

# SOMMARIO / CONTENTS

## Editoriale / Editorial

Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova ( <i>Novella Galantini</i> ) <i>Confronting Witnesses in Criminal Trials. In Quest of a Constitutional protection</i> _____	1
---	---

## Scenari / Overviews

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> ( <i>Ada Famiglietti</i> ) _____	13
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> ( <i>Lucio Camaldo</i> ) _____	16
<i>De jure condendo</i> ( <i>Marilena Colamussi</i> ) _____	21
Corti europee / <i>European Courts</i> ( <i>Francesco Trapella</i> ) _____	27
Corte costituzionale ( <i>Donatella Curtotti</i> ) _____	32
Sezioni Unite ( <i>Paola Maggio</i> ) _____	36

## Avanguardie in Giurisprudenza / *Cutting Edge Case Law*

<b>L'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, quando riguarda fatti di lieve entità, è esclusa dal catalogo dei reati enunciato dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p.</b> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 settembre 2011, n. 34475 – Pres. Lupo; Rel. Siotto _____	43
A metà del guado: alcune considerazioni in tema di presunzione di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere e di rimedi in fase esecutiva ( <i>Donatello Cimadomo</i> ) <i>Work in progress: some considerations on the presumption of adequacy of imprisonment as precautionary measure and on remedies in the enforcement phase</i> _____	49
<b>L'errore ostativo sui tempi della prescrizione è emendabile con ricorso straordinario</b> Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 17 ottobre 2011, n. 37505 - Pres. Grassi; Rel. Ippolito _____	56
Ricorso straordinario ed errore sulla prescrizione ( <i>Ada Famiglietti</i> ) <i>Extraordinary appeal and error on time-bar</i> _____	60

**L'interesse all'impugnazione della misura cautelare reale va valutato in concreto anche quando a proporla è l'imputato**

Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 18 ottobre 2011, n. 37692 – Pres. Carmenini; Rel. Diotavelli \_\_\_\_\_

67

Il termine perentorio di cui all'art. 324 c.p.p. garantisce il diritto dell'interessato ad impugnare il provvedimento di revoca della misura cautelare reale (*Diana Poletti*)*The deadline provided by art. 324 c.p.p. doesn't prejudice (harm) the parties concerned's right to appeal against the seizure's revocation* \_\_\_\_\_

71

**Nessun vincolo all'azione penale per reati non indicati nel mandato di arresto europeo**

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 28 ottobre 2011, n. 39240 - Pres. milo; Rel. Calvanese \_\_\_\_\_

78

Mandato di arresto europeo: principio di specialità e misure cautelari nella procedura attiva di consegna (*Roberto Puglisi*)*European arrest warrant: speciality rule and precautionary measures in surrender procedure* \_\_\_\_\_

83

**Dibattiti tra norme e prassi /  
Debates: Law and Praxis**Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzative (*Ernesto Aghina*)*Effects of judging body changing between trial rigidity and organizational deficiencies* \_\_\_\_\_

91

**Analisi e prospettive /  
Analysis and Prospects**Responsabilità amministrativa degli enti e giudizio abbreviato: dubbi e perplessità tra norme codicistiche e disciplina speciale (*Nicola Triggiani*)*Administrative liability of corporate bodies and simplified and shortened proceedings: doubts and perplexities in Codes, regulations and special provisions* \_\_\_\_\_

107

**Indici / Index**

Autori / Authors \_\_\_\_\_ 119

Provvedimenti / Measures \_\_\_\_\_ 120

Materie / Topics \_\_\_\_\_ 121

NOVELLA GALANTINI

*Professore ordinario di Procedura penale – Università di Milano*

## Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova\*

### *Confronting Witnesses in Criminal Trials. In Quest of a Constitutional protection*

---

Si propone qui in sintesi il percorso seguito dal legislatore nell'attuazione del principio del contraddittorio dal codice del 1988 alla costituzionalizzazione del giusto processo. Attraverso il richiamo alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità si delinea il quadro delle concrete applicazioni della regola fondamentale nella formazione della prova.

