennaio 2005, Guadalupi, *CED Cass.*, 231491; Cass., sez. IV, 11 maggio 2004, Manchisi, *ivi*, 229453; Cass., sez. II, 6 luglio 2004, Nocito, *ivi*, 229729; Cass., sez. III, 24 novembre 2000, Puppo, *ivi*, 218665.

⁵ Cfr., Cass., sez. III, 28 settembre 2004, Rodriguez, *CED Cass.*, 230334 secondo cui la riapertura delle indagini non comporta l'inammissibilità della richiesta di rinvio a giudizio ma soltanto l'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti successivamente al provvedimento di archiviazione. Sembra privilegiare la tesi anche: Cass., sez. V, 8 maggio 2008, De Carlo, *ivi*, 240997; Cass., sez. I, 15 giugno 2006, Palombo, *ivi*, 235261. In pre-

successiva pronuncia di merito, ma anche per tutte le decisioni astrattamente adottabili nel corso del procedimento, quali, ad esempio, quelle cautelari. In sostanza, il rappresentante dell'accusa, pur non potendo validamente svolgere l'attività inquirente, conserverebbe integro il potere di esercitare l'atto di accusa.

Tale ultima scelta interpretativa muove, innanzitutto, da argomenti di carattere lessicale: oggetto dell'autorizzazione è solo lo svolgimento di attività di indagine e non l'esercizio dell'azione penale; cosicché, l'osservanza dell'art. 414 c.p.p., determina l'inutilizzabilità del materiale probatorio "abusivamente" acquisito dal p.m., in analogia a quanto statuito dall'art. 407 c.p.p. per gli atti posti in essere decorso il termine di durata delle indagini⁶. A pensarla diversamente, secondo tale corrente, l'efficacia preclusiva implicherebbe un limite di natura estrinseca all'operatività del principio di obbligatorietà dell'azione, riducendo l'autonomia decisionale del pubblico ministero e sottoponendolo ad un potere di veto da parte di un «ana-

cronistico (...) superistruttore»⁷, anche e soprattutto alla luce dell'inoppugnabilità del diniego di riapertura⁸.

Tuttavia l'assunto, per quanto sostenuto da argomenti di sicuro pregio, non è immune da margini di opinabilità.

Infatti, l'art. 112 Cost. configura in capo al pubblico ministero un obbligo di azione il cui esercizio postula, tuttavia, il rispetto delle griglie processuali finalizzate a contemperare gli interessi dell'accusa e del soggetto che si difende. Sotto tale profilo, l'osservanza del menzionato principio costituzionale non esclude *a priori* la necessità di un sindacato del giudice sui presupposti fissati dalla legge per il riattivarsi delle investigazioni dopo l'atto archiviativo; e ciò anche al fine di garantire effettività delle "barriere cronologiche" allo svolgimento delle indagini preliminari.

Non mancava, infine, una lettura per la quale, in difetto del decreto di riapertura delle indagini, l'esercizio dell'azione penale sarebbe stato inficiato da nullità assoluta (art. 179, comma 1 lett. b), c.p.p., trattandosi

cedenza, Cass., sez. I, 28 aprile 2000, Cardella, *ivi*, 216099; Cass., sez. VI, 24 giugno 1998, Migliaccio, *ivi*, 212910; Cass., sez. V, 25 ottobre 1994, Carbone, *ivi*, 199874. In tale ordine di idee, si era sostenuto (Cass., sez. I, 24 giugno 1998, Coppola, *ivi*, 211291) che si tratterebbe di una inutilizzabilità non rilevabile d'ufficio, differenziandosi da quella generale di cui all'art. 191 c.p.p., in quanto le parti potrebbero avere un interesse opposto all'inutilizzabilità.

⁶ Cfr., Cass. sez. V, 25 ottobre 1994, Carbone, *cit.* Non condivide il richiamo all'art. 407, comma 3, c.p.p., in virtù della sostanziale differenza esistente tra i due istituti: Antezza, *Omessa riapertura delle indagini tra inutilizzabilità e preclusione endoprocedimentale*, *Il Merito*, 2008, 1, Secondo un'esegesi parzialmente difforme espressa in dottrina, l'inutilizzabilità deriverebbe, invece, dall'art. 191, c.p.p., trattandosi di atti compiuti senza autorizzazione e, quindi, in dispregio di un divieto implicito di legge. Cfr., Caprioli, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, *cit.*, 1375; Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 2006, 434; Kostoris, *Riapertura delle indagini*, *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 355; Valentini Reuter, *In tema di riapertura delle indagini dopo l'archiviazione e misure coercitive*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 325.

⁷ Così, testualmente, Cordero, *Procedura penale*, *cit.*, 434.

⁸ Contestano il fondamento della natura preclusiva dell'archiviazione agli effetti dell'esercizio dell'azione penale: Bernardi, *sub. art. 414 c.p.p.*, *Comm. Chiavario*, IV, 554; Bonsignori, *Archiviazione*, *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 126; Caprioli, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, *cit.*; Carli, *Preclusione e riapertura delle indagini preliminari nell'art. 414 c.p.p.*, *Giur. it.*, 1993, II, 641; Cordero, *Procedura penale*, *cit.*, 434 (per il quale si tratterebbe di «un'ipotesi folle»); Orlandi, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, *Cass. pen.*, 1998, 3291; Valentini Reuter, *In tema di riapertura delle indagini dopo l'archiviazione*, *cit.*, 1994, 325. Rileva Scalfati, (*L'udienza preliminare, Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 23) che, precludendo l'esercizio dell'azione, l'obbligo posto dall'art. 112 Cost. verrebbe fortemente affievolito, al punto da innestare qualche riserva di compatibilità costituzionale.

di patologia concernente l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione⁹; tuttavia, come già sostenuto dalla Corte costituzionale, l'*impasse* non può risolversi invocando la sanzione della nullità, in quanto «invalidato l'atto di impulso processuale, residuerebbe un procedimento eternamente in vana attesa di definizione»¹⁰.

La scelta della preclusione endoprocedimentale

La pronuncia in rassegna aderisce al ricordato indirizzo maggioritario e, confermando il precedente orientamento, ribadisce¹¹ il principio secondo cui in difetto di «nulla osta»¹²

giudiziale alla riapertura delle indagini, non solo sono inutilizzabili gli esiti investigativi eventualmente compiuti, ma è inibito l'esercizio dell'azione penale per quello stesso fatto da parte del medesimo ufficio del pubblico ministero¹³.

In particolare, l'approdo consegue ai risultati indotti dalla giurisprudenza costituzionale con sentenza n. 27 del 1995, dove si sostiene che la mancanza del decreto di apertura implica che «l'azione penale non doveva essere iniziata»; qui le Sezioni unite si adagiano sugli enunciati della Consulta quanto alla natura, alla funzione ed alla mancanza del provvedimento *ex art.* 414 c.p.p.¹⁴.

⁹ Cfr., Cass., sez. VI, 11 maggio 2004, Manchisi, cit. Analogamente, sez. I, 4 marzo, 2010, Greco, *Ced. Cass.*, 246668; Cass., sez. IV, 1 luglio 2008, p.m. c. G.A., *ivi*, 240965. In letteratura, l'ipotesi è prospettata da Giostra, *L'Archiviazione*, Torino, 1994, 102, nonché Di Vito, *L'indebita autorizzazione alla riapertura delle indagini tra riflessi sanzionatori e rimedi impugnativi*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 341.

¹⁰ C. cost., sent. 12 gennaio 1995, n. 27, cit. Nell'occasione, i giudici erano stati investiti sulla legittimità dell'art. 555, comma 2, c.p.p., in relazione all'art. 414 c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione, in difetto di autorizzazione giudiziale a riaprire le indagini. Nel dichiarare infondata la questione, infatti, la Consulta ha ricondotto la problematica sul piano della carenza di condizioni di procedibilità.

¹¹ Nell'apparato motivazionale si legge come il nuovo intervento nasca da alcune pronunce dissenzienti dalle quali però non emergono nuovi argomenti tali da necessitare una revisione o una rielaborazione critica dei principi espressi «dalla prevalente giurisprudenza di legittimità e, in particolare quella delle Sezioni unite, in consonanza con la sentenza della Corte costituzionale». La Corte ricorda il medesimo indirizzo espresso (sez. un., 9 marzo 2000, Romeo, *Cass. pen.*, 2001, 48) anche in tema di efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere non revocata.

¹² L'espressione è di Orlandi, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, cit., 3292.

¹³ Pur pervenendo a tale approdo esegetico, le Sezioni unite hanno respinto il ricorso in quanto, nel caso di specie, si trattava di «archiviazione di vecchio rito». La pronuncia muove dalle divergenze esistenti tra le dinamiche archiviatorie tracciate dall'attuale ordito codicistico ed il sistema delineato dall'art. 74 c.p.p. 1930; infatti, tale ultimo provvedimento «non chiude né definisce alcun procedimento istruttorio, che anzi dichiara di non voler iniziare» ed ha «il carattere di atto che non preclude l'esercizio dell'azione penale». Diversamente, l'attuale meccanismo disciplinato dagli artt. 409 ss. c.p.p., prevede un vaglio giudiziale «particolarmente pregnante», contemplando forme decisorie adottabili nel contraddittorio tra le parti, introdotte *ex officio* o su iniziativa della persona offesa. Pertanto, conclude la Corte, può asserirsi fondatamente che il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 74 c.p.p. 1930 aveva una minore stabilità, tale da giustificare la non necessità di un formale provvedimento di riapertura delle indagini archiviate.

¹⁴ Già i precedenti, il Supremo Consesso aveva opportunamente evidenziato la valenza garantistica del meccanismo archiviatorio, quale conseguenza operativa del sistema tracciato dalle previsioni sui termini di durata massima delle indagini, di chiusura delle medesime, nonché sulla sanzione d'inutilizzabilità degli esiti investigativi compiuti fuori tempo. All'epoca, i giudici sottolinearono che tale sistema sarebbe eluso se fosse ammissibile «riesumere dall'archivio», in qualunque momento una data «pratica» e, senza passare per il vaglio giudiziale, riattivare la «macchina» investigativa.

Esiste pure un appiglio normativo (art. 345 c.p.p.) laddove si statuisce che la pronuncia di archiviazione con cui è stata dichiarata la mancanza di querela, istanza, richiesta o autorizzazione a procedere, non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto o contro la stessa persona se in seguito interviene la condizione di procedibilità; da tale precetto si inferisce, *a contrario*, che, qualora l'atto archiviativo sia stato emesso per circostanze diverse da quelle appena enunciate (ad es., per inidoneità probatoria), esso determina un effetto ostativo che necessita, per essere rimosso, dell'autorizzazione di cui all'art. 414 c.p.p.¹⁵.

Ricorrendo poi alla categoria della preclusione¹⁶, si ricollega al provvedimento di ar-

chiviazione un effetto ostativo endoprocedimentale¹⁷ che può essere rimosso solo attraverso una pronuncia giudiziale¹⁸ la cui assenza genera una condizione di improcedibilità "atipica" ex art. 345, comma 2, c.p.p.¹⁹.

A sostegno dell'asserto, le Sezioni Unite evocano un filone giurisprudenziale, ormai sedimentato, secondo cui la preclusione processuale giustifica l'impromovibilità della domanda anche dinanzi a provvedimenti decisori diversi da quelli profilati nell'articolo 649 c.p.p. Ormai da tempo ci si muove nell'ottica di un'esegesi estensiva di quest'ultimo precetto, che travalica il dato strettamente letterale, ritenendolo applicabile pure in caso di una sentenza non ancora definitiva²⁰. Al riguardo, rileva un precedente

¹⁵ Cfr., *ex plurimis*, Giostra, *L'archiviazione*, cit., 99. Per la giurisprudenza, v. Cass., sez. I, 18 ottobre 2000, Sampugna, *Giust. pen.*, 2001, III, 407.

¹⁶ Sul concetto, la letteratura è assai vasta; tra gli altri, Attardi, *Preclusione*, *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 896, il quale, nel richiamare Chiovenda (*Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965), afferma che si tratta di un espediente per rendere certo, ordinato e sollecito lo svolgimento del processo, nell'ottica di dinamiche spedite e scevre di contraddizioni o ripiegamenti.

¹⁷ Al riguardo, in uno dei passaggi argomentativi della precedente sentenza (sez. un. 22 maggio 2000, Finocchiaro, cit.), i cui contenuti sono implicitamente mutuati dalla pronuncia in esame, era stato affermato che l'effetto ostativo in parola rende inammissibile la reiterazione di istanze tese a provocare un nuovo provvedimento che possa contrastare con un altro già pronunciato sul medesimo oggetto, senza che venga mutata la base fattuale posta a sostegno del primo atto. In tale ottica, la delineata situazione processuale, per quanto non paragonabile a quella derivante dall'autorità della cosa giudicata, «esprime il dato negativo dell'impedimento all'esercizio di una facoltà, in costanza delle condizioni in base alle quali fu emessa la precedente decisione; in sostanza, in una decadenza».

¹⁸ Si conferisce all'atto archiviativo una stabilità relativa, allo "stato degli atti", superabile solo in presenza di nuove investigazioni che legittimano un provvedimento di riapertura.

¹⁹ Cfr., sul punto, Russo, *Riapertura delle indagini e revoca della sentenza di non luogo a procedere*, *Riv. pen.*, 1997, 441.

²⁰ Del resto, si tratta di una esegesi in linea con lo scenario europeo in tema di *ne bis in idem* internazionale. Infatti, l'art. 54 della Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen vive una dimensione applicativa più ampia di quella che traspare dal mero dato letterale della norma, pervenendo alla conclusione che l'operatività di essa non postula una "sentenza definitiva"; dimensione di sicuro più sintonica con il sistema di collaborazione e assistenza giudiziaria tra gli stati dell'Unione teso ad evitare che, in un'ottica di necessaria realizzazione di uno spazio giudiziario comune si verificino reiterazioni di procedimenti e/o decisioni sull'identica regiudicanda. Sulla portata del principio si sono succedute numerose pronunce della Corte di Giustizia delle comunità europee. Anche in tempi piuttosto recenti, i Giudici di Strasburgo, aditi in via pregiudiziale ex art. 177 del Trattato Ue, hanno fornito un'interpretazione autentica della disposizione contenuta nell'art. 54 della CAAS: il divieto del *bis in idem* si applica anche in caso di procedure di estinzione dell'azione penale, di natura sostanzialmente "transattive" (come il nostro patteggiamento, ovvero la procedura di estinzione del reato per oblazione) e solo formalmente di "archiviazione" in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un

dente indirizzo che considera l'art. 649 c.p.p. espressione di un principio più ampio il quale, anche in assenza di una decisione irrevocabile, «rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale e ne permette la rimozione con l'impiego dei rimedi enucleabili dal sistema»²¹. In simile ordine di idee, il richiamato precetto normativo rappresenta un «singolo specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica»²². Si rafforza, insomma, una linea esegetica²³ la quale crea una prima fenditura ad una lettura

rigorosa dell'art. 649 c.p.p., statuendo che, sebbene il testo della previsione colleghi il divieto di un secondo giudizio alla pronuncia di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili, ciò non significa che fino a quando non sia stata pronunciata una sentenza irrevocabile possano legittimamente svolgersi, nei confronti della stessa persona e per lo stesso fatto, più procedimenti penali. In questa prospettiva, l'art. 649 c.p.p. esprime «un costante orientamento di sistema, dettato ad evitare duplicità di decisioni» e un «generale principio di *ne bis in idem* che tende innanzitutto ad evitare che per lo stesso fatto di reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti l'uno indipendente dall'altro»²⁴.

Latitudine dell'effetto ostativo

Un primo profilo di particolare interesse riguarda l'esatta portata da attribuire all'efficacia preclusiva scaturente dall'archiviazione non rimossa. Le Sezioni Unite statuiscono che la preclusione all'esercizio dell'azione penale

giudice, un procedimento penale promosso in questo stato dopo che l'imputato ha soddisfatto determinati obblighi in conformità alle richieste del p.m. e, specificatamente, ha versato una determinata somma di denaro». Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 11 febbraio 2003 - Cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Guida dir.*, 2003, 9, 100. Per un commento, Selvaggi, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, *Cass. pen.*, 2003, 1692. Su tale specifico profilo v. anche Bellocchi, *Decreto di archiviazione, assenza di autorizzazione alla riapertura delle indagini ed imputazione coatta*, cit., 621-622 ove si sottolinea come, in virtù della lettura interpretativa fornita dalla Corte di Giustizia, è riconosciuta efficacia ostativa al giudicato, allorquando, vi sia stato un accertamento effettivo della responsabilità dell'imputato, a prescindere dalla qualificazione data dai singoli sistemi nazionali; invece, il divieto in parola non opera in ipotesi di archiviazione di «mero rito». In ogni caso, per un più puntuale *exkursus* dei vari interventi giurisprudenziali succedutisi in tema, v., *ex plurimis*, Astarita, *Ne bis in idem e archiviazione, tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*, *Riv. dir. processuale*, 2004, 1155 ss.

²¹ Cfr., Cass. sez. un., 28 settembre 2005, p.g. in c. D., *Dir. pen. proc.*, 2006, 719.

²² Nell'occasione, le Sezioni Unite, proprio in virtù del principio ricordato nel testo, hanno ammesso la sentenza di non doversi procedere per improponibilità dell'azione penale, in ipotesi di litispendenza.

²³ Inaugurata da Cass., sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, *Cass. pen.*, 1996, 2611. Tale lettura ha dato poi l'avvio ad un consistente indirizzo interpretativo teso ad attribuire all'art. 649 c.p.p. una portata operativa più ampia di quella che traspare dall'enunciato letterale, essendo la disposizione strettamente correlata al principio cardine dell'ordinamento processuale, il quale vieta la duplicazione del processo contro la stessa persona per il medesimo fatto: Cass., sez. VI, 18 novembre 2004, F., *CED Cass.*, 230760; Cass., sez. VI, 25 febbraio 2002, p.g. in proc. Sulsentì, *Cass. pen.*, 2003, 3861; Cass., sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, *CED Cass.*, 212864.

²⁴ Cass., sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, cit.

opera «per quello stesso fatto-reato, oggettivamente e soggettivamente considerato, da parte del medesimo pubblico ministero»²⁵.

Si tratta di un enunciato espressione di un filone interpretativo mutuato da un precedente intervento al quale occorre giocoforza riportarsi, onde tratteggiare il perimetro operativo della preclusione²⁶. Secondo tali parametri l'efficacia è circoscritta allo «stesso fatto», con ciò intendendosi la *notitia criminis* che presenta il medesimo contenuto, sia sotto il profilo delle componenti dell'addebito (condotta, evento, nesso di condizionamento eziologico)²⁷, sia con riguardo agli aspetti "esterni" da identificarsi nell'Autorità che procede all'investigazione nonché nel suo giudice referente. È poi evidente che l'identità debba riguardare le persone coinvolte dall'indagine

archiviata, anche se il loro nome non sia stato iscritto nel registro delle notizie di reato.

Il sindacato al quale è chiamato il giudice per valutare l'esistenza della preclusione attiene il contenuto della *notitia criminis*, per «saggiar(n)e la medesimezza a confronto degli essenziali elementi costitutivi del reato: la condotta, nei suoi risvolti di azione o omissione e connessi risvolti sull'elemento psicologico; l'evento nella sua essenzialità modificativa del mondo esterno (evento in senso naturalistico o di messa in pericolo) e nell'offesa dell'interesse protetto dalla norma; il rapporto di condizionamento tra la condotta (quella data condotta) e la produzione dell'evento». Allorché vi sia disomogeneità tra uno o più di detti elementi identificativi, non si è di fronte allo «stesso fatto»

²⁵ In tale ottica, in uno dei passaggi motivazionali della pronuncia, si precisa che «l'esercizio dell'azione penale è espressione di una scelta che il pubblico ministero, in relazione a una determinata *notitia criminis*, compie al termine delle indagini preliminari in alternativa alla richiesta di archiviazione (art. 405, comma 1, c.p.p.), sicché archiviato il procedimento, il pm perde il potere di adottare ulteriori opzioni sul medesimo fatto, a meno che non chieda ed ottenga il decreto di riapertura delle indagini, dal quale consegue una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato (art. 414, comma 2, c.p.p.)».