*This article sets out the development of Italian criminal procedure highlighting the right of confrontation from the framework of the code enacted in 1989 up the Constitutional provisions which came into force in 1999. A careful review of the case law from the Constitutional Court as well as from the Court of Cassation brings forth the actual operation of the criminal justice system in the field of witnesses confrontation in trial courts.*

---

#### **Il significato costituzionale del contraddittorio**

La rinascita del diritto delle prove sancita dal codice Vassalli e minata dalla sinergica reazione restauratrice della Corte costituzionale e del legislatore dei primi anni '90, trova un ritorno nella riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.<sup>1</sup>.

Come è noto, l'obiettivo della riaffermazione del metodo autoritativo nella formazione della prova e della vanificazione del principio di separazione funzionale tra le fasi, si era realizzato nelle sentenze della Consulta che,

---

\* Il presente scritto è destinato agli Atti del Convegno su "Il diritto delle prove dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana", a cura del Centro di studi sulla giustizia, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano.

<sup>1</sup> La riforma dell'art. 111 Cost. è contenuta nella l.

---

cost. 23 novembre 1999, n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*), attuata con l. 25.2.2000, n. 35 («Conversione in legge, con modificazioni, del d.l.7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo»).

dichiarando illegittimi gli artt. 500<sup>2</sup>, 513<sup>3</sup> e 195 comma 4 c.p.p.<sup>4</sup>, aveva statuito il principio di non dispersione della prova, funzionale al recupero di elementi probatori costituiti unilateralmente dall'accusa. Se in un primo tempo il legislatore ne aveva coltivato il modello con una legislazione emergenziale dettata dalla recrudescenza del fenomeno mafioso<sup>5</sup>, successivamente se ne era discostato attraverso la legislazione del 1997<sup>6</sup>, riappropriandosi se pure in parte dei principi ispiratori del codice e ristabilendo così una propria autonomia anche rispetto alla posizione della magistratura che pareva organica all'approccio offerto dalla giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup>.

Il rapporto altalenante tra Corte e Parlamento si consuma con la sentenza costituzionale n. 361 del 1998 con la quale, quasi poco dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 513 c.p.p., la Consulta indulge alla tendenza revisionista, suscitando la reazione finale che, si ritiene, ha dato luogo alla formulazione del nuovo art. 111 Cost.<sup>8</sup>.

Superando quella che si può definire una deriva del diritto delle prove<sup>9</sup>, viene costruito il 'giusto processo' con formule sostanzialmente ricavate dalle fonti pattizie sui diritti umani<sup>10</sup>, ma già peraltro utilizzate in sede di

elaborazione del progetto di riforma costituzionale della Commissione bicamerale<sup>11</sup>. Consacrati principi e garanzie quali parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice e contraddittorio, l'art. 111 Cost. viene a rappresentare il giusto processo nel ruolo di condizione di legittimità della funzione giurisdizionale<sup>12</sup>. Come chiaramente si è affermato in dottrina, il legislatore "ha realizzato una sorta di *incorporation* rafforzativa di garanzie già codificate nel 1989 e poi ripudiate dalla svolta involutiva dei primi anni novanta, per accrescerne il grado di resistenza e renderle insensibili alle tentazioni di future revisioni legislative o giurisprudenziali"<sup>13</sup>.

Al di là delle diverse tesi circa il riconoscimento nell'art. 111 Cost. del carattere solo ricognitivo di regole e principi già presenti nel sistema costituzionale o, al contrario, della funzione innovativa e rifondatrice dei canoni di equità processuale<sup>14</sup>, la costituzionalizzazione del contraddittorio ne consacra la collocazione nell'ambito dei diritti morali o na-

<sup>2</sup> C. cost., sent. 18 maggio 1992, n. 254.