²⁶ Pertanto, per individuare i criteri identificativi del concetto di stesso fatto occorre riportarsi alla precedente sentenza Finocchiaro (Cass., sez. un., 22 marzo 2000, cit.) nonché alla giurisprudenza *ivi* valorizzata (cfr., Cass., sez. VI, 12 settembre 1996, Taglieri, *CED*, 205902; Cass., sez. IV, 18 dicembre 1998, Bruno, *ivi*, 213140; Cass., sez. I, 11 giugno 1996, Morici, *ivi*, 295157; Cass., sez. VI, 5 agosto 1997, Audino, *ivi*, 208863).

²⁷ Nell'ipotesi di reato permanente, l'effetto ostativo del decreto archiviatorio impedisce soltanto che, in assenza di autorizzazione alla riapertura delle indagini, si indaghi sul segmento temporale della condotta illecita oggetto della *notitia criminis* già presa in considerazione o che si utilizzino per lo stesso periodo gli elementi probatori in precedenza acquisiti: Cass., sez. V, 18 gennaio 2005, Sorce, *CED Cass.*, 231780 (nella fattispecie la Corte ha ritenuto legittimo l'esercizio dell'azione penale per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. posto che l'imputazione riguardava il segmento temporale successivo al decreto archiviativo). In senso adesivo, Cass., sez. II, 18 dicembre 2008, *ivi*, 242722; Cass., sez. I, ord. 15 giugno 2006, *ivi*, 235261; Cass., sez. III, 28 settembre 2004, Rodriguez, cit. Sul profilo, più dettagliatamente, Antezza, *Omessa riapertura delle indagini tra inutilizzabilità e preclusione endoprocedimentale*, cit., che sottolinea come da simile analisi del concetto di stesso fatto (*rectius*: «stessa *notitia criminis*») discende – con riferimento particolare all'associazione di tipo mafioso – che quando il provvedimento di archiviazione concerna fatti storici materialmente diversi sotto il profilo spazio-temporale delle condotte partecipative e sotto il profilo delle persone coinvolte, l'autorizzazione giudiziale non è necessaria, trattandosi di una diversa notizia di reato in relazione alla quale il pm (anche lo stesso pm che ha chiesto ed ottenuto in precedenza l'autorizzazione) ha autonomo potere-dovere di procedere alle indagini ed eventualmente di esercitare l'azione penale (pure con le forme che implicino il passaggio alla fase processuale).

archiviato ma ad uno diverso, con conseguente autonomia del pubblico ministero²⁸.

Naturalmente, in virtù di questi criteri, ciò che rileva ai fini dell'effetto ostativo è l'accadimento storico in concreto desumibile, prescindendo dalla relativa qualificazione giuridica²⁹.

Peraltro, la verifica circa l'identità del fatto, per valutare se occorre o meno un decreto di riapertura *ex art. 414 c.p.p.*, può risultare talvolta difficile, se solo si considera che nella fase delle indagini preliminari non c'è ancora una imputazione formale; cosicché il giudice, nel momento in cui deve effettuare il controllo, sembra onerato a "spulciare" gli atti investigativi, in modo da ricostruire il contenuto della fattispecie giudiziale della vicenda archiviata.

Passando ad un secondo profilo d'interesse, va ricordato che, secondo le linee tracciate dalle Sezioni Unite, la preclusione è correlata all'identità dell'ufficio giudiziario territoriale, atteso che i fatti collegati ad altro luogo di consumazione assumono inevitabilmente differenti connotati "naturalistici"³⁰. Sulla base di tale prospettiva, il provvedimento di riapertura delle indagini, rimuovendo gli effetti scaturenti della precedente archiviazione, si conno-

ta come un equipollente della revoca; pertanto, il controllo sul potere investigativo postumo del pubblico ministero è configurabile solo da parte dello stesso giudice (ufficio giudiziario) che ha emesso l'archiviazione. Al contrario, alcuna influenza potrebbe esercitarsi sull'operato di un pubblico ministero di diverso ufficio, anche se per ipotesi la vicenda fosse identica a quella oggetto di archiviazione³¹. La riapertura delle indagini, del resto, è definibile come provvedimento incidentale di una data vicenda e non può che inerire al "medesimo fatto" nella specificità degli elementi apprezzati all'atto dell'archiviazione. I contorni di "stesso fatto" non prescindono dalle condizioni di luogo, tempo e di persona che lo contraddistinguono in quel dato segmento procedurale; ne deriva che l'effetto preclusivo «non potrebbe avere carattere vagante», essendo radicato alla fattispecie come apprezzata dal giudice con le sue connotazioni *illo tempore* irripetibili³². In definitiva, nessun ostacolo si frappone all'autorità giudiziaria "diversa" ed intervenuta in un momento successivo, tanto più nell'ipotesi "patologica" in cui solo questa risulti essere realmente competente a procedere³³.

²⁸ Parametri tracciati nella sentenza Finocchiaro (sez. un., 20 marzo 2000, cit.) la quale si riporta ai criteri elaborati in precedenza (Cass., sez. I, 11 giugno 1996, Morici, cit.) ove si affermava che la verifica si incentra sul contenuto della *notitia criminis*, ovvero sulla identità o meno delle componenti oggettive del fatto reato, e non sull'identità della notizia di reato, atteso che il fatto «diverso» va identificato proprio attraverso l'analisi degli elementi sostanziali della notizia, ossia sul suo contenuto.

²⁹ Il profilo della qualificazione giuridica del fatto non viene affrontato in maniera esplicita nella pronuncia in rassegna; tuttavia, i Supremi giudici, nel riportarsi ai principi ricordati nel testo, sembrano ribadire, implicitamente, che il concetto di stesso fatto è affrancato dal suo inquadramento giuridico, rilevando il contenuto della notizia di reato, ossia l'accadimento concreto ivi riportato.

³⁰ Cfr., Giovanbattista, *La riapertura delle indagini preliminari: controlli e sanzioni sulle investigazioni relative al medesimo fatto*, Il merito, 2004, 58.

³¹ Cass., sez. V, 22 settembre 2005, Capacchione, *CED Cass.*, 233209; Cass., sez. I, 28 aprile 2005, p.g. in proc. Santamaria, *Dir. pen. proc.*, 2005, 1084; Cass., sez. VI, 12 settembre 1996, Taglieri, cit. In senso adesivo, Macchia, *Per il nuovo codice serve un atto formale che l'astratto rito abrogato non richiedeva*, *Guida dir.*, 2010, 43, 93.

³² Così, Cass., sez. VI, 12 settembre 1996, Taglieri, cit.

³³ Cfr., anche Padula, *L'archiviazione*, Milano, 2005, 337-338 aggiungendo che si ha «un progresso di determinazioni addirittura illegittimo e, perciò, certamente inidoneo ad impedire le successive lecite indagini da parte del magistrato naturale». Sul punto, altresì, Landolfi, *Omessa autorizzazione alla riapertura delle indagini ed improcedibilità dell'azione penale*, cit., 2795, il quale sottolinea che non potrebbero muoversi eccezioni a quell'ufficio giudiziario

Certo, simile esegesi, per quanto raffinata da un punto di vista formale, non sembra però scevra da rischi di possibili aggiramenti del principio preclusivo: che l'archiviazione disposta da un certo ufficio non impedisca al pubblico ministero di uno diverso di aprire un'indagine sulla medesima vicenda, rischia di ingenerare "pericolose prassi degenerative"³⁴; del resto, potrebbe non essere difficile riprendere liberamente ad investigare ritenendo altra competenza territoriale³⁵. Ad esempio, in virtù della ricostruzione prospettata, si è ritenuto non ostativo il procedimento archiviato presso la sede giudiziaria competente per territorio e poi "riaperto" dalla Procura distrettuale ai sensi dell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., persino quando il pubblico ministero agente è la stessa persona fisica che aveva condotto le indagini

archivate³⁶. Peraltro, muovendo dalle coordinate esegetiche valorizzate dalle Sezioni Unite, sarebbe non necessario riaprire le indagini anche in presenza di un fatto oggettivamente diverso da quello cui si riferiva il provvedimento archiviatorio, alla luce di acquisizioni effettuate dinanzi ad altra autorità giudiziaria, la cui contestazione sia comunque avvenuta con le regole previste dall'art. 518 c.p.p.³⁷.

Ma i comportamenti elusivi del principio espresso dalla pronuncia in esame sono dietro l'angolo: è stata affermata persino la non operatività della suddetta preclusione con riferimento a forme di esercizio dell'azione penale diverse da quelle richiamate dall'art. 405 c.p.p., cioè differenti da quelle che determinano il passaggio dalla fase procedimentale a quella del processo³⁸.

che, in base ad una autonoma *notitia criminis* aprisse un procedimento verso un soggetto già indagato presso altro ed incompetente, per territorio o materia, ufficio.

³⁴ Le perplessità sono espresse pure da Orlandi, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, cit., 3294 e 3298 per il quale, se è vero che anche i magistrati del p.m. devono osservare le regole sulla competenza stabilite per i giudici (art. 51, comma 3, c.p.p.) – per cui di norma legittimato ad indagare sul fatto archiviato è lo stesso ufficio che ha disposto l'archiviazione –, è altrettanto vero che il controllo sulle attribuzioni del p.m. è meno rigoroso e meno garantito per l'indagato di quello sulla competenza del giudice. Inoltre, gli atti posti in essere dal rappresentante della pubblica accusa "incompetente", sarebbero validi quanto quelli dell'organo "competente" (art. 54 *bis*, comma 4, c.p.p.). Secondo l'Autore, dunque, una corretta applicazione della disciplina di cui all'art. 414 c.p.p. richiederebbe di distinguere a seconda che le indagini si svolgano "simultaneamente", ovvero in sequenza rispetto a quella archiviata, sul rilievo che gli uffici del pubblico ministero sono portati ad agire in modo collegato e simultaneo, ossia con reciproci scambi di conoscenze ed informazioni (artt. 371 e 371 *bis* c.p.p.). Nel primo caso – che si configura come ipotesi di "contrasto positivo", almeno allo stato virtuale, ai sensi del suddetto art. 54 *bis* c.p.p. –, il difetto di autorizzazione non dovrebbe esplicare alcun effetto preclusivo; diversamente, nell'altra eventualità esso dovrebbe operare, in quanto si può ritenere, fondatamente, che il pubblico ministero abbia ommesso di prestare la dovuta attenzione circa gli epiloghi investigativi cui sono approdati altri uffici giudiziari e, quindi, devono farsi ricadere su di lui le conseguenze patologiche di un'indagine incautamente avviata su addebiti già archiviati. Infatti, non si può essere certi che questo ufficio inquirente «non opera, incontrollato, in sinergia con i (e quasi per conto dei) colleghi del diverso ufficio, ai quali sarebbe preclusa un'attività di indagine non autorizzata».

³⁵ Invocando, ad esempio, sopravvenute ragioni di connessione.

³⁶ Così, Cass., sez. I, 20 gennaio 2005, Guadalupi, cit.

³⁷ Cfr. Cass., sez. I, 31 gennaio 2006, C.D., *CED Cass.*, 233513, poiché il decreto archiviativo è superato da un fatto diverso nella sua materialità. In linea, Cass., sez. I, 17 febbraio 2006, Vecchione, *ivi*, 233793; Cass., sez. I, 6 luglio 2005, Baldone, *ivi*, 231659, ritenendo consentita l'integrazione dibattimentale dell'imputazione, ai sensi degli artt. 516, 517 e 518 c.p.p., laddove era intervenuta precedente archiviazione presso un tribunale diverso da quello davanti al quale è in corso il processo. *Contra*, tuttavia, Cass., sez. III, 24 novembre 2000, Puppo, cit.

³⁸ Così Cass., sez. V, 21 agosto 2007, Gianoglio, *Guida dir.*, 2007, 37, 85 (sulle orme di Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, *CED Cass.*, 210032).

Il difensore può conoscere gli atti in vista della convalida di arresto e fermo

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 11 ottobre 2010, n. 36212 - Pres. Lupo; Rel. Macchia

Il difensore dell'arrestato o del fermato ha diritto di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e di applicazione della misura cautelare. Il rigetto dell'istanza del difensore di accesso agli atti determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, che resta sanata ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.p., se non viene eccepita nell'udienza fissata a norma dell'art. 391 c.p.p.

Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 17 ottobre 2009, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano ha applicato nei confronti di xxxxxx la misura della custodia cautelare in carcere quale indagata per vari reati, a seguito di convalida del fermo operato dalla polizia giudiziaria. La misura era disposta all'esito della celebrazione della udienza di convalida, alla quale il pubblico ministero non aveva partecipato, depositando la richiesta di convalida e di emissione della misura, con gli atti pertinenti. La misura cautelare era stata poi confermata dal Tribunale di Milano, quale giudice del riesame, con ordinanza del 27 ottobre 2009. Con successiva istanza, la difesa della indagata ha chiesto al Giudice per le indagini preliminari che la misura fosse revocata ai sensi dell'art. 302 c.p.p., perché emessa a seguito di interrogatorio viziato da nullità assoluta. Osservava, infatti, la difesa che in sede di interrogatorio di convalida, la persona fermata e la stessa difesa non avevano avuto accesso alla richiesta di misura cautelare avanzata dal pubblico ministero ed agli atti posti a fondamento della richiesta stessa. Il Giudice per le indagini preliminari ha respinto, con ordinanza del 30 ottobre 2009, l'istanza in questione, ritenendo insussistente il vizio denunciato.

2. Proposto appello avverso tale ultima decisione, il Tribunale di Milano, con ordinanza del 2 dicembre 2009, ha respinto il gravame. Osserva, al riguardo, il tribunale adito, che dal verbale della udienza di convalida emerge che gli elementi portati a conoscenza della indagata e della difesa nel corso della udienza di convalida, nella sostanza sintetizzavano «in modo completo il contenuto della denuncia presentata dalla persona offesa, che a sua volta sostanzialmente esaurisce il materiale indiziario, posto che la attività di indagine successiva (individuazione dell'alloggio ove la persona offesa e gli indagati vivevano; riconoscimenti fotografici) è modesta e svolta solo a verifica di attendibilità». Alla luce di tali emergenze, il tri-

bunale aderisce alla tesi prevalente secondo la quale non vi è nullità dell'interrogatorio reso in sede di convalida se non vi è stato avviso di deposito delle richieste formulate e della documentazione allegata dal pubblico ministero non comparso, ovvero se ne sia stato negato l'accesso prima dell'espletamento dell'interrogatorio, segnalando come la contraria tesi, pur emersa in giurisprudenza, potrebbe trovare un qualche fondamento soltanto nella ipotesi – che non ricorre nella specie in cui il difensore sia stato posto nella «assoluta impossibilità di conoscere le richieste del pubblico ministero in ordine alle misure cautelari e alle ragioni su cui si fondano». Sottolineate, dunque, le differenze strutturali e funzionali che distinguono fra loro l'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p., e quello di cui all'art. 391, comma 3, dello stesso codice, il tribunale reputa che nella vicenda in esame non si sia verificata una violazione dei diritti della difesa che abbia inciso sulla validità dell'interrogatorio, tale da rendere conseguentemente inefficace la misura cautelare disposta.

3. Avverso l'ordinanza indicata in premessa ha proposto ricorso per cassazione personalmente l'indagata, la quale lamenta violazione di legge, anche in riferimento all'art. 111 Cost. Dopo aver premesso, in fatto, che la difesa aveva chiesto in sede di convalida di poter visionare le richieste in ordine alla libertà personale con gli elementi posti a fondamento delle stesse e che, a fronte del diniego da parte del giudice, veniva eccepita immediatamente la nullità dell'interrogatorio per violazione del diritto di difesa, il ricorso passa in analitica rassegna le pronunce di questa Corte contrarie all'orientamento sostenuto dal Tribunale di Milano, i cui rilievi vengono conseguentemente sottoposti a censura. Donde, la richiesta principale di annullamento della ordinanza impugnata o, in via subordinata, di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite. 4. La Terza Sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato, registrata l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sul tema centrale che ha formato oggetto del ricorso, ha, con ordinanza emessa il 6 maggio 2010, rimesso il ricorso medesimo alle Sezioni unite, a norma dell'art. 618 c.p.p. 5. Il Presidente Aggiunto, con decreto in data 21 maggio 2010, ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerale.

Considerato in diritto

1. Il quesito sul quale queste Sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi è il seguente: se il difensore della persona arrestata o fermata possa prendere visione delle richieste in ordine alla libertà personale, con gli elementi su cui le stesse si fondano, trasmesse dal pubblico ministero al giudice della udienza di convalida a norma dell'art. 390, comma 3 *bis*, c.p.p.

Sul punto, si registrano, in giurisprudenza, posizioni differenziate. Secondo una prima, radicale impostazione, si esclude qualsiasi diritto da parte dell'arrestato, del fermato e dei difensori, non soltanto a prendere visione, ma anche a conoscere le richieste del pubblico ministero in ordine alla libertà personale. Si è infatti osservato, al riguardo, che le richieste avanzate in proposito nell'ambito della udienza di convalida, essendo volte ad ottenere l'applicazione di una misura cautelare, presentano la identica natura delle richieste che, agli stessi fini, il pubblico ministero può formulare ai sensi dell'art. 291, comma 1, c.p.p. e rispetto alle quali il difensore non deve essere informato e non ha quindi titolo per interloquire. Da qui l'affermazione secondo la quale l'audizione del difensore nella udienza di convalida può avere ad oggetto unicamente questioni attinenti alla convalida dell'arresto o del fermo e non quelle riguardanti le

eventuali richieste di applicazione di misure cautelari, salvo che il pubblico ministero, se comparso, e il giudice vi consentano. D'altra parte, si è aggiunto, nulla vieterebbe al giudice di provvedere sulla richiesta di applicazione della misura al di fuori del procedimento di convalida, il che consentirebbe di presupporre come indispensabile la richiesta del pubblico ministero, ma non anche l'intervento dell'indagato o del suo difensore (sez. I, 22 novembre 1991, n. 4101, Ugon, rv 188669; Sez. VI, 21 ottobre 1991, n. 3374, Cacciola, rv 188691).