<sup>3</sup> C. cost., sent. 18 maggio 1992, n. 255.

<sup>4</sup> C. cost., sent. 22 gennaio 1992, n. 24.

<sup>5</sup> D.L. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 («Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa»).

<sup>6</sup> L. 7 agosto 1997, n. 267 («Modifica del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove»).

<sup>7</sup> Sul punto, Pederzoli, *Corte costituzionale e parlamento: il confronto sul giusto processo*, Guarnieri e Zanotti (a cura di), *Giusto processo?*, Padova, 2006, 115.

<sup>8</sup> Cordero, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 1312. Sui contenuti della sentenza, De Francesco, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana*, Milano, 2005, 152. V., inoltre, Ruggiero, *Contraddittorio (proc. pen.)*, Cassese (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1382 e Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 58.

<sup>9</sup> Per la nota formula, Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003.

<sup>10</sup> Per varie critiche alla formulazione del nuovo art.

111 Cost., Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, *Dir. pen. e proc.*, 2001, 7; Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, *Quest. giust.*, 2001, 1130. Per l'individuazione di un modello internazionale del giusto processo, Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 689.

<sup>11</sup> In ordine all'art. 130 del Progetto di modifica della Costituzione della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, approvato il 4 novembre 1997, Boato, *I principi del 'giusto processo' tra la Bicamerale e le nuove iniziative parlamentari*, *Rass. parlam.* 1999, 521.

<sup>12</sup> Per una articolata rassegna della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, *Enc. dir.*, V Agg., Milano, 2001, 595.

<sup>13</sup> Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in Amodio, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 141. Sul carattere precettivo o programmatico delle disposizioni costituzionali, Celotto, *La Costituzione: carta dei valori o norma precettiva?*, *Processo penale e Costituzione*, Dinacci (a cura di), Milano, 2010, 1.

<sup>14</sup> Ferrua, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, *Dir. e giust.*, 2000, 1, 5.

turali<sup>15</sup> già riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea<sup>16</sup>. Storicizzato nella carta costituzionale<sup>17</sup> nella sua valenza specifica, si ritiene, di tutore del diritto partecipativo dell'imputato al processo nel momento formativo della prova, il contraddittorio non si è sottratto tuttavia alla risalente disquisizione circa la natura di metodo piuttosto che di garanzia<sup>18</sup>, che è riaffiorata nel recente dibattito dottrinale, suscitato da una pronuncia della Consulta<sup>19</sup>, circa il suo profilo oggettivo ovvero soggettivo<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Su "alcuni diritti morali...tradotti in diritti giuridici dalla Costituzione", Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010. Sulle origini dei diritti, Dershovitz, *Rights from wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti*, Torino, 2005, 31.

<sup>16</sup> Emblematico il caso Dorigo, sul quale si era pronunciata la giurisprudenza europea (Corte e.d.u. 23 settembre 1998) e che ha portato alla declaratoria di illegittimità dell'art. 630 c.p.p. là dove non prevede tra i casi di revisione un diverso caso relativo alla sentenza o al decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (C. cost., sent. 4 aprile 2011 n. 113). In precedenza la Corte si era pronunciata per l'infondatezza della questione (C. cost., sent. 16 aprile 2008 n. 129).

<sup>17</sup> Per l'affermazione secondo cui le Costituzioni, "per loro natura sono intese...a rendere per così dire positiva l'idea di giustizia", Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e 'due process of law clause')*, *Giur. cost.*, 1961, 1287.

<sup>18</sup> La distinzione si individuerrebbe nella statuizione del comma 4 dove emergerebbe il profilo oggettivo ("il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova") e nelle due statuizioni dei commi 3 e 4, dove nel sancire il diritto al confronto e la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza di confronto con l'accusatore, si profilerebbe l'aspetto soggettivo.

<sup>19</sup> C. cost., sent. 26 giugno 2009, n. 184.