L'orientamento che risulta di gran lunga prevalente, pur mantenendo ferma la esclusione di un diritto all'accesso degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e quella di applicazione della misura cautelare, ammette, invece, che il contraddittorio orale si sviluppi nella udienza di cui all'art. 391 c.p.p., non soltanto sul tema della convalida dell'arresto o del fermo, e quindi sulla legittimità dell'atto di "precautela" provvisoriamente posto in essere nei confronti dell'indagato, ma anche sulla eventuale "domanda cautelare" rivolta al giudice dal pubblico ministero, alla stregua e sulla base degli elementi illustrativi offerti dal pubblico ministero, se presente, o dallo stesso giudice in via preliminare rispetto all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato ed alle conclusioni del suo difensore. Si è infatti affermato, in proposito, che allorché il pubblico ministero scelga di non comparire all'udienza di convalida e trasmetta al giudice, contestualmente alla richiesta di convalida, quella di applicazione di una misura cautelare personale con gli elementi su cui essa si fonda, e in udienza il giudice porti a conoscenza delle parti il contenuto degli atti trasmessi, le esigenze conoscitive della difesa risultano pienamente soddisfatte, sicché nessuna nullità può conseguire al mancato riconoscimento del diritto di accesso a quegli stessi atti da parte dell'indagato. D'altra parte, l'assenza di un obbligo di deposito degli atti e delle richieste del pubblico ministero e, di conseguenza, la ritenuta legittimità del provvedimento con il quale il giudice adito in sede di convalida respinga la richiesta della difesa di prendere visione di tali atti, si giustificerebbe anche, secondo tale orientamento, alla luce della mancanza di una previsione corrispondente a quella dettata dall'art. 293, comma 3, c.p.p., che tale diritto invece sancisce per l'ordinario procedimento cautelare, e che non può applicarsi analogicamente all'interno del procedimento di convalida, avuto riguardo alla differente natura e finalità dell'interrogatorio di garanzia, rispetto a quello che si svolge nella udienza di convalida (cfr., sia pure con differenti sfumature argomentative, sez. III, 7 aprile 2010, n. 16420, Z., rv 246772; sez. III, 9 luglio 2009, n. 34813, Said, rv 244574; sez. VI, 27 novembre 2008, n. 2709, Artiano, rv 242933; sez. VI, 11 ottobre 2007, n. 43614, Gurrieri, rv 238401; Sez. V, 9 luglio 2007, n. 36682, Pilia, rv 237283; sez. I, 14 marzo 2007, n. 32030, Pinna, rv 237269; sez. VI, 19 aprile 2007, n. 26321, Ben, rv 236855; sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 17948, p.m. in proc. Hoxha, rv 236445; sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 13171, Albanese, rv 236380; sez. VI, 27 novembre 2006, n. 42185, Parisi, rv 235287; sez. II, 9 luglio 2004, n. 31113, Cernica, rv 229646). Secondo una diversa linea ermeneutica si reputa, invece, che la mancata possibilità per il difensore dell'arrestato o del fermato di prendere conoscenza del contenuto degli atti posti a fondamento della richiesta di misura cautelare, determina una violazione del diritto di difesa che si ripercuote negativamente sull'interrogatorio che si svolge nella udienza di convalida, e che tiene luogo di quello di garanzia secondo quanto previsto dall'art. 294 c.p.p., determinando una nullità di ordine generale a regime intermedio che va tempestivamente dedotta. Si osserva, in particolare evocandosi a fondamento di tale assunto la ordinanza n. 424 del 2001 della Corte costituzionale, ove è stato richiamato il concetto di "contraddittorio cartolare" in ipotesi di assenza del pub-

blico ministero alla udienza di convalida. che la scelta del pubblico di non comparire e di illustrare le proprie richieste per iscritto anziché oralmente, non può sortire l'effetto negativo ed irragionevole di privare l'indagato e il suo difensore di ottenere il contraddittorio in situazione di parità, così come garantito dalla norma (sez. II, 23 febbraio 2006, n. 10492, Basile rv 233736; sez. IV, 14 giugno 2007, n. 42686, Kurti, rv 237984; sez. I, 1 aprile 2009, n. 19170, Schirripa, rv 243690).

2. Ai fini della ricostruzione del quadro normativo di riferimento e dei valori che esso coinvolge, assumono, poi, particolare significato due pronunce della Corte costituzionale, una delle quali espressamente richiamata, come si è appena accennato, dall'orientamento favorevole a permettere al difensore di prendere visione degli atti su cui si fonda la richiesta cautelare formulata dal pubblico ministero in sede di convalida. Con l'ordinanza n. 16 del 1999, infatti, la Corte costituzionale dichiarò manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale degli artt. 294, comma 1, c.p.p. sollevata nella parte in cui doveva ritenersi precluso al giudice di procedere all'interrogatorio di garanzia una volta che vi avesse già provveduto in sede di convalida, avuto riguardo proprio al diverso regime di conoscenza degli atti che caratterizzava l'un interrogatorio rispetto all'altro. La Corte, dopo aver ricordato che l'innovazione introdotta dal d.lgs. n. 12 del 1991 era stata dettata dalla esigenza di evitare duplicazioni di attività processuali, venendo soddisfatte anticipatamente, in sede di convalida, le finalità di garanzia poste a base dell'interrogatorio reso dall'indagato dopo l'applicazione della misura cautelare, ha ritenuto nella specie inconferente il richiamo, operato dal giudice a quo, all'art. 293, comma 3, cod. proc. pen, in tema di deposito degli atti posti a base della richiesta di misura cautelare formulata da pubblico ministero nell'ordinario procedimento de libertate. Ciò in quanto – osservò la Corte – il deposito della richiesta del pubblico ministero e dei relativi atti, con avviso di deposito al difensore, dopo la esecuzione della misura va coordinato all'esigenza «di consentire al difensore pieno accesso agli atti depositati dal pubblico ministero, sul presupposto che, dopo l'esecuzione della misura cautelare, non sussistono ragioni di riservatezza tali da giustificare limitazioni al diritto di difesa», così da assicurare «al difensore la più ampia e agevole conoscenza degli elementi su cui è fondata la richiesta del pubblico ministero, al fine di rendere attuabile un'adeguata e informata assistenza all'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare ex art. 294 del codice di procedura penale" (v. sentenza n. 192 del 1997)». Una esigenza, questa – sottolineò la Corte «non avvertibile allorché la misura sia stata adottata all'esito del procedimento di convalida, almeno nel senso che la conoscenza anticipata del contenuto della eventuale richiesta vale a qualificare tale deposito come preordinato esclusivamente all'esercizio del potere di gravame». Pertanto – concluse la Corte – «la diversità delle situazioni poste a confronto esclude che possa dirsi vulnerato il principio di eguaglianza, mentre l'interrogatorio in sede di convalida risulta, considerato il complessivo contesto in cui la relativa udienza si svolge, in grado di soddisfare compiutamente l'esigenza di tutela dell'indagato anche con riferimento alla misura disposta, così da escludere qualsivoglia lesione del diritto di difesa».

Con l'ordinanza n. 424 del 2001, la Corte dichiarò invece la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 390, comma 3 bis, e 391 c.p.p., sollevata nella parte in cui, secondo il giudice rimettente, tali norme non consentivano al giudice di assumere elementi di giudizio diversi dagli atti trasmessi dal pubblico ministero con la richiesta di

convalida del fermo o dell'arresto, così compromettendo le garanzie del giusto processo e del diritto di "difendersi provando". La Corte, nel frangente, disattese la correttezza della premessa interpretativa da cui aveva tratto origine la questione, sottolineando, in particolare, come alla difesa fosse consentito di produrre documenti dei quali il giudice ben poteva tenere conto; e ciò, a prescindere dalla partecipazione del pubblico ministero alla udienza di convalida. A quest'ultimo riguardo, anzi, la Corte, rievocando un passaggio della relazione che accompagnava il d. lgs. n. 12 del 1991, sottolineò come, in caso di assenza del pubblico ministero - ragionevolmente introdotta dal legislatore per evidenti esigenze di funzionalità - al contraddittorio orale si sostituisse una forma di contraddittorio cartolare caratterizzato da una tempestiva formulazione della richiesta [del pubblico ministero] e dal deposito degli elementi su cui le stesse si fondano. Passaggio argomentativo, questo, che, secondo la già citata sentenza n. 10492 del 2006, era stato inteso nel senso che a tale deposito degli atti potesse implicitamente ricollegarsi la possibilità di conoscenza degli stessi da parte della difesa.

3. Alla stregua di tale quadro di riferimento, possono dunque dirsi conseguiti alcuni punti, utili ai fini della ricostruzione del sistema e della soluzione del quesito sottoposto a queste Sezioni unite. Può, anzitutto, ritenersi del tutto pacifica la profonda differenza strutturale e funzionale che caratterizza la "sequenza" procedimentale in cui si iscrive l'interrogatorio che si celebra nella udienza di convalida, da un lato, e quello di garanzia, dall'altro. È ben vero, infatti, che alcune circostanze sembrano accomunare i due atti, quali la condizione di privazione della libertà in cui si trovano tanto l'arrestato o il fermato che la persona sottoposta a misura cautelare e le garanzie che assistono i due atti, quali la contestazione dei fatti e degli elementi di accusa e la presenza del difensore. Ma a parte ciò, sono le due "udienze" a divergere profondamente, così come differenti sono le caratteristiche e le finalità delle rispettive audizioni. L'interrogatorio in sede di convalida, infatti, è atto polifunzionale, perché è destinato, da un lato, a riflettersi sulla richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e, dunque, eventualmente a contestarne la fondatezza, e, dall'altro, sulla eventuale richiesta di misura cautelare: tema, quest'ultimo, evidentemente indipendente dal primo, e che postula una gamma del tutto autonoma di presupposti, ciascuno dei quali suscettibile di formare oggetto di contraddittorio, cartolare o meno che sia. Ciò comporta che, su quest'ultimo profilo, l'arrestato o il fermato ed il suo difensore, sono messi in condizione di sviluppare - anche attraverso produzione documentale (come ha puntualizzato la Corte costituzionale) o di altri elementi di prova di cui dispongono le proprie domande eventualmente alternative, rispetto alla domanda cautelare formulata dal pubblico ministero. E tutto ciò, come è evidente, a prescindere dalla presenza o meno del pubblico ministero nella udienza di convalida, posto che una scelta in sé insindacabile della parte pubblica non potrebbe certo consentire una diversa articolazione delle garanzie difensive dell'indagato. L'interrogatorio di garanzia, invece, si colloca quale atto conclusivo del procedimento cautelare, ed è destinato a consentire all'indagato di svolgere le proprie difese, tanto sulla legittimità che sul merito di un provvedimento privativo della libertà personale che ha già ricevuto esecuzione. Sicché, dovendosi la difesa sviluppare, non su una domanda di cautela - come nel caso della convalida - ma su una decisione giurisdizionale già adottata, è del tutto logico che la difesa stessa debba essere messa in condizione di avere previamente la disponibilità di tutti gli atti su cui quella decisione è stata adottata: ed è proprio in tale prospettiva che la Corte costituzionale, nelle richiamate decisioni, ha valorizzato la regola

del previo deposito di quegli atti, con avviso al difensore, previsto dall'art. 293, comma 3, c.p.p., non surrogabile, quanto all'interrogatorio *ex art.* 294, dalle garanzie contestative offerte dall'art. 65 del codice di rito (v. sez. un., 28 giugno 2005, n. 26798, rv 231349). Deposito e avviso che, invece, non potrebbero trovare spazio nella udienza di convalida, in considerazione dei tempi assai ristretti in cui deve essere celebrata, avuto riguardo alle cadenze ad horas per essa sancite dallo stesso art. 13 della Carta fondamentale. Da qui, la impossibilità di replicare, per l'udienza di convalida, le stesse regole che disciplinano la conoscenza degli atti da parte del difensore ai fini dell'interrogatorio di garanzia.

4. Le diversità di regime che caratterizzano i due interrogatori che vengono qui in considerazione non obliterano, però, le torsioni che le garanzie difensive possono in concreto venire a subire, ove alla segnalata inapplicabilità, per la udienza di convalida, della regola del deposito degli atti con avviso al difensore, prescritta, invece, per l'interrogatorio di garanzia, si dovesse coniugare anche, come mostra di ritenere l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, una totale preclusione per il difensore di accedere agli atti su cui si fonda la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo e di applicazione di una misura cautelare. Il nucleo del problema sta infatti nella previsione, dettata dall'art. 294, comma 1, c.p.p., a norma del quale il giudice è tenuto a procedere all'interrogatorio di garanzia, pena, altrimenti, la perdita di efficacia della custodia cautelare *ex art.* 302 dello stesso codice, salvo che all'interrogatorio abbia già provveduto «nel corso della udienza di convalida dell'arresto o del fermo di indiziato di delitto». Il codice, dunque, stabilisce una equivalenza di effetti tra i due atti, evocando in tal modo chiaramente una valutazione legalmente tipizzata di "equipollenza" tra le finalità di garanzia che entrambi gli interrogatori sono destinati a svolgere nella dinamica del procedimento cautelare. Il che, se non comporta – come la Corte costituzionale ha puntualmente rilevato – la necessità di configurare una totale sovrapposibilità tra le diverse discipline processuali, certo induce a ritenere che la posizione dell'indagato, quanto a conoscenza degli elementi necessari per articolare la propria difesa, debba essere strutturalmente "equivalente" nelle due sedi, presupponendo i due interrogatori – proprio perché destinati a soddisfare la medesima funzione in sede cautelare – un identico diritto di difendersi *ratione cognita*. È ben vero, a questo riguardo, che, nel corso della udienza di convalida, il pubblico ministero, se presente, o il giudice, sulla base delle richieste e degli atti trasmessi dalla parte pubblica, «indica i motivi dell'arresto o del fermo e illustra le richieste in ordine alla libertà personale»: ma, da un lato, tale attività meramente "illustrativa," può essere ritenuta frutto di una selezione degli elementi posti a fondamento della convalida e della domanda cautelare, in sé non esaustiva ai fini della conoscenza degli atti e dell'approntamento di una difesa effettiva; dall'altro lato, non va neppure trascurata, agli effetti che qui rilevano, la ben diversa base fattuale che può caratterizzare l'arresto in flagranza, rispetto al fermo di indiziato di delitto, giacché a fondamento di quest'ultimo provvedimento e della correlativa richiesta di misura può in concreto concorrere una indagine, anche approfondita e lunga, difficilmente comprimibile, nei suoi risultati, in un semplice enunciato illustrativo.

D'altra parte, il diritto del difensore di prendere visione degli atti posti a base di un procedimento che si celebra in contraddittorio, riposa su una esigenza di ordine generale che appare essere del tutto in linea con una interpretazione del sistema *secundum constitutionem*. La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, costantemente affermato che il diritto di difesa,

presidiato come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento dall'art. 24 Cost., deve essere inteso come potestà effettiva di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti, così da far assumere a tale diritto un'importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale. È ben vero che la effettività di tale diritto non comporta che il suo esercizio debba essere disciplinato in modo identico in ogni tipo di procedimento o in ogni fase processuale; anzi, la modulabilità delle forme e dei contenuti in cui si articola il diritto di difesa in relazione alle caratteristiche dei singoli procedimenti o delle varie fasi processuali è stata costantemente ritenuta dalla Corte costituzionale come una legittima espressione della discrezionalità legislativa. Ma è altrettanto vero che le pur diverse modalità secondo le quali si articola il concreto esercizio di tale fondamentale diritto, non ne debbano in alcun modo compromettere o menomare la funzione, all'interno e nel quadro del singolo istituto preso in considerazione (cfr., *ex plurimis*, C. cost. ordinanze nn. 291 e 230 del 2005 e sentenza n. 175 del 1996).

In tale prospettiva, quindi, la possibilità di conoscere "direttamente," da parte del difensore, la integralità degli elementi e degli atti che formano oggetto della richiesta di convalida e di applicazione della misura, a prescindere dalla "mediazione illustrativa" del pubblico ministero o del giudice, rappresenta null'altro che la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio "effettivo" e, con esso, un effettivo soddisfacimento della funzione difensiva che l'interrogatorio in sede di convalida è destinato a realizzare: giustificandone, per questa via, la equipollenza normativa all'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p. Per altro verso, essendo l'accesso agli atti previsto come disposizione di carattere generale in favore di chiunque vi abbia interesse (art. 116 c.p.p.), e poiché gli atti di indagine sono coperti dal segreto, a norma dell'art. 329 c.p.p., fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza, non v'è ragione per precludere al difensore il diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti relativi alla udienza di convalida. D'altra parte, a tale conclusione occorre pervenire anche facendo leva sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo, infatti, ha costantemente avuto modo di sottolineare che «tutti i processi penali devono rivestire un carattere contraddittorio e garantire la parità delle armi tra accusa e difesa: questo - ha puntualizzato la Corte - è uno degli aspetti fondamentali del diritto ad un processo equo. Il diritto a un processo penale in contraddittorio implica, per l'accusa come per la difesa, la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte (Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, §§ 6667, serie A n. 211). Per di più, l'articolo 6 §1 esige che le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in loro possesso, sia a carico che a discarico (Edwards c. Regno Unito, 16 dicembre 1992, § 36, serie A n. 247B)». È ben vero - ha ancora sottolineato la Corte - che «il diritto alla diffusione delle prove pertinenti non è assoluto», in quanto «in un determinato processo penale vi possono essere interessi concorrenti - come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere i testimoni che rischiano rappresaglie, o di mantenere segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati - che devono essere bilanciati con i diritti dell'imputato (Doorson c. Olanda 26 marzo 1996, § 70, Recueil des arrêts et décisions 1996II, e Rowe e Davis c. Regno Unito, n. 28901/95, § 61, CEDU 2000II)». Sicché, «in alcuni casi può essere necessario dissimulare alcune prove alla difesa, in modo da preservare i diritti fondamentali di un altro individuo o salvaguardare un interesse pubblico importante». «Tuttavia - ha aggiunto la

Corte – sono legittime rispetto all'art. 6 §1 solo le misure che limitano i diritti della difesa che sono assolutamente necessarie (Van Mechelen e altri c. Olanda, 23 aprile 1997, § 58, Recueil 1997III). Per di più, se si vuole garantire un processo equo all'imputato, tutte le difficoltà causate alla difesa da una limitazione dei suoi diritti devono essere sufficientemente compensate dalla procedura seguita dinanzi alle autorità giudiziarie (Rowe e Davis, già cit., § 61 in fine)» (Decisione dell'8 dicembre 2009, Previti c. Italia, ric. n. 45291/06, §§ 178 e 179). Il che definitivamente assevera l'esistenza di un diritto del difensore di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'arrestato o del fermato. Ove l'esercizio di tale diritto sia stato impedito, ne deriverà una nullità di ordine generale a regime intermedio tanto dell'interrogatorio che della decisione di convalida, la quale, peraltro, deve essere dedotta entro il termine previsto dall'art. 182, comma 2, c.p.p.

5. Può, quindi, conclusivamente affermarsi il seguente principio di diritto: il difensore dell'arrestato o del fermato ha diritto di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e di applicazione della misura cautelare. Il rigetto di tale richiesta, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, che resta sanata a norma dell'art. 182, comma 2, c.p.p., se non viene eccepita nella udienza di convalida.

6. Alla stregua dei richiamati principi, il ricorso deve essere, nella peculiare fattispecie qui in esame, dichiarato inammissibile. Come infatti pacificamente posto in risalto tanto nella ordinanza impugnata che nel ricorso, la difesa ebbe formalmente e tempestivamente ad eccepire, nel corso della udienza di convalida, la nullità degli atti derivante dal fatto che tanto alla difesa che all'indagato non era stato consentito di prendere visione degli atti posti a fondamento della richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare formulate dal pubblico ministero, che non era comparso. Il giudice della convalida aveva poi disatteso l'eccezione, provvedendo ad adottare tanto il provvedimento di convalida del fermo che ad applicare la misura cautelare sollecitata dal pubblico ministero. Ciò comporta, dunque, che la statuizione del giudice di accogliere, all'esito della udienza di convalida, le richieste del pubblico ministero e disattendere la eccezione difensiva, doveva formare oggetto di apposita impugnazione, secondo il generale principio in virtù del quale la decisione giurisdizionale impugnabile (come l'ordinanza che decide sulla convalida, *ex art. 391, comma 3, c.p.p.*) e non impugnata, assume i connotati preclusivi della irrevocabilità. Essendo stato, dunque, ritualmente fatto valere il vizio nel corso della udienza di convalida, il provvedimento reiettivo adottato con la pronuncia conclusiva della udienza, in mancanza di impugnazione, non è più suscettibile di revisione: con la conseguenza di rendere dunque inammissibile l'odierno ricorso, mirando esso a riesaminare una decisione ormai irretrattabile sul punto. Alla declaratoria di inammissibilità del ricorso segue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali. Non sussistono invece i presupposti per pronunciare una condanna al pagamento di una somma in favore della Cassa delle ammende, avuto riguardo ai principi a tal proposito dettati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 186 del 2000.

[omissis]

GIANLUCA VARRASO

Professore associato di Diritto processuale penale - Università "Carlo Cattaneo" LIUC
e Incaricato di Diritto penitenziario - Università Cattolica S. Cuore di Milano

L'accesso agli atti prima della convalida dell'arresto o del fermo: tra illusione e realtà

Le Sezioni unite risolvono positivamente il quesito se il difensore della persona arrestata o fermata possa prendere visione ed estrarre copia, prima dell'udienza di convalida, delle richieste de libertate e degli atti di indagine su cui le stesse si fondano, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia.

L'Autore condivide i risultati, ma evidenzia, allo stesso tempo, come è ancora lungo il percorso da compiere verso l'effettività della garanzia, alla luce di una realtà giudiziaria, stigmatizzata dalla stessa Consulta, che non induce all'ottimismo e di una disciplina normativa perfettibile, soprattutto in tema di colloquio tra l'indagato e il difensore.

Considerazioni introduttive

Le Sezioni unite intervengono a risolvere positivamente il quesito se il difensore della persona arrestata o fermata possa prendere visione ed estrarre copia, prima dell'udienza di convalida, delle richieste *de libertate* e degli atti di indagine su cui le stesse si fondano¹.

Le articolate cadenze argomentative dimostrano una particolare sensibilità ai principi del giusto processo legale, all'interno del quale il diritto alla c.d. *discovery*, intesa come

disclosure, è «una condizione minimale perché il dialogo a battute sincrone possa ancora qualificarsi come contraddittorio»² e riguardo al quale non sono indifferenti i "modi" e i "tempi" in cui la conoscenza si realizza: soprattutto ove si consideri che l'art. 111, comma 3, Cost. (specificando sulla falsariga dell'art. 6, § 3, lett. b), Cedu, quanto già desumibile dall'art. 24, comma 2, Cost.) riconosce il diritto dell'imputato di disporre «del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa»³.

¹ Da ultimo, v. Giuliani, *Interrogatorio di garanzia*, Enc. dir. *Annali*, III, Milano, 2010, 789 ss.; La Regina, sub art. 391, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, 4738 ss.; Vergine, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, III, Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino, 2009, 467 ss.

² Così Giostra, *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, Enc. giur., Roma, 2001, 1. Più in generale, v. Allegrezza, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e Convenzione europea*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 143 ss.

³ Così Giuliani, *Interrogatorio*, cit., 791.

La sentenza impone, peraltro, alcune riflessioni alla luce di una realtà giudiziaria che, a causa di una disciplina normativa non del tutto soddisfacente, dei tempi accelerati del procedimento *de libertate* e delle difficoltà organizzative degli uffici, appare lontana dall'effettività delle garanzie a cui si è ispirata la Corte.

Il contrasto giurisprudenziale

In breve il dibattito giurisprudenziale che ha dato impulso all'intervento delle Sezioni unite⁴.

Secondo un primo radicale indirizzo⁵, si escludeva addirittura il diritto dell'arrestato o del fermato di conoscere le richieste del pubblico ministero in ordine alla libertà personale, in quanto, alla luce dell'*eadem ratio* sottesa alla disciplina di cui agli art. 390, comma 3 *bis*, e 291, comma 1, c.p.p., tali richieste avrebbero costituito atti a sorpresa, da sottrarre alla conoscibilità dello stesso difensore.

Quest'ultimo, in sede di convalida, si sarebbe dovuto limitare a discutere le questioni attinenti all'arresto o al fermo, salvo che il pubblico ministero, se comparso, e il giudice gli avessero consentito di interloquire anche sulla misura cautelare.

Un secondo orientamento⁶, del tutto maggioritario, pur escludendo il diritto di accesso agli atti al difensore dell'arrestato o del fermato, valorizzava il contraddittorio dell'udienza di convalida e la duplicità dell'ogget-

to, qualora il p.m. avesse richiesto la misura coercitiva.

È vero, si affermava, che nel procedimento di convalida non si può configurare un obbligo di deposito degli atti in assenza di una norma omologa all'art. 293, comma 3, c.p.p., valevole per l'*iter* ordinario e non estendibile in via analogica, avuto riguardo anche alla diversa natura e finalità dell'interrogatorio di garanzia e di quello *ex art.* 391, comma 3, c.p.p. È altrettanto vero che sarebbe stato compito del giudice richiesto ai sensi dell'art. 390, comma 3 *bis*, c.p.p. portare il difensore e l'indagato a conoscenza degli elementi trasmessi.

Un terzo e minoritario indirizzo⁷ sosteneva, per contro, che l'impossibilità per il difensore dell'arrestato o del fermato di conoscere gli atti a fondamento della richiesta cautelare si sarebbe ripercosso negativamente in sede convalida sull'audizione, che si sostituisce all'interrogatorio di garanzia secondo quanto stabilito dall'art. 294, comma 1, c.p.p. La scelta poi del pubblico ministero di non comparire, combinata con l'assenza di una *disclosure*, non avrebbe consentito neppure quel contraddittorio cartolare ritenuto necessario in via minimale dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 424 del 2001⁸, trovandosi il difensore per di più nell'impossibilità di una efficace, seppure eventuale, produzione documentale ai sensi dell'art. 391 *octies* c.p.p.

⁴ Per una sintesi efficace, LA REGINA, sub *art.* 391, cit., 4739-4740.

⁵ Cass., sez. I, 22 novembre 1991, Ugon, *CED Cass.*, 188669; Cass., sez. VI, 21 ottobre 1991, Cacciola, *CED Cass.*, 188691.

⁶ Seppure con diverse sfumature argomentative Cass., sez. III, 7 aprile 2010, Z., *CED Cass.*, 246772; Cass., sez. III, 9 luglio 2009, Said, *CED Cass.*, 244574; Cass., sez. VI, 27 novembre 2008, Artiano, *CED Cass.*, 242933.

⁷ Cass., sez. I, 1 aprile 2009, Schirripa, *CED Cass.*, 243690; Cass., sez. IV, 14 giugno 2007, Kurti, *CED Cass.*, 237984.

⁸ C. cost., ord. 3-21 dicembre 2001 n. 424, *Giur. cost.*, 2001, 4015 ss., con nota di Spangher, *Limiti al contraddittorio per la convalida del fermo e dell'arresto.*

Il quadro normativo di riferimento e la giurisprudenza costituzionale

Le Sezioni unite ricostruiscono, in via preliminare, la disciplina di riferimento alla luce della giurisprudenza costituzionale.

La norma centrale è l'art. 293, comma 3, c.p.p.

L'obbligo, introdotto con la l. 335 del 1995, di depositare la richiesta del pubblico ministero e i relativi atti di indagine con avviso di deposito al difensore dopo l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, va «coordinato all'esigenza "di consentire al difensore [medesimo] pieno accesso agli atti depositati dal pubblico ministero, sul presupposto che, dopo l'esecuzione della misura cautelare, non sussistono ragioni di riservatezza tali da giustificare limitazioni al diritto di difesa", così da assicurare "al difensore la più ampia e agevole conoscenza degli elementi su cui è fondata la richiesta del pubblico ministero, al fine di rendere attuabile un'adeguata e informata assistenza all'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare ex art. 294 del codice di procedura penale" (v. sentenza n. 192 del 1997)»⁹, nonché di valutare con piena cognizione di causa quali siano gli strumenti più idonei per tutelare la libertà personale del proprio assistito¹⁰.

Pare utile aggiungere, al riguardo, alcune riflessioni di carattere generale.

Nel nostro sistema processuale, il giudice che decide sulla misura cautelare personale a fronte della richiesta del p.m. emette il provvedimento senza sentire in via preventiva le parti, al fine di preservare l'efficacia sottesa alla "sorpresa"; sicché l'interrogatorio dell'indagato o dell'imputato è il momento cruciale dell'impegno difensivo volto a far emergere *ex post* la verità almeno dal punto di vista dell'accusato¹¹.

Il giudice, attraverso un'attenta conduzione dell'atto, potrà e dovrà riconsiderare l'effettiva sussistenza o permanenza dei requisiti richiesti dagli artt. 273 e 274 c.p.p., ai fini di una eventuale revoca o attenuazione della misura, senza che l'accusato debba a tali fini essere costretto ad intraprendere le strade del riesame, della revoca o dell'appello.

È chiaro, in questa ricostruzione, che il deposito degli atti di cui all'art. 293, comma 3, c.p.p. è primariamente finalizzato a incrementare le potenzialità, anche sotto il profilo della difesa personale, dell'interrogatorio di garanzia¹². Queste esigenze, secondo le Sezioni unite, non sono avvertibili allorché la misura sia stata adottata all'esito del procedimento di convalida e si utilizzano ancora una volta le parole della Consulta¹³.

⁹ Quest'ultima sentenza può leggersi in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1014 ss., con nota di Giarda, *Un'altra tessera di garantismo per la libertà personale dell'imputato*.

¹⁰ La pronuncia in commento è in sintonia con la sentenza della Corte costituzionale 8-10 ottobre 2008 n. 336, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, dopo la notificazione o esecuzione dell'ordinanza cautelare, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare. La si può leggere in *Giur. cost.*, 2008, 3753 ss., con nota di Illuminati, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*.

¹¹ Cass., sez. un., 20 settembre 1997, *CED Cass.*, 208268-208269. Cfr. in dottrina, *ex plurimis*, Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 206 ss.; Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 56; Ruggieri, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 274-275.

¹² Questo risultato è stato ribadito da Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, *Cass. pen.*, 2005, 3263, con nota di Giuliani, *Nullità dell'interrogatorio di "garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il contraddittorio nel procedimento cautelare*.

¹³ Il riferimento è all'ordinanza n. 16 del 1999 che può leggersi in *Giur. cost.*, 1999, 144 ss. dalla quale è tratta la frase successiva tra virgolette.

Nell'udienza di cui all'art. 391 c.p.p. «la conoscenza anticipata del contenuto dell'eventuale richiesta vale a qualificare tale deposito come preordinato esclusivamente all'esercizio del potere di gravame» e, data la diversità di disciplina, l'interrogatorio in sede di convalida soddisfa compiutamente il bisogno di tutela dell'indagato con esclusione di qualsiasi lesione del suo diritto di difesa¹⁴.

Il richiamo di una sbrigativa pronuncia della Consulta si salda, nell'*iter* logico delle Sezioni unite, con un approfondimento della diversità strutturale e funzionale delle due sequenze *de libertate* in cui si inseriscono, anch'essi con finalità diverse, l'interrogatorio *ex art.* 391, comma 3, c.p.p. e quello di garanzia.

Nell'udienza di convalida dell'arresto e del fermo, a seconda delle scelte dell'organo dell'accusa, due sono i possibili oggetti, contigui, ma autonomi: la legittimità dell'arresto e del fermo, la fondatezza dell'eventuale richiesta cautelare.

Ciascuno di tali temi rinvia a presupposti autonomi suscettibili di formare oggetto di un vero e proprio contraddittorio *anticipato*.

Si tratterà di un contraddittorio cartolare se, da un lato, il p.m. sceglie di non presenziare all'udienza e di trasmettere le richieste e gli atti *ex art.* 390, comma 3 *bis*, c.p.p., dall'altro lato, se la difesa si limita ad una produzione documentale *ex art.* 391 *octies* c.p.p. come puntualizzato dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 424 del 2001¹⁵.

Assumerà i caratteri dell'oralità se il p.m. decide, per contro, di presenziare all'udienza e, da parte sua, l'indagato si sottoponga ad interrogatorio che serve, per il suo carattere polifunzionale, a "contraddire" sia l'ar-

resto o il fermo, sia la domanda *de libertate*.

Secondo la Corte, «l'interrogatorio di garanzia, invece, si colloca quale atto conclusivo del procedimento cautelare, ed è destinato a consentire all'indagato di svolgere le proprie difese, tanto sulla legittimità che sul merito di un provvedimento privativo della libertà personale che ha già ricevuto esecuzione». Si tratta, in altri termini, di un contraddittorio *ex post* che impone la previa disponibilità di tutti gli atti su cui la decisione del giudice si è basata, non surrogabile dalle garanzie contestative offerte dall'art. 65 c.p.p. richiamato dall'art. 294 c.p.p.

Del resto, sottolineano le Sezioni unite, è da escludere che il meccanismo di deposito e di avviso di cui all'art. 293, comma 3, c.p.p. possa estendersi all'ambito precautelare per i tempi «assai ristretti in cui deve essere celebrata [l'udienza di convalida] avuto riguardo alle cadenze *ad horas* per essa sancite dallo stesso art. 13 della Carta fondamentale».

Il diritto del difensore di prendere visione e di estrarre copia degli atti prima dell'udienza di convalida

La Suprema Corte, subito dopo essersi posta in questo modo sul solco di una lettura ormai consolidata, compie un salto evolutivo, seppure non del tutto coerente con le premesse, soffermandosi sull'art. 294, comma 1, c.p.p.

Il giudice è obbligato a procedere all'interrogatorio di garanzia, a pena dell'inefficacia della misura ai sensi art. 302 c.p.p., «salvo che all'interrogatorio abbia già provveduto nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo»¹⁶.

¹⁴ Cfr. in dottrina, Vergine, *Arresto in flagranza*, cit., 468.

¹⁵ C. cost., ord. 21 dicembre 2001 n. 424, cit., 4015 ss.

¹⁶ Ricorda La Regina, sub art. 391, cit., sul solco di Cass., sez. II, 26 aprile 2001, Lettieri, *Cass. pen.*, 2000, 2441 che tale equipollenza non opera nell'ipotesi in cui nel corso dell'udienza si proceda alla contestazioni di reati diversi da

Riconosce la Corte che «il codice, dunque, stabilisce una equivalenza di effetti tra i due atti, evocando in tal modo chiaramente una valutazione legalmente tipizzata di “equipollenza” tra le finalità di garanzia che entrambi gli interrogatori sono destinati a svolgere nella dinamica del procedimento cautelare»¹⁷.

Il che significa che essi, pur inserendosi in meccanismi procedurali diversi, presuppongono entrambi il diritto di difendersi *ratione cognita*¹⁸.

È su questo punto che le Sezioni unite avallano l'indirizzo fino ad ora minoritario attraverso una lettura costituzionalmente orientata.

È vero che «il pubblico ministero, se presente, o il giudice sulla base delle richieste e degli atti trasmessi dalla parte pubblica “indica i motivi dell'arresto o del fermo e illustra le richieste in ordine alla libertà personale”» (v. art. 391, comma 3, c.p.p.).

È altrettanto vero che tale attività meramente illustrativa può essere frutto di una selezione degli elementi depositati e, si deve aggiungere, già scelti dal p.m. ai sensi dell'art. 390, comma 3, *bis* c.p.p. e risulta condizionata, nella sua efficacia, dalla complessità delle indagini svolte, ipotesi che se è di diffi-

cile verifica in caso di arresto in flagranza di reato appare tutt'altro che remota in caso di fermo.

A detta della Corte, la difesa, intesa come assistenza tecnica e professionale in ogni stato e grado del procedimento (v. art. 24, comma 2, Cost.), può anche articolarsi in modo diverso in funzione della diversità dei moduli procedurali di riferimento, purché, riguardo al singolo istituto, non sia menomata l'effettività delle garanzie che deriva dalla conoscenza integrale e diretta degli atti non surrogabile dalla “mediazione illustrativa” del pubblico ministero o del g.i.p.¹⁹.

Le Sezioni unite svolgono, sul punto, un attento richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰.

Il contraddittorio presuppone la parità delle armi tra accusa e difesa, la quale, a sua volta, implica la facoltà di una parte di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte²¹ ed esige che l'autorità che procede comunichi tutte le prove a carico e a discarico pertinenti²².

Il diritto alla diffusione delle prove deve essere bilanciato con altri interessi concorrenti, come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere i testimoni o di mantenere

quello per cui era avvenuto l'arresto o il fermo e sui quali sia stato condotto l'interrogatorio di cui all'art. 391, comma 3 c.p.p. Cfr. anche Marafioti, *Scelte auto difensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 183. Uno spunto in tale senso si può anche ricavare da un *obiter dictum* di Cass., sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi, *Cass. pen.*, 2002, 476 sulla quale criticamente Sau, *Una discutibile sentenza delle Sezioni unite sui rapporti tra l'interrogatorio dell'arrestato ex art. 391 comma 3 c.p.p. e l'interrogatorio della persona in custodia ex art. 294 c.p.p.*, *Cass. pen.*, 2002, 2835 ss.

¹⁷ Marafioti, *Scelte autodifensive*, cit., 182.

¹⁸ La dottrina è pacifica nell'evidenziare che si seguono anche le stesse regole degli artt. 64 e 65 c.p.p.: cfr., *ex plurimis*, Marafioti, *Scelte autodifensive*, cit., 182; Mazza, *Interrogatorio ed esame dell'imputato*, cit., 225; Peroni, *Sulle dichiarazioni dell'indiziato in udienza di convalida come equipollente*, *Giust. pen.*, 1990, III, 608; nonché, volendo, Varraso, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1409.

¹⁹ Le Sezioni unite richiamano, *ex plurimis*, C. cost., ord. n. 291 e 230 del 2005 (*Giur. cost.*, 2871 e 1974) e la sentenza n. 175 del 1996 (*Giur. cost.*, 1996, 1614).

²⁰ Per un'analisi puntuale, in dottrina, v. Allegrezza, *La conoscenza degli atti*, cit., 149 ss.

²¹ Corte e.d.u., 28 agosto 1991, Brandstetter c. Austria, § 66-67.

²² Corte e.d.u., 16 dicembre 1992, Edwards c. Regno Unito, § 36.

segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati. Si possono, cioè, dissimulare prove alla difesa, ma solo per salvaguardare i diritti fondamentali di un altro individuo o per salvaguardare un interesse pubblico²³, se assolutamente necessario²⁴, e purché tali limitazioni siano compensate dalla procedura seguita davanti all'autorità giudiziaria²⁵.

Applicando tali principi al caso esaminato, la Corte ribadisce che, una volta caduto il segreto investigativo nell'udienza di convalida ex art. 329 c.p.p., non vi è più alcuna ragione di preservare la riservatezza degli atti di indagine ed, anzi, deve valere la disposizione generale dell'accesso agli atti di chi via abbia interesse (cfr. art. 116 c.p.p.), nel caso di specie l'indagato, se non si vuole incidere sull'effettività del contraddittorio e l'efficacia dell'audizione ex art. 391, comma 3, c.p.p., ledendo i diritti partecipativi dell'indagato medesimo ai sensi degli artt. 178, lett. c), e 180 c.p.p.²⁶.

Qualora il g.i.p. rigetti la richiesta di accesso agli atti, conclude la Suprema Corte, la conseguente nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, per non incorrere nella sanatoria di cui all'art. 182 c.p.p., deve essere subito formalizzata nell'udienza di convalida e, se l'eccezione è rigettata, deve essere riproposta a pena di inammissibilità nei motivi del gravame *de libertate*. In altri

termini, se il g.i.p. dopo aver negato la conoscibilità degli atti emetta egualmente l'ordinanza cautelare, questa deve essere impugnata per far valere di nuovo l'eccezione, assumendo, in caso contrario, l'ordinanza sul punto carattere irrevocabile.

... tra illusione e realtà

Le conclusioni a cui perviene la Corte sono senz'altro condivisibili, ma la lettura proposta non dissolve le perplessità alimentate da una prassi spesso sconsolante e da un quadro normativo perfettibile.

Sotto il primo profilo, riecheggiano ancora le considerazioni espresse dalla Consulta nella sentenza n. 192 del 1997, nella quale, dopo essersi evidenziato che "deposito degli atti" e "diritto alla copia" devono "reciprocamente implicarsi"²⁷, si afferma come all'interno della procedura *de libertate* né il difensore può pretendere, né l'autorità giudiziaria può concedere dilazioni «ove risulti materialmente impossibile procedere alla copia di tutti gli atti richiesti entro le rigide scadenze previste per l'interrogatorio»²⁸.

Questi rilievi rimangono attuali, in quanto le Sezioni unite non ricollegano il vizio di nullità all'ipotesi in cui la copia degli atti depositati ex art. 390, comma 3 *bis*, c.p.p.

²³ Corte e.d.u., 26 marzo 1996, Doorson c. Olanda, § 70.

²⁴ Corte e.d.u., 23 aprile 1997, Van Mechelen c. Olanda, § 58.

²⁵ Corte e.d.u., 8 dicembre 2009, Previti c. Italia, § 178-179.

²⁶ Senza dimenticare, che anche i Giudici di Strasburgo da tempo hanno escluso che la "sola possibilità indiretta e puramente ipotetica, per l'accusato di discutere gli argomenti dell'accusa inseriti nel testo di una decisione possa passare per un equivalente del diritto di esaminarli e combatterli direttamente": così Corte e.d.u., 28 agosto 1991, Brandstetter c. Austria, cit., § 67-68 e, quindi, che possa bastare una loro conoscenza "mediata" attraverso le parole del giudice: cfr. Giuliani, *Interrogatorio di garanzia*, cit., 791.

²⁷ Cfr. Di Chiara, *Deposito degli atti e "diritto alla copia": prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, *Giur. cost.*, 1997, 1888.