<sup>20</sup> Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, *Cass. pen.*, 2010, 17 che, negando la sostenibilità della tesi circa la natura del contraddittorio quale garanzia oggettiva, si contrappone a Grevi, *Basta il solo 'consenso dell'imputato' per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, *Cass. pen.*,

Contraddittorio e giusto processo<sup>21</sup>, nel loro imprescindibile rapporto<sup>22</sup>, si misurano in ogni caso su più piani che, pur correlati tra loro, vengono delineati nei diversi commi dell'art. 111 Cost.

In primo luogo si evidenzia la statuizione secondo cui la legge deve assicurare che "la persona accusata di un reato...abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" (art. 111, comma 3, Cost.). Il diritto al confronto, sancito nonostante la equivoca formula facoltativa<sup>23</sup>, introduce qualcosa di più e di diverso del diritto alla controprova, che viene affermato con la separata formu-

2009, 3671. Nell'aderire alla tesi circa la contraddizione insita nel concetto del contraddittorio quale garanzia in senso oggettivo, si evidenzia che, pur essendo presente il richiamo a una dimensione oggettiva del contraddittorio in una sentenza della Corte costituzionale (C. cost., sent. 25 ottobre 2000, n. 440), la stessa Corte in altra sentenza non ha avallato la distinzione (C. cost., sent. 21 marzo 2007, n. 117) dove si prescinde "da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio" e si afferma che la formula del contraddittorio nella formazione della prova "non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo...non sia correlato a quello soggettivo", essendo "ciò che conta...pur sempre la tutela del diritto di difesa".

<sup>21</sup> Sul contraddittorio nel sistema giudiziario americano, Kagan, *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa diritto*, Bologna, 2009 (trad. it. di *Adversarial legalism. The American Way of Law*, Cambridge, 2001).

<sup>22</sup> Manzin, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, Manzin - Puppo (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 3. V., inoltre, Paradisi, *La contesa e il processo, Il processo accusatorio alle origini del pensiero occidentale: dalla dialettica platonica alla cross-examination*, Sagnotti (a cura di), *Metodo e processo. Una riflessione filosofica*, Perugia, 2005, 43. Sulla natura dialogica del processo, Sagnotti, *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*, in *Processo penale e Costituzione*, cit., 335.

<sup>23</sup> Sul fatto che, diversamente dall'art. 6 Cedu, l'art. 111, comma 3, Cost. si riferisce alla 'facoltà' e non al 'diritto' in ordine al confronto, si è espresso criticamente Paulesu, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, 14, nota 32. Anche al fine di non vanificare la portata della disposizione, si ritiene che il termine 'facoltà' vada inteso come sinonimo di 'diritto'. In questo senso, Maffei, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, 91.

la della facoltà di convocazione di persone a difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e di acquisizione di ogni altro mezzo di prova a favore (art. 111, comma 2, Cost.). Il diritto alla controprova compete infatti anche al pubblico ministero in base alle previsioni codicistiche che attuano il principio di parità tra le parti (art. 495, comma 2, c.p.p.), mentre il *right to confrontation* non può che essere prerogativa dell'imputato<sup>24</sup>.

Inoltre, nello stabilire che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre sottratto volontariamente all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore", il comma 4 realizza il diritto al confronto nella forma del contraddittorio specifico del quale "devono essere partecipi gli stessi soggetti destinatari dell'utilizzazione probatoria dei suoi esiti"<sup>25</sup>.

Infine, con l'individuazione delle legittime deroghe al contraddittorio per cui "la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita" (comma 5), si costituzionalizza la inutilizzabilità fisiologica a tutela della separazione funzionale tra le fasi, sancendo tassativamente le ipotesi in cui la prova può essere acquisita in forza di un contraddittorio implicito ovvero in assenza di contraddittorio qualora questo sia oggettivamente impossibile o inquinato<sup>26</sup>.