²⁸ Così C. cost., sent. 24 giugno 1997, n. 192, cit., 1018. Cfr. Giarda, *Un'altra tessera di garantismo*, cit., 1022.

non sia rilasciata in tempo utile per esercitare la difesa in sede di audizione dell'indagato, bensì al ben più radicale rifiuto del g.i.p. di concedere al difensore l'accesso agli atti²⁹.

Le Sezioni unite, in un'altra recente e fondamentale pronuncia³⁰, hanno indicato la strada maestra per superare almeno in parte le difficoltà operative evidenziate dalla Consulta, responsabilizzando il pubblico ministero, ossia l'organo che oltre a scrivere la richiesta cautelare seleziona *ab initio* gli atti su cui la stessa si fonda.

Sotto il profilo organizzativo, la parte pubblica dovrebbe attrezzarsi preventivamente e per tempo al fine di mettere poi in grado il giudice di ottemperare ai nuovi obblighi di deposito e di estrazione copia degli atti.

Si può aggiungere che oggi, rispetto al passato, esisterebbe la possibilità di trasportare su supporto informatico gli atti, come già avviene in taluni uffici seppure su iniziativa di singoli magistrati.

Bisogna, peraltro, riconoscere, da un lato, le difficoltà a volte insormontabili dovute alle accelerate cadenze temporali procedurali soprattutto in caso di arresto in flagranza di reato.

Dall'altro lato, non può non evidenziarsi, più in generale, che basta frequentare i pol-

verosi uffici di cancelleria per prendere atto di una realtà ben diversa: non solo mancano gli strumenti tecnologici, ma anche i più basilari strumenti, quali le macchine fotocopiatrici (magari in numero adeguato alla pluralità di indagati-imputati coinvolti); non aiutano, poi, i rigorosi e limitati orari di apertura degli uffici.

Quand'anche, infine, si riuscisse a sopperire alle mancanze organizzative croniche ottenendo copia degli atti e quand'anche (oltre al giudice) anche il difensore, pur nella ristrettezza dei tempi, riesca a studiare le carte che possono essere semplici e limitate, ma anche numerose e complesse in ipotesi di fermo³¹, rimane un limite di fondo che scaturisce dal combinato disposto degli artt. 104, 294, 388 e 391, comma 3, c.p.p.³².

Solo il difensore può consultare ed estrarre copia della richiesta e degli atti depositati, ma questa più ampia piattaforma conoscitiva su tutto ciò che è depositato ai sensi degli artt. 390, comma 3 *bis*, e 293, comma 3, c.p.p., che si traduce in un incremento delle potenzialità dell'interrogatorio, deve potersi trasferire all'indagato attraverso il colloquio garantito dall'art. 104, comma 1, c.p.p.

Basta al pubblico ministero, con la ratifica pressoché automatica del giudice, dilazionare

²⁹ La sentenza in commento è in sintonia con l'altra fondamentale pronuncia Cass., sez. un. 28 giugno 2005, Vitale, cit., 3264, secondo la quale la nullità di ordine generale a regime intermedio si ricollega al vizio radicale dell'omesso deposito e non alla lesione del diritto ad estrarre copia. Cfr. in dottrina Giuliani, *Nullità dell'interrogatorio di "garanzia"*, cit., 3276.

³⁰ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, *CED Cass.*, 246908. Con questa sentenza che "completa" la pronuncia della Corte costituzionale n. 336 del 2008 (v. *supra* nota 10) la Suprema Corte ha stabilito che l'ingiustificato rifiuto da parte del p.m. di consegnare al difensore la trasposizione su supporto informatico delle registrazioni delle intercettazioni poste a fondamento della misura cautelare non inficia l'attività di ricerca della prova e il risultato probatorio in sé considerati, ma determina, a causa dell'illegittima compressione del diritto di difesa, una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p. della medesima ordinanza cautelare da far valere in sede di riesame.

³¹ Cfr. Mazza, *Interrogatorio ed esame dell'imputato*, cit., p. 224-225; Varraso, *Interrogatorio*, cit., 1410.

³² V., per tutti, Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, 354 ss. e 205 ss. anche per ulteriori riferimenti.

tale colloquio per non ben precisate esigenze investigative (v. art. 104, comma 3, c.p.p.) per determinare lo svolgersi dell'audizione in sede di convalida non solo al buio, ma senza neppure avere la possibilità di decidere, in via preventiva, la strategia difensiva concreta da adottare, compreso l'esercizio del diritto al silenzio.

Si è detto in modo autorevole che «l'assistenza obbligatoria del difensore, [valorizzata dall'apposita modifica all'art. 294 c.p.p. apportata dalla l. n. 63 del 2001] in sede di interrogatorio viene a compensare la mancata conoscenza da parte dell'indagato - detenuto dei dati posti dal pubblico ministero a fondamento della richiesta cautelare: nel caso in cui il difensore non fosse in grado di informare preliminarmente il proprio assistito (così ad esempio nell'ipotesi in cui sia stato adottato il provvedimento di differimento di colloquio ex art. 104, comma 3, c.p.p.) egli potrebbe nondimeno formulare richieste, osservazioni e riserve suggerite proprio dall'esame a lui consentito dagli elementi presentati dall'accusa» (v. art. 364, comma 7, c.p.p.)³³.

Queste richieste, osservazioni e riserve non valgono di certo a trasformare un contraddittorio al buio in un contraddittorio "informato" ed, anzi, si conferma il ruolo pressoché passivo del difensore che non può rivolgere direttamente domande al proprio assistito³⁴.

È la conferma, allo stesso tempo, che il riconoscimento immediato della difesa tecnica

è considerato elemento inquinante della genuinità dell'atto soprattutto nella fase iniziale del procedimento *de libertate* e non condizione indispensabile per consentire una più ampia autodifesa, anche sotto il profilo della garanzia del *nemo tenetur se detegere*.

L'interrogatorio finisce così per perdere gran parte delle sue connotazioni garantistiche e ad assumere anomali caratteri investigativi, vanificando l'effetto benefico della *discovery*, come è confermato dalla circostanza che disponendo proprio l'arresto o il fermo il pubblico ministero aggira il divieto sancito dall'art. 294, comma 6, c.p.p. di interrogare l'indagato *in vinculis* prima del giudice.

Conclusioni

L'intervento delle Sezioni unite è da salutare, comunque, con favore per il potenziale ampliamento delle garanzie difensive dell'indagato arrestato o fermato non solo in vista della convalida dell'arresto o del fermo, ma anche, nel primo caso, in vista dell'eventuale instaurazione del giudizio direttissimo ad opera del p.m. oggi "favorito" dalla novella del d.l. n. 92 del 2008.

Le cadenze argomentative utilizzate possono, allo stesso tempo, consentire di superare, alla luce dell'identità di *ratio*, il problema dell'accesso agli atti, finora negato dalla giurisprudenza, anche a fronte di altri interrogatori preventivi in materia *de libertate* (v. ad es. l'art. 289, comma 2, c.p.p.)³⁵.

³³ Così Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, cit., 3263. Cfr., in dottrina, Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 211.

³⁴ Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., p. 224-225; Marafioti, *Scelte auto difensive*, cit., 225.

³⁵ Cfr. ad evidenziare la questione e per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali Marandola, *L'interrogatorio di garanzia*, cit., 336 ss.

Spetta ora al legislatore, da un lato, introdurre dei correttivi, dall'altro lato, dare con le leggi finanziarie e di stabilità al comparto giustizia le necessarie risorse, vera *condicio*

sine qua non affinché l'efficienza si coniughi all'effettività³⁶.

Gli scenari attuali non inducono all'ottimismo.

³⁶ Giarda, *Un'altra tessera di garantismo*, cit., 1022.

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI



GIORGIO PIZIALI

Giudice Tribunale di Verona

Rito immediato “custodiale” e completamento della vicenda cautelare

Una linea interpretativa affacciata nella prassi pretende che l'immediato “cautelare” presupponga un giudizio definitivo sulla vicenda custodiale che comprende la verifica dinanzi alla Corte di cassazione; invece, la disciplina, intesa alla lettera, non si spinge a tanto, contemplando solo la necessità che la misura si stabilizzi tramite la conferma ottenuta in sede di riesame. Le implicazioni della lettura estensiva sono interessanti, anche per le ricadute sul terreno dei vizi del decreto introduttivo e dei possibili controlli; ma gli epiloghi restano meno condivisibili, soprattutto se osservati nella prospettiva dei riflessi sull'art. 303 comma 1 c.p.p.

Status custodiae e tasso di stabilità della misura cautelare

Con l'accresciuta facilità di accesso alle decisioni della Corte di cassazione l'effetto di singole pronunce sulla pratica giurisdizionale quotidiana è assai più rapido che in passato e, soprattutto, non è mediato da una qualche forma di supporto critico che ne accompagni la circolazione.

Effetti significativi nelle prassi applicative dei giudizi di merito sono prodotti da un certo orientamento giurisprudenziale¹ intervenuto sull'art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p., disciplina volta ad estendere i casi di accessibilità al giudizio immediato². In linea di principio si legge che «è illegittima, e quindi deve essere rigettata, la richiesta di giudizio immediato nei confronti dell'imputato in stato

¹ Cass., sez. III, 11 marzo 2010, G.X., CED Cass., 246610.

² Sulla novità, Lorusso, *Il giudizio immediato (apparentemente obbligatorio) e la nuova ipotesi riservata all'imputato in vinculis*, Lorusso (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 148; Varraso, *Il doppio binario del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero*, Scalfati (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, 175; Di Bugno, *D.l. 23 maggio 2009 n. 92, conv. con modif. in l. 24 luglio 2008 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, sub art. 2, Legislazione pen.*, 2009, 151 ss. Per prime osservazioni applicative, Spagnolo, *La natura del termine di presentazione della richiesta di giudizio immediato per imputati in custodia cautelare*, *Cass. pen.*, 2010, 1350 ss. Per un'ampia rassegna anche della bibliografia Bene, *sub artt. 453 - 458*, Giarda e Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010.

di custodia cautelare, avanzata prima che il procedimento di riesame in ordine alla misura di custodia cautelare sia divenuto definitivo, essendo l'ordinanza di riesame impugnata con ricorso per cassazione»; da tale postulato consegue la caducazione del relativo decreto di giudizio immediato nel frattempo emesso e la rilevabilità del vizio nel sub procedimento di appello cautelare, con riflessi in ordine alla perenzione dei termini di fase.

L'esito interpretativo incide in modo pregnante sulle prassi ordinarie per più aspetti.

Il primo è quello, per così dire, diretto, perché un conto è dover attendere – per accedere alle forme del giudizio immediato – la definizione della fase di riesame cautelare, altro è dover attendere che anche la Corte di cassazione si pronunci e, nel caso in cui annulli con rinvio, attendere persino che il tribunale torni ad intervenire; peraltro, a tale seconda prospettiva è naturalmente omologabile l'ipotesi che, dopo la definizione della fase di riesame, decorrano inutilmente i termini per il ricorso in cassazione.

Per vero, l'assunto interpretativo di partenza non è del tutto convincente, atteso che il tenore letterale dell'art. 453, comma 3 *bis*, c.p.p. supporta maggiormente una diversa lettura, per la quale è la definizione della sola fase di gravame dinanzi al riesame a consentire (*rectius*: imporre³) l'accesso al rito.

La previsione in esame, infatti, testualmente specifica che la richiesta è formulata dopo la definizione del procedimento di cui "all'articolo 309" c.p.p., che è norma dedicata al solo riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva, senza alcun riferimento al diverso procedimento di cui all'art. 311

c.p.p., dedicato al ricorso per cassazione. In aggiunta, la stessa disposizione precisa che parimenti la richiesta può essere formulata «dopo il decorso dei termini per la proposizione della richiesta di riesame»; con la precisazione che, di nuovo, si occupa esclusivamente del decorso dei termini per proporre istanza di riesame, non già del diverso termine per instaurare il ricorso per cassazione.

Inoltre, l'espressione utilizzata dal legislatore «definizione del procedimento di cui all'articolo 309» è diversa da quella di «definitività del provvedimento reso ex art. 309 c.p.p.» che l'orientamento in discorso pone a base delle proprie conclusioni.

Certo, per contro, escludendo che abbia rilievo, ai fini dell'art. 453 c.p.p., la fase del controllo *de legitimitate* sulla misura, si potrebbe accertare l'inidoneità postuma – soprattutto quanto al requisito del *fumus commissi delicti* – dell'intervento cautelare adottato come base del decreto di giudizio immediato.

Tuttavia, proprio questa osservazione chiama in causa l'esigenza di una riflessione più ampia circa la ragion d'essere del rito e la struttura dei suoi presupposti: aspetti, certo, meritevoli di approfondimenti assai maggiori di quelli qui consentiti.

Per il primo profilo, è di immediata evidenza che la lettera della disciplina appare maggiormente confacente con l'idea legislativa del rito immediato, la quale postula un'accelerazione del giudizio; la necessità di attendere la definizione anche del ricorso in cassazione, e dell'eventuale successiva fase di rinvio, provoca una dilatazione dei tempi

³ A seguito delle modifiche del 2008 il rito è obbligatorio per l'organo della Pubblica accusa, salva l'esigenza di evitare gravi pregiudizi alle indagini (cfr. Di Bugno, op. cit., 153).

non proprio compatibile con l'esigenza menzionata.

Ma l'esegesi letterale della disciplina appare maggiormente coerente anche con la qualificazione più propria del rito immediato.

Infatti, l'assunto sistematico dal quale sembra muovere l'orientamento estensivo è che l'accesso al rito immediato produca effetti peggiorativi per la posizione dell'imputato; per cui si richiede che sia raggiunto un livello di "certezza" circa la tenuta del piano indiziario che legittima il rito speciale: un piano di "certezza" conseguibile solo con la definizione di tutti i possibili gradi di impugnazione del relativo provvedimento cautelare.

Ma non è detto, a ben vedere, che il dato di partenza sia esatto.

Non si può escludere che il rito immediato, tanto più con riferimento al nuovo presupposto e alla sua sopravvenuta obbligatorietà per il p.m., possa essere considerato un procedimento a favore dell'imputato, per la rapidità con la quale si raggiunge la verifica dibattimentale dell'ipotesi accusatoria. Del resto, il codice disciplina anche il caso in cui giudizio immediato sia attivato su richiesta dell'imputato; e diventa difficoltosa la collocazione di sistema di questa modalità se non si ravvisa in tutte le forme di giudizio immediato una comune matrice, individuabile, per l'appunto, nell'immediato passaggio alla verifica in contraddittorio dell'ipotesi d'accu-

sa⁴. D'altro canto, il nostro sistema processuale ancora vede nell'accesso alla fase del dibattimento la massima garanzia per l'imputato che, nei casi in esame, è rapidamente messo in condizioni di saggiare, nel contraddittorio per la prova, il tenore indiziario che "apparentemente" lo investe⁵.

Infine, la qualificazione dell'immediato come rito rapido a tutela dell'imputato è coerente con un sistema che attribuisce alla celerità un valore specifico in favore dell'imputato⁶, tanto più se è in corso una misura custodiale.

In questa prospettiva, quindi, l'accesso al rito sarebbe giustificato per accelerare il processo in favore di un soggetto gravato da un vincolo *de libertate* (che ha passato la verifica di merito), allo scopo di consentirgli celermente un vaglio probatorio di quegli elementi di accusa ancora connotati dei tratti indiziari.

Accolta tale ottica, si svuoterebbe l'esigenza che lo "stato custodiale" sia "definitivo".

Illegittimità del decreto introduttivo e termini custodiali di fase

Il piano di analisi del menzionato orientamento, da un punto di vista degli effetti sulla concreta gestione dei processi di merito, deve essere spostato anche su un ulteriore aspetto, assai più critico.

⁴ In passato, infatti, ha prevalso una ricostruzione teorica che finiva con il collocare questo secondo modulo al di fuori dello schema del giudizio immediato "tipico": Zanetti, *Il giudizio immediato*, Pisani (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, 2003, 333.

⁵ Già per questa osservazione in riferimento al testo originario, Illuminati, *Giudizio immediato*, *Giust. pen.*, 1989, III, 714.

⁶ Pisani, *La celerità nel processo penale italiano*, *Indice pen.*, 1995, 257 ss., anche in *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, 25 ss.

Il caso giudiziario dal quale nasce l'orientamento suddetto riguarda un'impugnazione di un provvedimento in materia cautelare, confermato dal tribunale in sede di appello, in forza del quale si era ritenuto che, essendo stato emesso il decreto di giudizio immediato (senza attendere l'esito del ricorso proposto dalla parte), decorressero i nuovi termini di fase ai sensi dell'art. 303 c.p.p., con ovvia permanenza dello *status custodiae*.

La Corte di cassazione, dopo aver espresso la linea sopra criticata, ha annullato la decisione del tribunale postulando l'illegittimità della richiesta di giudizio immediato. Sep-pure implicitamente⁷ da simile orientamento deriva che l'emissione del decreto in carenza dei suoi presupposti è privo di effetti; cosicché la fase "chiusa" con l'emissione del decreto medesimo non può più ritenersi realmente tale ai fini dei tempi massimi di custodia.

Le conseguenze sono dirompenti, perché la validità di un atto processuale rilevante per la conservazione dello stato custodiale, secondo l'art. 303, comma 1, c.p.p., influisce sulla scarcerazione per scadenza dei termini intermedi⁸.

Ecco perché un orientamento "correttivo" ha sostenuto che, in tema di decorrenza dei tempi di custodia, soltanto la mancata emis-

sione degli atti che segnano il "passaggio" da una fase all'altra, e non anche la loro invalidità, può dar luogo ad una perdita di efficacia della misura cautelare per il superamento dei termini di fase⁹.

Ma in linea di fondo, emergono ulteriori perplessità sull'orientamento segnalato: l'illegittimità del decreto di giudizio immediato viene postulata in via incidentale, nell'ambito del procedimento di impugnazione cautelare dove era stato considerato non decorso il termine di fase relativo alle indagini preliminari per la tempestiva emissione del decreto che istaura il rito speciale¹⁰; la qual cosa provoca l'effetto paradossale secondo cui la pronuncia di annullamento emessa dalla Corte nel subprocedimento incidentale *de libertate*, non travolge il decreto di rito immediato e non produce una regressione del procedimento principale.

La nullità per accesso al rito disposto fuori dai presupposti

Un punto che presenta maggiore interesse, per gli effetti ancor più rilevanti nella pratica quotidiana, attiene alla natura dei presupposti del rito immediato e, soprattutto, alle conseguenze dall'accesso disposto in difetto di tali presupposti.

⁷ Nel corpo della decisione non vi è alcun riferimento al tipo di vizio che travolgerebbe il decreto di giudizio immediato, mentre è utilizzato il concetto di "illegittimità" in relazione alla sola richiesta di giudizio immediato.

⁸ Peraltro, se la postulata invalidità del decreto di giudizio immediato implicasse la regressione del procedimento nella fase precedente, l'effetto, disciplinato sul piano generale dall'art. 303, comma 2, c.p.p., è che dovrebbero decorrere «di nuovo i termini previsti dal comma 1», con la conseguenza che nemmeno potrebbe ritenersi la perenzione dei termini della fase.

⁹ Cass., sez. VI, 19 aprile 2010, Petrone, *CED Cass.*, 247006, proprio in relazione ad una eccezione di nullità del decreto di giudizio immediato. Con affermazione, peraltro, stabile cfr. Cass., 14 luglio 1998, Accardo, *CED Cass.*, 211413.

¹⁰ Sulla natura incidentale del procedimento di impugnazione *de libertate*, Polvani, *Le impugnazioni de libertate*, Padova, 1999, 13.

Dall'orientamento menzionato, sembra doversi desumere – ma in maniera implicita – che l'accesso al giudizio immediato fuori dalle condizioni previste comporti una nullità del decreto e che quella nullità, come ovviamente discende dall'art. 185 c.p.p., generi una regressione.

Al riguardo, tuttavia, non si trascuri che proprio con riferimento al presupposto principe del giudizio immediato “tradizionale”, ossia l'evidenza della prova, la stessa Corte di cassazione ha stabilmente sostenuto che la rispettiva valutazione non è sindacabile in fasi successive: «una volta disposto il giudizio immediato, né il g.i.p., né il giudice del dibattimento possono incidere sul relativo decreto, stante l'assoluta eccentricità di un controllo sulle sussistenze delle condizioni necessarie alla sua adozione ulteriore rispetto a quello, tipico, previsto dall'art. 455 c.p.p.»; ciò anche perché «il riconoscimento della possibilità del giudice del merito di sindacare il provvedimento del g.i.p. – che abbia accolto la richiesta di giudizio immediato avanzata dal p.m. – o dello stesso g.i.p. di ritornare sulle proprie determinazioni sarebbero in contrasto con quelle “esigenze di celerità e di risparmio di risorse processuali” che caratterizzano il rito», con l'effetto che è addirittura ritenuto abnorme il provvedimento che determina, per tal motivo, una regressione del procedimento¹¹.

Per contro, tuttavia, nemmeno si può trascurare che l'omissione del previo interroga-

torio previsto sempre dall'art. 453 c.p.p. è stato sanzionato con una nullità a regime intermedio che si riverbera sul decreto di giudizio immediato¹².

Nel cercare una spiegazione al differente approdo che emerge dalle due linee di pensiero appena dette, si è ritenuto che, mentre non sia rivalutabile l'esistenza del presupposto “probatorio” del rito, a causa di un irripetibile giudizio di valore emesso *rebus sic stantibus*, è invece non arbitrariamente controllabile un difetto del procedere come l'omissione del prescritto interrogatorio¹³, considerata la diretta violazione dei diritti della difesa.

Collocata entro questa cornice, si potrebbe sostenere che solo la condizione di soggetto in stato custodiale rappresenti l'ineffettibile presupposto del rito, nella prospettiva di favore per l'imputato volta ad accelerare il giudizio e a non subire tempi cautelari più lunghi; mentre si può pensare che la completa definizione del controllo sul provvedimento *de libertate* non assurga ad elemento “costitutivo” della fattispecie che condiziona l'accesso al rito, ferma la necessità – aderente al testo normativo – di attendere la sua stabilità perlomeno tramite l'eventuale riesame.

Peraltro, resta da accertare quale invalidità comporta la mancata “definitività” della vicenda cautelare ancora pendente in cassazione. Anche per questo aspetto, l'orientamento da cui si sono prese le mosse

¹¹ Cass., sez. IV, 25 ottobre 2007, Gianatti, *CED Cass.*, 238506, alla quale si rinvia per una serie di richiami ai precedenti e agli spunti della Corte costituzionale in materia.

¹² Sempre per tutte Cass., sez. VI, 15 aprile 2010, Fibbi, *CED Cass.*, 247817.

¹³ Il quale verrebbe, quindi, scalzato dal ruolo propriamente di presupposto.

¹⁴ Si noti che quello di cui all'art. 455 c.p.p. è un controllo sulla richiesta di accesso al rito, mentre la questione è se abbiano conseguenze le decisioni errate del giudice, per di più emesse al di fuori di ogni contraddittorio, che

appare discutibile, quanto meno per essere giunto ad una soluzione radicale senza esplicitare quale sia il tipo di vizio rilevabile nella specie.

Certamente non vi è la previsione di una sanzione esplicita per la violazione dei presupposti del rito: né per il giudizio immediato né per altri riti.

Tuttavia, non sembra corretto affermare che una volta disposto il giudizio immediato sia eccentrico un controllo sulle sussistenze delle condizioni necessarie alla sua adozione ulteriore rispetto a quello, tipico, previsto dall'art. 455 c.p.p.¹⁴.

Scontata l'assenza di una sanzione espressa per il mancato rispetto dei presupposti del rito e senza scomodare categorie di difficile utilizzo perché non tipizzate, come l'inammissibilità¹⁵, di certo sarebbe necessario vagliare se l'errato accesso al rito non travolga alcuni dei cardini del procedere fissati dall'art. 178 c.p.p.

Ovviamente, di nuovo, potrebbe tornare in considerazione quel che si è detto sopra, perché se l'accesso al rito speciale opera come strumento di tutela per la posizione dell'imputato, condotto rapidamente al vaglio del contraddittorio dibattimentale (o, più semplicemente, al vaglio di un giudizio), allora l'accesso anche in violazione dei limiti consentiti potrebbe non manifestare effetti di aggravio rispetto ai diritti di difesa enucleati dalla lettera c) dell'art. 178, com-

ma 1, c.p.p.

In realtà, però, non si può omettere di considerare che la garanzia del contraddittorio dibattimentale non è di per sé idonea a compensare la violazione che l'illegittimo accesso al giudizio immediato provoca alla serie di ulteriori previsioni dettate a tutela dell'imputato, alcune delle quali funzionali proprio ad un utile contraddittorio dibattimentale.

L'accesso al rito immediato, infatti, esclude per l'imputato la possibilità di contare sulla verifica dell'imputazione e sul completamento delle indagini previste nell'udienza preliminare; esso esclude, inoltre, la necessità dell'invio dell'avviso di chiusura indagini e dei diritti connessi in tema di contributo alla definizione del quadro probatorio; ma, soprattutto, il decreto di rito immediato comporta termini più brevi per compiere le scelte processuali delicate, come l'accesso ai giudizi a prova contratta e riduce i tempi a disposizione per lo svolgimento di indagini difensive o, in generale, per preparare le proprie difese.

A ben considerare, quindi, l'accesso al rito fuori dai presupposti produce un sicuro effetto patologico, che consiste esattamente nel fatto che, in seguito a quella scelta, viene ingiustificatamente omessa l'applicazione di tutte le norme proprie della sequenza ordinaria.

Allora, se l'effetto prodotto dall'errata di-

hanno ad oggetto quel controllo. Molto utili al riguardo sono le elaborazioni, assai più risalenti, maturate in dottrina e in giurisprudenza, sull'analogo art. 452 c.p.p. dettato per il giudizio direttissimo, per le quali si legga la ricognizione di Zanetti, *Il giudizio direttissimo*, Pisani (a cura di), *I procedimenti speciali*, cit., 318.

¹⁵ Sulla quale, peraltro, sarebbe utile riflettere, e per la quale rimane fondamentale G. Galli, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, ma si veda di recente Turco, *L'inammissibilità, specie di invalidità e sanzione processuale*, Corso-Peroni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Milano, 2010, I, 881.

gressione comporta il difetto di applicazione di discipline dettate dalla sequenza ordinaria e presidiate da specifiche nullità, il decreto ammissivo non può che essere affetto dal vizio, senza dubbio rilevabile successivamente¹⁶.

¹⁶ Per un'applicazione di questi principi, volendo, Piziali, *Le disposizioni sulla partecipazione a distanza*, Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 78.

ANALISI E PROSPETTIVE



ADOLFO SCALFATI*, ORIETTA BRUNO**

*Professore ordinario di Procedura penale - Università di Roma "Tor Vergata"

** Ricercatore di Procedura penale - Università di Roma "Tor Vergata"

Orientamenti in tema di videoriprese

Filmare liberamente comportamenti umani è possibile fin quando non si compromettano privacy, segretezza delle comunicazioni e libertà di domicilio; oltre tale ambito, subentrano cautele, limiti e divieti, secondo un disegno di difficile composizione, fortemente influenzato dalla delicatezza delle vicende concrete. Ma la capacità intrusiva delle videoriprese occulte richiede di elaborare un sintetico quadro della materia, enucleando punti di arrivo (o, forse, di partenza) sui quali modulare meglio il bilanciamento degli interessi presenti in sede giudiziaria.

Gli ambienti "non protetti"

Abortita la riforma delle intercettazioni, è bene riprendere le fila del discorso riordinando l'esistente, a cominciare dai problemi connessi ai vuoti della disciplina; al riguardo, indubbiamente, assume un ruolo di primo piano - anche per le notevoli ricadute operative - il tema della captazione di immagini mediante videoriprese¹. Emerge uno scenario composito, privo di fonti specifiche, dove le linee di pensiero più accreditate richiedono sottili distinguo, talvolta concepiti con una certa dose di astrattismo: tra filmati eseguiti in spazi pubblici e quelli realizzati in luoghi "riservati"; e nell'ambito di tale ultima categoria, tra videoriprese di semplici

immagini in movimento e intrusioni filmiche aventi ad oggetto individui che comunicano (anche) tramite gesti.

In generale, nulla esclude riprese visive in aree non protette da barriere che impediscono la comune percezione, neppure quando fossero realizzate dalla polizia giudiziaria *motu proprio*. Prevale l'idea che simili forme di monitoraggio non soggiacciono a limiti, non vulnerando alcun diritto domiciliare o di riservatezza; in tal caso, la tipologia delle "zone" captate e la modalità delle condotte oggetto di ripresa visiva valgono ad elidere la tutela costituzionale sulla base di un'implicita rinuncia da parte di chi liberamente si espone alla percezione altrui².

¹ Offrono un quadro d'insieme, con richiami alla copiosa letteratura, Cricri, *Videoregistrazione, Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2006, 1 ss.; Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 159 ss. Con un sguardo agli Stati Uniti, inoltre, Di Paolo, "Tecnologie del controllo" e prova penale. *L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova, 2008. Si sofferma sugli andamenti giurisprudenziali, da ultimo, Tabasco, *Corte costituzionale e videoriprese di condotte non comunicative: ancora dubbi e perplessità*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 234 ss.

² Per simili principi, Cass., sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, *Cass. pen.*, 2006, 4344 ss.; Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic, *CED Cass.*, 217688.

Si tratta di una comprovata linea di tendenza, tuttavia, ricca di sfumature; tra le tante, Cass., sez. I, 2 febbraio

Da un punto di vista concreto, naturalmente, resta da valutare caso per caso i connotati spaziali e i termini del comportamento umano, al fine di capire se davvero opera quella libertà investigativa sopra menzionata, con indubbia configurabilità di zone grigie dove la prassi è incline ad aperture in chiave autoritaria.

Sul piano processuale, i risultati di tali interventi, eseguiti in spazi pubblici, aperti o esposti al pubblico, sono stati generalmente considerati - con qualche ambiguità dovuta al disinvolto impiego della nozione di documento - alla stregua prove di cui parla l'art. 234 c.p.p.³.

Secondo un approccio più cauto, lo strumento - quando è adottato dagli organi dell'investigazione pubblica - viene ricondotto alla cd. prova innominata (art 189 c.p.p.)⁴, rilevando la mancanza di regole *ad hoc* e la difficoltà di inquadrarne la sagoma nell'ambito della disciplina istruttoria già contemplata dal codice; sotto tale profilo, si è detto che le riprese video in luoghi non protetti: a) non vanno assimilate al *genus* delle intercettazio-

ni, cosicché non si applicano gli artt. 266 ss. c.p.p.⁵; b) la legittimità dell'intervento e l'impiego dei relativi risultati sono vincolati al rispetto delle condizioni dettate per la figura della prova atipica.

Tuttavia, tali operazioni potrebbero essere agevolmente ricondotte - senza scomodare la disciplina dell'art. 189 c.p.p. - tra gli strumenti investigativi innominati, dei quali pur dispone la polizia giudiziaria secondo la formula generale di cui parla l'art. 348, comma 2 lett. a), c.p.p.. In proposito, trattandosi di immagini che fissano un determinato contesto spazio-temporale, il risultato è irripetibile ed i verbali (con i relativi supporti allegati) subiscono anche la sorte contemplata dall'art. 431, comma 1 lett. b), c.p.p.; è ovvio, poi, che in contraddittorio, di volta in volta, si valuterà se le suddette captazioni di immagini sono state effettuate nei "luoghi" in cui sono davvero libere.

Il tema assume altra fisionomia se la videoripresa riguarda movimenti umani a valenza comunicativa, pur compiuti fuori dall'area domiciliare *stricto sensu*. Qui è condivisi-

2009, Galati Sansone e altri, *CED Cass.*, 242793; *Cass.*, sez. II, 21 settembre 2007, Caruso e altro, *CED Cass.*, 237848; *Cass.*, sez. IV, 22 febbraio 2005, C., *Cass. pen.*, 2006, 678 ss.

³ Cfr. *Cass.*, sez. un., 28 ottobre 1998, Barbagallo, *Cass. pen.*, 1999, 2074 (in motivazione); *Cass.*, sez. VI, 13 febbraio 1998, Pani ed altro, *CED Cass.*, 210579; *Cass.*, sez. V, 23 maggio 1997, Lomuscio P., *CED Cass.*, 208137. Aderiscono all'impostazione, Carli, *Videoregistrazione di immagini e tipizzazione di prove atipiche*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 46; Saponaro, *Sulla vexata quaestio della natura delle videoregistrazioni*, *Cass. pen.*, 2004, 3285; Zignani, *Una discutibile pronuncia in tema di prove illegittimamente carpite nel domicilio*, *Cass. pen.*, 2004, 1316.

⁴ *Cass.*, sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic, cit., poi anche *Cass.*, sez. V, 3 ottobre 2008, Salzano, *CED Cass.*, 241946 (nella specie, le riprese esterne ad un edificio ne inquadravano l'ingresso, i balconi ed il cortile); *Cass.*, sez. V, 3 ottobre 2008, Stranieri, *CED Cass.*, 241946; *Cass.*, sez. I, 10 maggio 2010, D.G. e altro, *CED Cass.*, 247065. In letteratura, dopo aver escluso che possano essere ricondotte ai mezzi di ricerca della prova o ai rilievi di cui agli artt. 349 e 350 c.p.p., ci si orienta verso l'inquadramento come mezzo atipico di ricerca; sintetizza la linea di pensiero, con note di richiami, Tieghi, *La videoregistrazione nelle indagini preliminari*, *Studium juris*, 2003, 573 ss. *Contra*, tuttavia, Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 95, dove si sostiene che l'art. 189 c.p.p. esige un contraddittorio anticipato sulle modalità di assunzione della prova e, quindi, non può disciplinare una prova precostituita; esprime dubbi anche Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, *Cass. pen.*, 1999, 1195.

⁵ *Cass.*, sez. V, 31 maggio 2004, Massa ed altro, *CED Cass.*, 228732. Conf. *Cass.*, sez. I, 1° agosto 2007, Susinni, *CED Cass.*, 237502 e, sebbene con apparato argomentativo piuttosto ambiguo, *Cass.*, sez. VI, 23 febbraio 2004, Flori, *CED Cass.*, 229003.

bile ritenere che le condotte dei soggetti passivi saranno tutelate perlomeno dall'art. 15 Cost. quando esse si attuano con normali accorgimenti diretti ad escludere la percezione di terzi, secondo obbiettivi di privatezza impressi dai partecipanti⁶. Del resto, alle condizioni appena dette, il filmato di atti comunicativi appare assimilabile alle intercettazioni ambientali di suoni; dunque, è meglio di niente trasporre in via analogica, quale grado minimo di tutela, l'apparato normativo esistente. S'intuisce, comunque, che lo strumento visivo, per le sue caratteristiche rispetto alle riproduzioni sonore, è capace di insinuarsi con maggiore violenza nelle libertà individuali, vulnerando – oltre la segretezza delle comunicazioni – anche la parte visibile delle condotte che l'uomo intende mantenere riservate (art. 2 Cost.); la qual cosa richiede di ripensare all'idea che la disciplina prevista dagli artt. 266 ss. c.p.p. rappresenti, al riguardo, un sufficiente modello di garanzia.

Le riprese nel “domicilio”

Dati i valori in gioco, più discusso è il caso dei filmati in zone protette dalla tutela domiciliare⁷.

Ci si è chiesto se tali attività sono inquadrabili tra le norme sulle intercettazioni ambientali all'interno del domicilio, essendone in certo senso analoghi la *ratio* investigativa, il coinvolgimento di principi costituzionali

(artt. 14 e 15 Cost.) ed il ricorso a speciali mezzi tecnologici⁸; ovvero, se può essere invocato l'istituto della prova documentale o, ancora, richiamata la categoria della prova atipica.

Una prima corrente di pensiero, muovendo dal presupposto che il concetto di “comunicazione” implica lo scambio di messaggi tra più persone – comunque realizzati, oralmente o tramite segni – e che l'ascolto mira a “immobilizzare” tali comunicati, ritiene che non sia consentito, attraverso la collocazione di una videocamera all'interno del domicilio, cogliere le immagini relative alla mera presenza di cose o persone o ai loro movimenti quando ciò non è funzionale a captare rapporti comunicativi⁹; né tale condotta può essere legittimata dalla generica disciplina del mezzo atipico di ricerca della prova poiché, trattandosi di riprese visive effettuate in luoghi protetti, sono in gioco la garanzia della “doppia riserva” contemplata dall'art. 14 Cost. In tale ottica, le captazioni domiciliari di immagini sono assimilate a intercettazioni ambientali – e soggette alla relativa disciplina – soltanto per la parte in cui percepiscono movimenti del corpo significanti un'intenzionale trasmissione di “pensieri”, con la conseguente spendibilità processuale dei risultati (acustici e visivi); viceversa, tutto ciò che non rivela l'inoltro (o lo scambio) di informazioni tra i presenti, pur caduto sotto la percezione del mezzo tecnico, diventa inutilizzabile¹⁰. La prospettiva è stata in seguito

⁶ Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., 185.

⁷ In tema, di recente, Santoro, *L'evoluzione della nozione di domicilio: tra esigenze di tutela dell'inviolabilità e nuove frontiere tecnologiche*, Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 245 ss.

⁸ È la tesi di Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 215 secondo la quale gli inquirenti traggono il potere di occultare apparecchi di ripresa visiva nell'abitazione altrui dal canale normativo fornito dall'art. 266, comma 2, c.p.p.

⁹ Cass., sez. VI, 21 giugno 1998, Greco, *Cass. pen.*, 1999, 1188 ss. L'indirizzo è stato accolto anche dalla giurisprudenza costituzionale (C. cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, *Giur. cost.*, 2002, 1062 ss.) sulla quale, *infra*.

¹⁰ Si tratta di orientamento che ha suscitato inevitabili riserve, in ragione di distinte prospettive, incluse quelle di natura pratico-operativa; in proposito, Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione*

ribadita, sostenendo che sono impiegabili i risultati delle registrazioni compiute con videocamera all'interno di un luogo privato in quanto non escluse dal codice: nell'auto-ricorrere l'intercettazione, l'art. 266, comma 2, c.p.p. ricomprende nel proprio ambito non solo i dialoghi di tipo convenzionale, posti in essere mediante l'uso del linguaggio, ma anche quelli gestuali; invece, la legge non regola, con conseguente divieto, ogni forma di captazione domiciliare non avente natura di messaggio trasmesso consapevolmente ad altri¹¹.

Un'opposta e più retriva linea di tendenza, tagliando corto sui possibili distinguo, ricostruisce sempre la videoregistrazione domiciliare come uno strumento investigativo "innominato": «le riprese visive possono essere inquadrare tra le prove atipiche di cui all'art. 189 c.p.p., da intendersi in senso ampio come comprensive dei mezzi di ricerca della prova e di mezzi di indagine

non previsti dalla legge, mentre i suoi risultati rientrano nelle prove documentali indicate nell'art. 234, comma 1, c.p.p.»¹²; pertanto, i materiali ottenuti dalle riprese visive in ambienti tutelati dall'art. 14 Cost. «sono utilizzabili nel processo se rispettano il livello minimo di garanzie (...), cioè se la limitazione del diritto alla riservatezza sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria e, quindi, anche con provvedimento [motivato] del p.m.»¹³. In fin dei conti, la videoripresa domiciliare sarebbe trattata come una perquisizione o un'ispezione nei luoghi protetti, dalle quali mutua la disciplina circa l'esercizio dei poteri; la qual cosa, tuttavia, trascura di valutare la differenza strutturale tra l'attività ispettivo-perquisitoria e la cristallizzazione mediante immagini di comportamenti umani carpiri da strumenti occulti: si tratta di intrusioni domiciliari con distinto tasso di invasività che, sul piano del bilanciamento degli inte-

sulle prove «incostituzionali», cit., 1204, 1212 e Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., 175 ss. (Id., *Le "intercettazioni di immagini" tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, cit., 1270). Ritenere lo strumento d'indagine in contrasto con l'art. 14 Cost., ripropone la diaspora sul destino dei filmati carpiri tra le mura domestiche: taluni ne escludono l'utilizzabilità, vuoi in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 191 c.p.p. (Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, cit., 1211), vuoi in virtù di un'applicazione diretta dei precetti costituzionali (Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, cit., 97); altri sostengono che nulla ne impedisce l'uso processuale finché non venga dichiarato incostituzionale l'art. 189 c.p.p. (Marinelli, *Le "intercettazioni di immagini" tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, cit., 1271). Un commento adesivo alla linea di tendenza precisata nel testo si rinviene in Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione per «per immagini»*, *Giur. cost.*, 2002, 2203, secondo il quale si tratta di criterio che affonda la sue radici nelle categorie concettuali già elaborate dalla letteratura per delimitare gli ambiti applicativi della c.d. *hearsay rule*.