Viene così ad affermarsi, in particolare nei due primi profili, l'assetto del contraddittorio come espressione di un diritto di difesa<sup>27</sup> atti-

vo nella fase di assunzione del procedimento probatorio e non piegato ad una forma di intervento, circoscritto nei tempi e passivo nei modi, ad atti unilaterali dell'autorità, come era invece inteso nel sistema previgente<sup>28</sup>. Alla configurazione di un contraddittorio imperfetto, inteso come mero apparato tecnico di attuazione del diritto di difesa<sup>29</sup>, si contrappone la forma compiuta davanti ad un giudice, secondo la precisa formulazione dell'art. 111, comma 3, Cost., che consente di ricomporre diritto al confronto e principio di immediatezza nella "garanzia del processo equo"<sup>30</sup>.

### Il mutamento di approccio della Corte costituzionale

Il parametro del contraddittorio "unilaterale" quale misura di una difesa in funzione di 'garante inquisitorio', di cui si faceva portatrice la Consulta nella nota sentenza che ammetteva il difensore all'interrogatorio<sup>31</sup> e anche nelle pronunce dove pure si evocava il 'giusto procedimento'<sup>32</sup>, viene abbandonato nelle decisioni immediatamente successive alla riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. dove muta in modo radicale l'approccio dei giudici delle leggi.

Oltre a prendere atto di un quadro normativo profondamente cambiato, la Corte smentisce la precedente interpretazione dell'art. 513 c.p.p. resa nella sentenza n. 361 del 1998<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Per il contraddittorio quale "sovrastuttura garantistica di una funzione propria dell'autorità giudiziaria", Dominioni, *Un nuovo idolum theatri*, cit., 741.

<sup>29</sup> Così, Dominioni, *Un nuovo idolum theatri*, cit., 741.

<sup>30</sup> C. cost., ord. 7 giugno 2010, n. 205.

<sup>31</sup> C. cost., sent. 16 dicembre 1970, n. 190. La Corte rapportava la "pienezza di contraddittorio" al vantaggio per la "stessa amministrazione della giustizia", sottolineando che "non è da sottovalutare la circostanza che la presenza e l'assistenza del difensore sortirebbero l'effetto di conferire maggiore fermezza ai risultati dell'interrogatorio, anche per quella parte che potesse risultare sfavorevole all'imputato".

<sup>32</sup> C. cost., sent. 5 luglio 1968, n. 86.

<sup>33</sup> V., *supra*, nota 8.

<sup>24</sup> Amodio, *Garanzie oggettive*, cit. 20.

<sup>25</sup> Dominioni, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Cass. pen.*, 1997, 768.

<sup>26</sup> Per le definizioni indicate nel testo, Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, Principi generali, Torino, 2007, 171. Inoltre, Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 3.

<sup>27</sup> Sul rapporto tra diritto di difesa e contraddittorio, G. Ubertis, *Sistema*, cit., 145.

Nel dire che i principi del giusto processo sono immediatamente applicabili, si fa carico di anticiparne gli effetti considerando abrogato quell'art. 500, comma 2 *bis*, c.p.p. - che consentiva le contestazioni "sul silenzio" del dichiarante - sulla base della legge attuativa n. 35 del 2000 nella parte relativa alla applicazione dell'art. 111 Cost. ai procedimenti in corso (art.1 comma 2)<sup>34</sup> e prima che il legislatore intervenga con la legge di dettaglio<sup>35</sup>.

Inoltre, affermando che le deroghe al contraddittorio non possono essere più interpretate in modo estensivo, capovolge l'assunto di cui ad una precedente sentenza sulla ammissibilità della lettura delle dichiarazioni dei prossimi congiunti che si avvalgono in dibattimento della facoltà di astensione dalla testimonianza<sup>36</sup> e stabilisce che il concetto di irripetibilità oggettiva si riferisce solo a "fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante"<sup>37</sup>.