¹¹ Cass., sez. IV, 22 marzo 2005, B., *CED Cass.*, 231047; Cass., sez. I, 29 gennaio 2003, A., *CED Cass.*, 224240. In ragione di tale premesse, altrove si afferma che il risultato delle riprese visive di comportamenti non comunicativi, effettuate in ambito domiciliare, è utilizzabile, se le riprese visive vengano eseguite con il consenso del titolare del domicilio, senza che sia indispensabile la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria: Cass., sez. II, 10 gennaio 2008, Napolano, *CED Cass.*, 238905.

¹² Si capisce l'uso improprio dell'art. 234 c.p.p., che si presta a diventare contenitore probatorio persino della documentazione elaborata dalla polizia giudiziaria.

¹³ Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic, cit. Conf. Cass., sez. V, 26 ottobre 2001, Tarantino, cit. In termini opposti, Capitta, *Captazioni audiovisive eseguite nel bagno di un locale pubblico*, cit., 2663; Borrelli, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, cit., 2448.

ressi di rango costituzionale, non possono essere appiattite su una disciplina di egual tenore¹⁴.

Sul versante applicativo, autentiche spaccature si registrano in ordine al catalogo dei luoghi "domiciliari", con risvolti diametralmente opposti circa l'esercizio del potere di filmare e di spendere processualmente i dati ottenuti; ad esempio, secondo che si assuma come parametro la figura penalistica ovvero quella costituzionale di domicilio, da un lato, si esclude che la *toilette* di un pubblico esercizio possa essere considerato luogo protetto¹⁵, dall'altro, lo si ritiene un ambiente tutelato dall'art. 14 Cost.¹⁶.

Quanto, infine, agli spazi meritevoli di riservatezza *estranei alla categoria di domicilio*, il dibattito sulle videoriprese di *condotte non comunicative* si è concentrato sul se è necessario un previo provvedimento dell'autorità giudiziaria; rimasto senza soluzione per molto tempo, il quesito ha poi trovato una sua autorevole risposta affermativa¹⁷.

La posizione della Corte costituzionale

Era immaginabile che della vicenda relativa alle *riprese visive domiciliari*, atteso il largo uso dello strumento, fosse interessato il Giudice delle leggi chiamato, infatti, ad affrontare la questione di legittimità degli artt. 189 e 266, comma 2, c.p.p. in riferimento agli artt. 3 e 14 Cost.; la censura riguardava il combinato disposto nella parte in cui non estende a tale mezzo investigativo la disciplina delle intercettazioni ambientali effettuate nei luoghi previsti dall'art. 614 c.p.¹⁸.

A premessa¹⁹ è stato posto l'orientamento in forza del quale sarebbe bastato ad effettuare le suddette videoriprese un atto motivato dell'autorità giudiziaria e, dunque, nella fase delle indagini preliminari, anche un semplice provvedimento del pubblico ministero; così postulato, l'impianto avrebbe peccato di irragionevolezza (con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.) in quanto, al carattere egualmente (o addirittura maggiormente) invasivo

¹⁴ Per una serrata critica a tale impostazione, Tonini, *Problemi insoluti della prova documentale*, *Dir. pen. proc.*, 1996, 482.

¹⁵ Cass., sez. VI, 14 novembre 2008, Destro, *CED Cass.*, 241880; Cass., sez. VI, 4 aprile 2006, S., *Dir. e giust.*, 2006, 18, 47; Cass., sez. VI, 23 gennaio 2003, Mostra, *Cass. pen.*, 2004, 1305. In termini critici, Zignani, *Una discutibile pronuncia in tema di prove illegittimamente carpite nel domicilio*, cit., 1309, per il quale nel caso delle *toilettes* «si dovrebbe versare in un tipico caso di detenzione *pleno jure* d'uno spazio autonomamente individuato, qualificabile alla stregua della nozione di domicilio propria del lessico penale sostanziale e processuale (...)».

¹⁶ Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, Viskovic, cit. D'altro canto, il diritto di escludere l'ingresso di terzi «non è fine a se stesso, ma serve a tutelare il diritto alla riservatezza nello svolgimento di alcune manifestazioni della persona»: Cass., sez. III, 21 aprile 1998, Bertoja, *Cass. pen.*, 1999, 2139.

¹⁷ Cass., sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, cit.; per approfondimenti, *infra*.

¹⁸ C. cost., sent., 24 aprile 2002, n. 135, *Giur. cost.*, 2002, 1062 ss. Sulla pronuncia, tra i molti, Bricchetti, *Spetta al legislatore regolamentare le riprese di tipo non comunicativo*, *Guida dir.*, 2002, 20, 73 ss.; Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione «per immagini»*, cit., 2176 ss.; Carli, *Videoregistrazione di immagini e tipizzazione di prove atipiche*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 41 ss.; Longo, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, *Giur. cost.*, 2002, 2208 ss.; Marini, *La Costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sottoordinata?»*, *Giur. cost.*, 2002, 1076 ss.; Pace, *Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, *Giur. cost.*, 2002, 1070 ss.

¹⁹ Il giudizio di legittimità costituzionale fu promosso con ordinanza del 5 luglio 2000 emessa dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Alba, iscritta al n. 645 del registro ordinanze della Corte e pubblicata nella G.U. n. 45 del 2000, 1^a Serie Speciale.

delle riprese visive rispetto alle menzionate intercettazioni di suoni, corrispondeva un più ridotto livello di garanzie. Ne scaturiva una potenziale lesione dell'art. 14 Cost., il quale non si limita a richiedere un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, ma postula, altresì, che esso venga adottato nei casi e nei modi previsti dalla legge, imponendo una compiuta disciplina nella specie non rinvenibile.

I Giudici della Consulta, prima di risolvere la questione, hanno effettuato una verifica pregiudiziale, consistente nello stabilire «se l'operazione investigativa sulla quale il quesito stesso vert[eva] non risult[asse], in realtà, vietata in modo assoluto dal sistema costituzionale, a prescindere dal "livello di garanzie" del quale la normativa ordinaria eventualmente la circond[asse]»²⁰. Così si è scritto che «il riferimento, nell'art. 14 co. 2° Cost., alle ispezioni, perquisizioni e sequestri non è necessariamente espressivo dell'intento di tipizzare le limitazioni permesse, escludendo *a contrario* quelle non espressamente contemplate; poiché esso ben può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme [restrittive] dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di [modelli] di intrusione divenut[i] attuali solo per effet-

to dei progressi tecnici successivi»²¹; inoltre, «la citata disposizione costituzionale, nell'ammettere "intrusioni" nel domicilio per finalità di giustizia, non prende, in realtà, affatto posizione sul carattere - [manifesto] od occulto - delle (...) stesse: la configurazione di queste ultime, e delle ispezioni in particolare, come atto palese emerge, difatti, esclusivamente a livello di legislazione ordinaria». La Corte, insomma, ha considerato la ripresa visiva come una forma *illo tempore* ignota ma nient'affatto vietata, con la conseguenza di sussumerla tra i possibili limiti alla libertà di domicilio concepiti dalla disposizione costituzionale²²: «l'attribuzione all'elenco delle limitazioni alla libertà di domicilio, di cui all'art. 14 co. 2° Cost., di un carattere "chiuso" e storicamente "cristallizzato" sulla fisionomia impressa dalla legge processuale del tempo ai singoli atti invasivi richiamati provocherebbe, d'altro canto, un evidente squilibrio nell'assetto costituzionale dei diritti di libertà»²³; né una pregiudiziale restrizione alle interferenze della pubblica autorità mediante riprese visive domiciliari trova riscontro tra le norme sovranazionali²⁴.

Ciò posto, in assenza di norme *ad hoc*, è emersa la necessità di reperire nel sistema lo statuto dei "casi e dei modi" richiesto dal testo costituzionale, scandagliando la natura della registrazione di immagini e valutando la possibilità di annoverarla tra le figure

²⁰ Le argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale nell'ambito di tale verifica vengono ritenute assolutamente convincenti da Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni «per immagini»*, cit., 2179.

²¹ Perplesso sul ritenuto carattere "aperto" della tipologia delle limitazioni contenuta nell'art. 14, comma 2, Cost., Marini, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sotto-ordinata»?*, cit., 1078 ss.

²² Condivide l'assunto Marini, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sotto-ordinata»?*, cit., 1077.

²³ Non manca chi pensa che la libertà di domicilio gode, sotto tale profilo, di una tutela privilegiata: Mazziotti Di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1985, 218; Pace, *Problematica delle libertà costituzionali - Parte spec.*, Padova, 1992, 223.

²⁴ Il riferimento è, ovviamente, all'art. 8 della Corte e.d.u., all'art. 17 del Patto internazionale dei diritti civili e politici e agli artt. 7 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel dicembre del 2000.

istruttorie già disciplinate; alla ricerca di un'identità per le videoriprese, la Corte procede per similitudini, sussumendo, infine, in un solo *genus* tutte le *captazioni di atti comunicativi* (orali o gestuali che siano) realizzate in luoghi di privata dimora²⁵.

Ne consegue che la intrusiva registrazione di immagini in luoghi protetti dal domicilio è assimilabile, in concreto, alla intercettazione *inter praesentes* nelle zone di cui all'articolo 614 c.p. quando ha ad oggetto *comportamenti* (gesti, moti corporei) *di tipo comunicativo*; secondo i Giudici della Consulta, essa si differenzia dalla captazione sonora solo in rapporto allo strumento tecnico impiegato, il che rende applicabile in via interpretativa la vigente disciplina della intercettazione ambientale in luoghi di privata dimora. Stabilire, poi, quando la ripresa visiva possa ritenersi finalizzata alla captazione di comportamenti a carattere comunicativo e determinare i limiti entro i quali le immagini riprese abbiano ad oggetto tali comportamenti è «una questione che spetta al giudice *a quo* risolvere»: con noncuranza, si liquida in poche battute il tema più spinoso che nasce dall'esegesi proposta e, cioè, l'assenza di parametri certi in base ai quali valutare nel quotidiano giudiziario se le riprese video in luoghi privati sono ammissibili o no.

La Corte costituzionale precisa, in ogni ca-

so, che un problema di compatibilità con le norme primarie si pone *fuori dall'ipotesi di videoregistrazione di comportamenti comunicativi*: lì, la cristallizzazione investigativa delle immagini in movimento nei luoghi protetti dall'art. 14 Cost. sono frutto «soltanto [di] intrusione nel domicilio in quanto tale». Comunque interpretate, le regole sulle intercettazioni non potrebbero estendersi alle riprese visive di comportamenti di tipo *non* comunicativo, fattispecie per la quale esiste un vuoto di disciplina sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento, in violazione della doppia riserva imposta dall'art. 14, comma 2, Cost. Sotto tale profilo, la Corte ha lanciato un monito: «l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe perciò essere disciplinata soltanto [dal legislatore], nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost.; ferma restando, per l'importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti, l'opportunità di un riesame complessivo della materia da parte [dello] stesso»²⁶.

La messa a punto delle Sezioni Unite

La giurisprudenza ha recepito ed elaborato le linee tracciate dalla Corte costituzionale: le riprese di immagini comunicative riservate sono soggette alla disciplina delle intercet-

²⁵ D'altra parte, già Cass., sez. VI, 21 giugno 1998, Greco, cit. Qui si staglia la critica di Selmi, *Captazione visiva e libertà domiciliare*, *Giust. pen.*, 2003, I, 64 per la quale, così facendo, non si garantirebbe un'adeguata tutela dei diritti fondamentali della persona, posto che la distinzione di cui trattasi sarebbe apprezzabile dal giudice soltanto *ex post*, a violazione già avvenuta.

²⁶ Da questo passaggio argomentativo della sentenza – il quale sottolinea come, allo stato, il legislatore non regoli affatto le ipotesi della videoregistrazione di comportamenti non comunicativi – sembra che la Corte abbia considerato le immagini che documentano comportamenti non comunicativi come una sorta di ispezione occulta, non regolata dalla legge, i cui risultati non sono utilizzabile per contrasto con l'art. 14 Cost. (cfr. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione «per immagini»*, cit., 2198 ss. e Lattanzi, *Videointercettazioni: una legge da rivedere*, in *Giusto processo*, 2002, 130.) Tuttavia, non è certo che il pensiero della Corte fosse questo (cfr. Di Paolo, *“Tecnologie del controllo” e prova penale*, cit., 212.); secondo qualcuno, niente autorizza a sostenere che il richiamo all'art. 14, comma 2, Cost. significhi aver introdotto un divieto istruttorio per il caso *de quo* (Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 2006, 855 e Longo, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, cit., 2220).

tazioni ambientali; mentre, le videoriprese che *non* contengono messaggi tra i partecipanti sono considerate inutilizzabili ove eseguite in luogo domiciliare²⁷. Ma l'utilità investigativa del filmato ha spinto la prassi verso un *self-restraint* della nozione di domicilio, ampliando la zona grigia nella quale il campo è stato a lungo conteso tra chi ha ammesso la videoripresa, anche ad iniziativa della polizia giudiziaria, e chi no; il nodo sta nelle regole applicabili qualora le operazioni siano eseguite in quegli spazi in cui la vita dei consociati si esplica con una certa intimità, al di fuori della più stretta figura di domicilio.

Al riguardo, sono intervenute le Sezioni Unite²⁸, tentando di superare visioni manichee - tra ambienti domiciliari ed ambienti privi di tale requisito - e ricorrendo ad un *tertium genus*, rappresentato dai luoghi la cui salvaguardia va misurata sul diritto alla ri-

servatezza. Schematizzando, in proposito, emerge un composto abbastanza chiaro: a) le riprese video di persone che "conversano" con i gesti rientrano nell'istituto delle intercettazioni ambientali e, pertanto, possono essere effettuate nel rispetto dell'impianto codicistico; b) «le videoregistrazioni in luoghi pubblici ovvero aperti o esposti al pubblico, non effettuate nell'ambito del procedimento penale, vanno incluse nella categoria dei "documenti" di cui all'art. 234 c.p.p.²⁹; le medesime (...) eseguite dalla polizia giudiziaria, anche di iniziativa, vanno invece [accolte] nella categoria delle prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. e, trattandosi di atti non ripetibili, la documentazione può essere allegata al relativo verbale e inserita nel fascicolo per il dibattimento»³⁰; c) le riprese video di condotte *non* comunicative non sono ammesse nel domicilio in quanto lesive dell'art. 14 Cost.³¹, mentre

²⁷ Cfr., però, Cass., sez. IV, 20 novembre 2003, Kazazi, *CED Cass.*, 226407 con riferimento alla ripresa di immagini relative allo scambio di sostanze stupefacenti effettuata nel bagno di un locale pubblico. La decisione, dopo avere affermato che la Corte costituzionale non ha reputato di escludere dal novero delle prove innominate le videoriprese di mere immagini ed ha rimesso al giudice la soluzione delle singole ipotesi con riguardo alla lesione della libertà morale, precisa che le riprese di immagini nel domicilio devono considerarsi prove innominate che non rientrano nelle captazioni acustiche.

²⁸ Cass., sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, cit. Per una analisi della decisione si leggano Beltrani, *Le videoriprese? Sono una prova atipica. Ma le Sezioni unite non sciolgono il nodo*, *Dir. e giust.*, 2006, 34, 40 ss.; Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1550 ss.; Cisterna, *I filmati nel privé di un locale pubblico possono rientrare tra le prove atipiche*, *Guida dir.*, 2006, 33, 60 ss.; Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: Le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1354 ss.; Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni unite*, *Cass. pen.*, 2006, 4361 ss.; Marinelli, *Le videoriprese investigative al vaglio delle Sezioni unite: i limiti di impiego negli spazi riservati di natura extradomiciliare*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1570 ss.; Pulito, *Più garanzie per le videoriprese nel "quasi domicilio"*, *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 494 ss.; Ruggieri, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, *Cass. pen.*, 2006, 4355 ss.

²⁹ Nella medesima prospettiva, da poco, Cass., sez. VI, 8 febbraio 2010, Drovandi e altro, *Guida dir.*, 2010, 11, 90 ss.

³⁰ Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni unite*, cit., 4364 ss. definisce la «sistemazione concettuale» operata dalle Sezioni unite con riferimento ai luoghi pubblici o aperti al pubblico «inappuntabile, offrendo una solida premessa per la corretta individuazione del regime giuridico da applicare».

³¹ «Ne consegue che è vietata la loro acquisizione ed utilizzazione anche in sede cautelare, e, in quanto prova illecita, non può trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p.». Secondo Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni unite*, cit., 4375 un esito diverso provocherebbe «una "crisi di rigetto" da parte dei giudici di merito»; sicché, l'ermeneutica elaborata dalla Corte appare «un accettabile punto di equilibrio tra le

quelle eseguite in ambienti in cui è garantita l'intimità e la riservatezza, non riconducibili alla nozione di "domicilio", sono prove atipiche, soggette ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria ed alla disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p.

Alcuni passaggi argomentativi sono interessanti e vale la pena darne conto anche per la loro linearità sistematica.

Innanzitutto, si tiene ben salda la differenza tra la prova documentale e attività investigativa: le riprese effettuate in luogo pubblico sono ammissibili, ma la loro figura processuale dipende dalla qualità dell'autore e dal rapporto di strumentalità, al momento dell'intervento, con le indagini. Si mette a fuoco il distinguo - non sempre enucleabile dalla prassi che, negli anni, si è occupata della questione - tra prova documentale (articolo 234 c.p.p.) e strumenti atipici di ricerca (art. 189 c.p.p.), sottolineando la differenza concettuale tra documento e documentazione degli atti.

In secondo luogo, secondo la Corte, il richiamo all'art. 189 c.p.p. riferito agli strumen-

ti investigativi atipici non stride con le modalità imposte da tale disciplina: il contraddittorio ivi richiesto riguarderebbe non il momento di «ricerca della prova ma la sua assunzione» e interverrebbe «quando il giudice è chiamato a decidere sull'ammissione»; è qui che occorre decidere sull'ingresso dei dati istruttori e stabilire, in caso di responso positivo, le modalità per assicurare alle parti la conoscenza delle immagini, tramite, ad esempio, una perizia ovvero la mera riproduzione³².

Venendo alle videoregistrazioni in ambito domiciliare, il nocciolo del problema si ripropone per quelle aventi ad oggetto comportamenti *non comunicativi*. Al riguardo, le Sezioni Unite avviano il ragionamento richiamando i contenuti della Corte costituzionale n. 135 del 2002 ed elaborandone in modo più deciso i corollari: le riprese nel domicilio di immagini dal valore non comunicativo, in assenza di un espresso apparato dei casi e dei modi dell'intrusione, devono considerarsi vietate ed i relativi risultati inutilizzabili; peraltro, alla inammissibilità delle videoriprese³³ si giunge senza prendere po-

istanze efficientistiche degli investigatori e l'indefettibile esigenza dell'ordinamento di assicurare al meglio la tutela dei diritti fondamentali dei singoli».