Di non minore chiarezza circa il ruolo non più antagonista della Corte rispetto al legislatore sono poi due pronunce successive delle quali una, sulla testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria, sostiene che dall'art. 111, comma 4, Cost. "deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi"<sup>38</sup>; l'altra, in punto di contestazioni in sede di esame testimoniale, afferma che sono coerenti "istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento....da contaminazioni probatorie fondate su atti unilaterali raccolti nel corso delle indagini preliminari"<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> C. cost., ord. 25 ottobre 2000, n. 439 dove l'abrogazione dell'art. 500, comma 2 *bis*, c.p.p. viene stabilita sul "versante della successione fra norme dello stesso rango".

<sup>35</sup> L. 1 marzo 2001, n. 63 («*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*»).

<sup>36</sup> C. cost., sent. 16 maggio 1994, n. 179.

<sup>37</sup> C. cost., sent. 25 ottobre 2000, n. 440.

<sup>38</sup> C. cost., sent. 26 febbraio 2002, n. 32.

<sup>39</sup> C. cost., ord. 14 febbraio 2002, n. 36.

Certo è che il forte richiamo costituzionale, se ha inciso in modo inequivocabile sull'orientamento della Corte, non ha del tutto convertito al nuovo corso la giurisprudenza che non solo ha sollecitato la Consulta ad esprimersi nuovamente sulla legittimità della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria<sup>40</sup>, ma le ha rimesso la questione sulla costituzionalità dell'art. 500 c.p.p. modificato, come si dirà poi, dal legislatore nel 2001, ritenendo sorprendentemente che la nuova formulazione sia contrastante con il principio di dispersione probatoria<sup>41</sup>.

### **La traduzione legislativa della riforma costituzionale, i quesiti interpretativi e il bilanciamento dei diritti di accusato e accusatore**

La trasposizione normativa dei principi costituzionali, avvenuta con la legge n. 63 del 2001 sul giusto processo, ha comportato per il legislatore il soddisfacimento di più esigenze. La previsione di un diritto dell'imputato al confronto con l'accusatore<sup>42</sup> ha necessariamente imposto di dover considerare ruoli e garanzie dei soggetti coinvolti in un rapporto di potenziale conflitto tra diritti diversi, ma meritevoli di pari tutela. A ben vedere l'attenzione del legislatore si è concentrata su questo profilo, lasciando inalterate le formule del codice che non traducono espressamente il diritto al confronto con l'accusatore, limitandosi a stabilire un meccanismo di contro-esame che è assicurato peraltro a tutte le parti in gioco<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> C. cost., sent. 26 febbraio 2002, n. 32, cit. Sui precisi contorni del divieto, C. cost., sent. 29 luglio 2008, n. 305.

<sup>41</sup> C. cost., ord. 14 febbraio 2002, n. 36, cit.

<sup>42</sup> Secondo Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, Cass. pen., 2003, 1419, alla formula costituzionale sarebbe da preferire quella del "diritto al contro-esame".

<sup>43</sup> Al riguardo, il disegno di legge n. 2567 approvato dal Senato il 29 luglio 2011, prevede espressamente il diritto al confronto con i testimoni a carico.

La mancata traduzione espressa del *right to confrontation* trova peraltro compensazione nella previsione del correlato contraddittorio specifico, fonte di precise rivisitazioni delle norme processuali. Dell'art. 111, comma 3, Cost. si è trasposta testualmente nell'art. 526 comma 1 *bis* c.p.p. la parte che vieta l'utilizzazione ai fini della decisione sulla responsabilità dell'imputato, delle dichiarazioni rese dal soggetto che volontariamente si è sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore<sup>44</sup>. Se precisazioni nello stesso senso sono individuabili nell'art. 238, comma 2 *bis*, c.p.p. dove, nell'ambito della disciplina sulla circolazione delle prove tra procedimenti diversi, si era già con la legge del 1997 subordinata alla partecipazione difensiva alla assunzione della prova l'utilizzazione contro l'imputato di prove acquisite in sede dibattimentale o incidentale<sup>45</sup>, è nella riformulazione dell'art. 500 c.p.p. che il legislatore esprime il suo distacco dalla normativa emergenziale. La norma, oltre a ristabilire la regola della sola valutazione di credibilità del teste (comma 2) - salva l'eccezione fondata sulla provocata e presunta inattendibilità di quest'ultimo (comma 4) -, prescrive che il rifiuto del teste di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, determina l'inutilizzabilità nei confronti di questa, fatto salvo il suo consenso, delle dichiarazioni rese all'altra (comma 3). Il che non può non ricondurre la previsione nell'alveo della tutela del contraddittorio nella sua dimensione specifica, posta la impraticabilità di una soluzione che riconduca la sanzione alla posizione di parti diverse dall'imputato<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Circa la natura di regola di esclusione o di criterio di valutazione della prova, Lonati, *Il diritto dell'accusato a 'interrogare o fare interrogare' le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, 314; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 161. Per la regola di esclusione, Cordero, *Procedura penale*, cit., 747. Sul punto, Cass., sez. un. 14 luglio 2011, n. 27918, *CED Cass.*, 250199.

<sup>45</sup> V., inoltre, le modifiche apportate dalla l. n. 63 del 2001 all'art. 190 *bis* c.p.p.

<sup>46</sup> In ordine al *right to confrontation* come esclusiva

Nell'apprestare le basi normative per garantire il profilo effettuale del diritto al confronto, la legge ha poi creato o ridisegnato la figura dei dichiaranti nell'obiettivo di mediare tra il diritto al silenzio dell'accusatore che vanta un concreto interesse autodifensivo e il diritto dell'accusato a misurarsi con lui dialetticamente, senza nel contempo subire l'esercizio di quel diritto che ora pare trovare riscontro nel testo costituzionale<sup>47</sup>. La scelta di creare il testimone, assistito non tanto o non solo dal difensore quanto dalle garanzie circa la sua posizione processuale (art. 197 *bis* c.p.p.)<sup>48</sup>, o di riconfigurare la disciplina del contributo dell'imputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.), si è tradotta nella presenza sulla scena processuale di più soggetti, legittimati a ricostruire i fatti addebitati ad altri, sulla scorta di criteri che fanno capo, a seconda del diverso grado di collegamento tra i fatti stessi, alla definitività dell'accertamento o al volontario contributo dichiarativo *erga alios*.

L'obiettivo complessità della disciplina<sup>49</sup>, che ha fondato un sistema di richiami incrociati tra norme diverse, non ha favorito applicazioni pratiche indolori. Una sorta di ingorgo interpretativo ha pesato sulla soluzione di vari quesiti, per alcuni dei quali è stato necessario l'intervento della Corte costituzionale e delle

garanzia dell'imputato, Amodio, *Garanzie oggettive*, cit., 20.

<sup>47</sup> Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, *Cass., pen.*, 2001, 3589.

<sup>48</sup> L'estensione della tutela sul piano penale è nell'art. 384, comma 2, c.p. La Corte costituzionale ha dichiarato l'"illegittimità dell'art. 384, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato - a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), codice di procedura penale - a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono" (C. cost., sent. 11 marzo 2009, n. 75).

<sup>49</sup> Cordero, *Procedura penale*, cit., 1321, parla di "esempi di ingegneria labirintica".



Sezioni Unite, chiamate ad esempio a chiarire se il soggetto destinatario di un provvedimento di archiviazione possa assumere il ruolo di testimone assistito<sup>50</sup> o a stabilire l'esatto perimetro dei fatti sui quali far convergere il contributo del soggetto che abbia patteggiato<sup>51</sup>, fino a obbligare la Consulta a doversi districare tra le diverse formule terminative delle sentenze per stabilire in quale veste il dichiarante debba essere sentito<sup>52</sup>.