³² Invero, secondo la sentenza in parola il richiamo all'art. 189 c.p.p. non esaurisce la fisionomia dell'istituto. Occorre avere riguardo anche all'art. 134, comma 4, c.p.p. laddove si stabilisce che alla documentazione tradizionale possa aggiungersi la riproduzione audiovisiva «se assolutamente indispensabile». Da tale previsione il giudice di legittimità desume che la videoripresa costituisce un elemento integrativo del verbale di polizia che descrive lo svolgimento di tale attività ed il contesto spazio-temporale in cui essa è stata realizzata e che, proprio per le sue caratteristiche, esso possa ben qualificarsi come atto irripetibile, destinato ad essere collocato nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. unitamente alla videoregistrazione. La qual cosa, però, non attribuirebbe a quest'ultima valore probatorio poiché ai fini della sua utilizzabilità sarebbe, comunque, necessario il previo vaglio di ammissibilità, compiuto dal giudice in osservanza di quanto stabilito nell'art. 189 c.p.p. Reputa condivisibile tale soluzione Marinelli, *Le videoriprese investigative al vaglio delle Sezioni unite: i limiti di impiego negli spazi riserovati di natura extradomiciliare*, cit., 1574 ss. Si esprime favorevolmente sull'ingresso dei risultati nel fascicolo dibattimentale Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riserovati"*, cit., 1360 ss.

³³ È appena il caso di far notare che il Collegio sposta la soluzione del problema dal piano della inutilizzabilità a quello della inammissibilità: «prima dell'ammissione, le prove atipiche non sono prove; perciò se sorge questione sulla legittimità delle attività compiute per acquisire i materiali probatori che le sorreggono ci si deve interrogare innanzi tutto sulla loro ammissibilità, piuttosto che sulla loro utilizzabilità».

sizione sul complesso dibattito relativo alla prova incostituzionale. Con una buona dose di formalismo, si sostiene che l'art. 191 c.p.p., laddove si presta a colpire anche il derivato di violazioni di rango primario, riguarda, in linea di principio, le prove tipiche e non quelle atipiche; queste ultime divengono dati istruttori soltanto quando sono ammesse ai sensi dell'art. 189 c.p.p. e tale ammissione presuppone che la prova si sia formata nel rispetto della legge³⁴.

Per meglio delineare i limiti dell'inammissibilità, la Corte individua il genere di spazio protetto, dove vige il divieto d'intrusione, puntando sul concetto di *stabilità del domicilio* e limitandolo ai casi in cui emerge un particolare rapporto tra persona e luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata, in modo da sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne indipendentemente dalla sua presenza.

Restava il nodo delle videoriprese non comunicative effettuate negli spazi *non domiciliari ma dotati di un certo livello di riservatezza*. Sul piano dei valori in gioco, sebbene non venga in rilievo l'art. 14 Cost., è stato possibile invocare il valore della intimità o, più in generale, il diritto alla privacy; tali posizioni soggettive trovano un riconoscimento nell'art. 2 Cost., al quale si aggiungono l'articolo 8 della Cedu e l'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. In tal modo, la soluzione finale è stata raggiunta

ritenendo necessario un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (pubblico ministero o giudice) per l'esecuzione delle riprese in ambiti riservati a carattere non domiciliare.

A tal proposito, è indubbio l'allestimento di un livello minimo di garanzie, costituito dalla necessità di una motivazione (che dovrà palesare la strumentalità del mezzo in relazione ai fini probatori concretamente perseguiti) e dalla preclusione alla polizia giudiziaria della facoltà di attivarsi di propria iniziativa. Anche se, sul piano concreto, resta difficile, sia discernere i luoghi a diverso tasso di protezione, sia scegliere quale via procedurale percorrere, posto che si ignora *a priori* se la videoripresa avrà carattere comunicativo o no, sia - nelle ipotesi di operazioni effettuate in luoghi domiciliari - scindere realisticamente la quota utilizzabile (comportamenti comunicativi intercettati con le forme degli artt. 266 ss. c.p.p.) da quella che non lo è (immagini che non implicano scambio di messaggi)³⁵.

Ancora un chiarimento sui filmati di condotte *non comunicative* in "aree riservate"

Con ordinanza di rimessione del 25 gennaio 2006, il Tribunale di Varese ha proposto, in riferimento agli artt. 13, commi 1 e 2, 14, commi 1 e 2, e 15 della Costituzione,

³⁴ V., in proposito, le osservazioni di Ruggieri, *Riprese visive ed inammissibilità della prova*, cit., 4359. Il percorso argomentativo viene criticato aspramente da Marinelli, *Le videoriprese investigative al vaglio delle Sezioni unite: i limiti di impiego negli spazi riservati di natura extradomiciliare*, cit. 1578 nt. 17 e 1579. Negli stessi termini Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, cit., 1561. Conti, *Le videoriprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, cit., 1358 sostiene che questo è il «passaggio più debole della sentenza». Pure Di Paolo, *"Tecnologie del controllo" e prova penale*, cit., 218 ss., che ripercorre nel dettaglio i singoli passaggi della pronuncia, mette in evidenza la difficoltà di comprenderli pienamente e, dopo aver cercato di individuarne il significato esatto, conclude nel senso che la Corte contraddice le sue stesse premesse.

³⁵ Cfr. anche Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, cit., 1568 ss.

incidente di legittimità dell'art. 266, comma 2, c.p.p. nella parte in cui tale norma non estende la disciplina delle intercettazioni a qualsivoglia visione di immagini in luoghi privati, benché non si configuri come captazione di messaggi tra presenti.

Nella specie, la polizia giudiziaria aveva effettuato numerose riprese visive all'interno di una abitazione tramite una videocamera collocata su un edificio adiacente³⁶; si trattava di filmati per i quali l'organo investigativo non aveva richiesto alcun provvedimento autorizzativo, né del giudice per le indagini preliminari, né del pubblico ministero. L'ufficio *a quo*, pur consapevole della pronuncia costituzionale n. 135 del 2002, ha ritenuto che il persistente vuoto normativo in materia determinasse – stanti gli orientamenti della giurisprudenza – la lesione degli evocati parametri costituzionali, giustificando un nuovo scrutinio: rimettere l'utilizzabilità delle immagini di *comportamenti non comunicativi* alla valutazione del giudice («di volta in volta»), in ragione dell'avvenuta lesione o meno del valore di cui all'art. 14 Cost., configura un limite non definito in alcun modo dalla legge.

Il Giudice delle leggi, pur dichiarando l'inammissibilità della questione, formula osservazioni interessanti³⁷.

Si sottolinea, innanzitutto, che l'art. 14 Cost. protegge il domicilio sotto due distinti aspetti: «come diritto di ammettere o escludere altre persone da determinati luoghi in

cui si svolge la vita intima di ciascun individuo; e come diritto alla riservatezza su quanto si compie nei medesimi» spazi. Nel caso di registrazioni visive, l'inviolabilità del domicilio rileva precipuamente sotto il secondo profilo: «non tanto – o non solo – come difesa rispetto ad una intrusione di tipo fisico; quanto piuttosto come presidio di un'intangibile sfera di riservatezza, che può essere lesa – attraverso l'uso di strumenti tecnici – anche senza la necessità di un'intrusione fisica». Ne deriva, che la tutela scatta quando i comportamenti tenuti in ambienti privati sono realizzati in condizioni tali da non renderli tendenzialmente visibili a terzi; al contrario, se l'azione «può essere liberamente osservata dagli estranei, senza ricorrere a particolari accorgimenti (paradigmatico il caso di chi si ponga su un balcone prospiciente la pubblica via), il titolare del domicilio non può evidentemente accampare una pretesa di riservatezza; e le videoregistrazioni a fini investigativi non possono di conseguenza, che soggiacere al medesimo regime valevole per le riprese visive in luoghi pubblici o aperti al pubblico»³⁸.

In definitiva, la tutela individuata dall'art. 14 Cost. opera quando, per eseguire filmati all'interno del domicilio, gli organi investigativi superano, «tramite opportune manovre avvalendosi di speciali strumenti», la barriera «che si frappone tra la generalità dei consociati e l'attività filmata». Quindi, se le immagini riproducessero solamente persone

³⁶ Luogo, quest'ultimo, ad avviso del rimettente, da ritenersi riconducibile alla nozione di "domicilio" e di "privata dimora".

³⁷ C. cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, in *www.cortecostituzionale.it*. Per le relative riflessioni, Caprioli, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, *Giur. cost.*, 2008, 1832 ss.; Lamarque, *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio: una sentenza costituzionale di inammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, *Giur. cost.*, 2008, 1844 ss.

³⁸ In tali casi, le videoriprese non differiscono, in concreto, dalla documentazione filmata di un'attività di osservazione o di appostamento, che ufficiali o agenti di polizia giudiziaria potrebbero compiere collocandosi, di persona, al di fuori dell'abitazione.

affacciate sul davanzale della finestra dell'abitazione, liberamente visibili dai dirimpettai, la tutela apprestata dall'art. 14 Cost. non ricorrerebbe; mentre, se per le sue caratteristiche tecniche o per la sua collocazione, lo strumento di ripresa visiva permette di riprendere comportamenti sottratti alla normale osservazione *ab externo*, la salvaguardia costituzionale troverebbe piena applicazione³⁹.

Sotto un aspetto parallelo, la Corte costituzionale ribadisce senza esitazioni come, in difetto di norme che disciplinano i filmati diretti a ritrarre immagini non comunicative in aree domiciliari, l'operazione resti vietata e i risultati delle riprese siano inutilizzabili.

Forse, gli argomenti riportati nella pronuncia autorizzano a fare un passo avanti sul terreno della tutela scaturente dal testo costituzionale, sganciando la riservatezza riconducibile all'art. 14 Cost. dalla fisicità dei luoghi tradizionalmente destinati allo svolgimento della vita privata e attribuendo un più effettivo valore ad ogni barriera capace di impedire alla generalità – senza l'uso di manovre fraudolente – l'osservazione di comportamenti umani.

Resta sullo sfondo, in ogni caso, la fragilità di tutela dinanzi all'intrusione filmica compiuta negli spazi riservati non sussumibili nella nozione (non sempre lineare) di domicilio; stando alla prassi, qui basta un provvedimento giudiziario a garantire i comportamenti che l'uomo intende mantenere riservati. Eppure, nella pratica dei filmati occulti manca ogni ritegno a registrare, con elevata capacità rappresentativa del documento, le condotte più intime della persona, non solo dell'imputato; e non è pensa-

bile che l'operazione occulta subisca lo stesso trattamento di quelle ispettive o perquisenti dove peraltro – al di là della più tenue lesione della privacy, congenita alle modalità classiche di questi strumenti investigativi – non mancano previsioni poste a garanzia della dignità personale.

Un'occasione perduta

L'analisi in retrospettiva e le perduranti incertezze di una vasta casistica rivelano l'esigenza di regolamentare la materia, anche nell'ottica di chiarire l'ambito e il grado di tutela dinanzi alle tecnologie investigative; nonostante un certo impegno mostrato nella riforma generale delle intercettazioni⁴⁰, il lavoro dei compilatori si è arenato sulla divergenza di opinioni che, in realtà, nascondevano un marcato scontro ideologico e istituzionale.

Ma l'arresto parlamentare sul disegno di legge non è stato un male per il tema in esame, considerati i modi, notevolmente sbrigativi, nei quali si intendeva delineare la disciplina di *species*. Una prima occhiata al progettato intervento sull'art. 266, comma 1, c.p.p. poteva indurre a formulare qualche apprezzamento per il fatto che il legislatore non avesse dimenticato il problema, assoggettando *tout court* le videoriprese alle norme sulle intercettazioni; e così, dinanzi alla crescente rilevanza del fenomeno, sembravano d'improvviso risolte le connesse problematiche, confezionando un prodotto asciutto, ingenuamente diretto a superare il distinguo sui comportamenti intercettabili e sull'ambito della protezione domiciliare⁴¹.

³⁹ Condivide l'epilogo Caprioli, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, cit., 1843 ss. che, peraltro, argomenta istituendo un parallelo con la sfera applicativa dell'art. 615 bis c.p.

⁴⁰ Il riferimento è al d.d.l. n. 1415/S presentato il 30 giugno del 2008 poi confluito nel ddl n. 1611/S.

⁴¹ Non è stato mai approvato dal Parlamento un progettato art. 266 *ter* c.p.p. – rimaneggiamento dell'art. 7 d.d.l. n. 1638/C – che proponeva la distinzione fra riprese visive di atti comunicativi e non, facendo riemergere

La scelta di dislocare la materia (proprio) nella norma di premessa relativa alle intercettazioni esaltava, poi, la portata del congegno investigativo, ponendo in primo piano la tutela di valori di rango primario.

Ma l'esigua formulazione normativa moltiplicava i nodi, anziché scioglierli: mancavano raggugli sul perimetro della disciplina, provocando interrogativi sulla presenza del divieto di ricorrere alla videoripresa in contesti extraprocedimentali; non si chiariva, né era desumibile, quali immagini sarebbero state oggetto di tutela, se quelle di tipo comunicativo o anche quelle che ritraggono individui in posizione statica, tracciano i loro spostamenti o documentano le mere frequenziazioni; non si individuavano i luoghi dove la ripresa investigativa sarebbe stata ammessa ed, eventualmente, con quali accorgimenti negli spazi domiciliari; diventava del tutto arbitrario - in assenza di specificazioni - stabilire le metodiche della ripresa, il tipo di congegni elettronici, i soggetti, i termini e i

luoghi dell'installazione; non si spiegava se i meccanismi tecnici avrebbero dovuto essere in dotazione dell'apparato giudiziario o se occorreva rivolgersi altrove, con la conseguente regolazione del rapporto esterno. Il tratto di penna dei compilatori non consentiva neppure di stabilire se l'atto investigativo tipizzato dall'elaborando art. 266, comma 1, c.p.p. implicasse elementi visivi accompagnati dal sonoro; né sarebbero state di piana applicazione le regole procedurali di deposito, trascrizione ed estrazione di copia dettate in generale per la disciplina di contesto. Peraltro, l'originaria pochezza del progetto in materia nemmeno era adeguatamente fronteggiata dalla tentata riformulazione dell'art. 267, comma 1 lett. d), c.p.p., laddove individuava i soggetti passivi coinvolti attraverso la delimitazione, seppure di non immediato impatto, degli ambienti da riprendere: al di là dell'equivoca *littera legis*, si trattava di regola di difficile coordinamento con l'ipotizzata novità presente nell'art. 266, comma 1, c.p.p.

tutti i profili problematici esposti (ddl 1611/S in materia di «Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche»).

AUTORI

Ennio Amodio Separazione delle carriere e imparzialità del giudice: un circolo virtuoso	1
Teresa Bene Sezioni Unite	29
Orietta Bruno Orientamenti in tema di videoriprese	92
Donatella Curtotti Corte costituzionale	25
Alessandro Diddi Contestazione della recidiva reiterata e patteggiamento “allargato”	43
Carla Pansini Novità legislative interne	6
Giorgio Piziali Rito immediato “custodiale” e completamento della vicenda cautelare	84
Adolfo Scalfati Orientamenti in tema di videoriprese	92
Diletta Servi L’efficacia preclusiva del provvedimento d’archiviazione: un <i>déjà vu</i> con qualche ritocco	58
Nicola Triggiani <i>De jure condendo</i>	15
Cristiana Valentini Corti europee	19
Gianluca Varraso L’accesso agli atti prima della convalida dell’arresto o del fermo: tra illusione e realtà	74
Daniela Vigoni Novità sovranazionali	11

PROVVEDIMENTI

<i>Corte costituzionale</i>	
sentenza 8 ottobre 2010, n. 287	24
ordinanza 11 novembre 2010, n. 317	26

Corte di cassazione – Sezioni Unite

sentenza 20 settembre 2010, n. 33885	29 e 51
sentenza 1° ottobre 2010, n. 35399	29
sentenza 5 ottobre 2010, n. 35738	30 e 34
sentenza 11 ottobre 2010, n. 36212	30 e 66
sentenza 15 ottobre 2010, n. 36837	30
sentenza 20 ottobre 2010, n. 37501	31

Corte europea dei diritti dell'uomo

10 settembre 2010, Mc Farlane c. Irlanda	19
4 novembre 2010, Darraj c. Francia	22
16 novembre 2010, Hernandez c. Spagna	22

Atti sovranazionali

Trattati di estradizione e di assistenza giudiziaria tra Italia e Cina - 7 ottobre 2010	11
«Accordo con il Giappone sull'assistenza giudiziaria reciproca in materia penale» - Decisione 7 ottobre 2010 (2010/616/UE)	11
Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1957 - 10 novembre 2010	12

Norme interne

Decreto legislativo 7 settembre 2010, n. 161 «Disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure pri- vative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea»	6
Legge 26 novembre 2010, n. 199 «Disposizioni relative all'esecuzione presso il do- micilio delle pene detentive non superiori ad un anno»	9

De jure condendo

Disegno di legge C. 3857 «Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 12 novem- bre 2010, n. 187, recante misure urgenti in materia di sicurezza»	15
Disegno di legge C. 2326-B «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno»	16
Disegno di legge cost. S. 2180 «Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato»	18

MATERIE

Appello

Giudizio di appello e regole del contraddittorio (*Corte e.d.u. 16 novembre 2010, Hernandez c. Spagna*) 22

Partecipazione dell'imputato al giudizio di appello promosso avverso la sentenza pronunciata nel giudizio abbreviato (*Cass., sez. un., 1° ottobre 2010, n. 35399*) 29

Archiviazione

Ribadita (con limiti) l'improcedibilità dell'azione quando manca la riapertura delle indagini (*Cass., sez. un., 20 settembre 2010, n. 33885*), con nota di Diletta Servi 29 e 51

Assistenza giudiziaria sovranazionale

Accordi Unione Europea con il Giappone - 7 ottobre 2010 (2010/616/UE) 11

Cooperazione Italia-Cina - Trattati 7 ottobre 2010 11

Riconoscimento reciproco delle sentenze penali - Decreto legislativo 7 settembre 2010, n. 161 «*Disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea*» 6

Casellario giudiziale

Cancellazione delle iscrizioni in ipotesi particolari (*C. cost., sent. 8 ottobre 2010, n. 287*) 25

Detenzione domiciliare

Legge 26 novembre 2010, n. 199 «*Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno*» 9

Difesa e difensori

Convalida di arresto e fermo e diritti alla conoscenza degli atti (*Cass., sez. un., 11 ottobre 2010, n. 36212*), con nota di Gianluca Varraso 30 e 66

Esecuzione

Non cumulabilità della sospensione condizionale della pena e dell'indulto (*Cass., sez. un., 15 ottobre 2010, n. 36837*) 30

Estradizione

Semplificazione della procedura in caso di consenso (*Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1957*) 12

Giudice

Separazione delle carriere e imparzialità del giudice: un circolo virtuoso, di Ennio Amodio 1

Imputato

Divieto di maltrattamenti da parte della polizia (*Corte e.d.u. 4 novembre 2010, Darraj c. Francia*) 22

Mezzi di ricerca della prova

Orientamenti in tema di videoriprese, di Adolfo Scalfati e Orietta Bruno 92

Minori

«Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno», (d.d.l. C. 2326-B) 16

Procedimenti speciali

Patteggiamento "allargato" e recidiva (Cass., sez. un., 5 ottobre 2010, n. 35738), con nota di Alessandro Diddi 30

Opposizione a decreto penale ed invito a presentarsi per rendere interrogatorio (C. cost., ord. 11 novembre 2010, n. 317) 26

Rito immediato "custodiale" e completamento della vicenda cautelare, di Giorgio Piziali 84

Ragionevole durata

Contestazione dell'accusa e *dies a quo* per computare i tempi del processo (Corte e.d.u. 10 settembre 2010, Mc Farlane c. Irlanda) 19

Sicurezza pubblica

Disegno di legge C. 3857 «Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 12 novembre 2010, n. 187, recante misure urgenti in materia di sicurezza» 15

Sospensione del processo

Disegno di legge cost. S. 2180 «Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato» 18

Termini

Misure cautelari reali e sospensione dei termini feriali per reati di criminalità organizzata (Cass. sez. un., 20 ottobre 2010, n. 37501) 31

Finito di stampare nel gennaio 2011
con tecnologia *print on demand*
presso il Centro Stampa "Nuova Cultura"
p.le Aldo Moro, 5 - 00185 Roma
www.nuovacultura.it
per ordini: ordini@nuovacultura.it

[Int_9788861345898_04]