Da non potersi tuttavia addebitare al legislatore è l'equivoco per cui esisterebbe la figura del coimputato-testimone sul fatto altrui nel processo cumulativo, accanto a quelle del testimone assistito e dell'imputato in procedimento connesso. Al riguardo le norme sono del tutto chiare nello stabilire una precisa incompatibilità alla testimonianza, se pure assistita, del coimputato (art. 197, comma 1, lett. a), c.p.p. e art. 197 bis, comma 1, c.p.p.) e nel prescrivere precisi ambiti applicativi all'esame nelle forme dell'art. 210 c.p.p.<sup>53</sup>. Che il coimputato dello stesso reato nel procedimento a suo carico possa poi essere sentito nelle forme dell'art. 210 c.p.p. in relazione al fatto altrui, è frutto di una insostenibile reviviscenza della pronuncia costituzionale che equiparava coimputato e imputato 'connesso'<sup>54</sup>, incompatibile con le nuove previsioni dello stesso art. 210 c.p.p.<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> C. cost., ord. 12 marzo 2003, n. 76; C. cost., ord. 30 giugno 2003, n. 250; Cass., sez. un., 17 dicembre 2009, n. 12067, *CED Cass.*, 246376.

<sup>51</sup> C. cost., ord. 13 dicembre 2007, n. 456.

<sup>52</sup> C. cost., sent. 8 novembre 2006, n. 381; C. cost., sent. 20 aprile 2009, n. 115.

<sup>53</sup> Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità*, cit., 3593 per la tesi secondo cui il coimputato può essere sentito solo con l'esame ex art. 208 c.p.p.

<sup>54</sup> Per la tesi della sopravvivenza dell'equiparazione di cui alla sentenza n. 361 del 1998, Tonini, *La prova penale*, Padova, 2000, 170; Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 124. Per un cenno, C. cost., sent. 24 giugno 2009, n. 197.

<sup>55</sup> Con sentenza 12 ottobre 2000 n. 439 la Corte aveva superato la sentenza n. 361 del 1998 in relazione alla

Se è pur vero che in altra occasione la giurisprudenza costituzionale si è espressa nel senso di ritenere dovuti gli avvisi ex art. 64 c.p.p. all'imputato in sede di esame dibattimentale<sup>56</sup>, così da far supporre una possibile 'trasformazione' di veste del dichiarante sul fatto altrui a seguito dell'avviso di cui all'art. 64, lett. c), c.p.p., ciò non è significativo tuttavia al fine di sostenere il venir meno delle incompatibilità previste per il coimputato. Il che rende priva di rilievo la disquisizione sul punto<sup>57</sup>, anche per via del fatto che la affermazione della appartenenza di interrogatorio ed esame "ad un medesimo *genus*", sulla quale peraltro non si concorda, non implica in sé l'obbligatorietà di un avviso che, se fatto in interrogatorio non può condizionare la posizione futura del dichiarante o, se formulato prima dell'esame dibattimentale, non può allo stesso modo implicare obblighi di verità da parte di un soggetto che non può essere testimone<sup>58</sup>. Né si ritiene risolutivo il richiamo fatto nella sentenza citata alla fattispecie dell'esame dell'indagato sul fatto altrui in incidente probatorio (art. 392, lett. c), c.p.p.) dove comunque l'indagato non

applicabilità della norma sulle contestazioni al teste silente.

<sup>56</sup> C. cost., ord. 4 giugno 2003, n. 191. Per la giurisprudenza che nega invece la sussistenza dell'avviso circa l'assunzione dell'ufficio di testimone, Cass., sez. V, 14 giugno 2005, n. 46852, *CED Cass.*, 233036.

<sup>57</sup> Cass., sez. I, 6 giugno 2007, n. 34560, *CED Cass.*, 237624.

<sup>58</sup> Ciò ovviamente non esclude che le eventuali dichiarazioni sul fatto altrui rese dall'indagato nell'interrogatorio ex art. 64 possano essere oggetto di contestazione, se difformi, in sede di esame dibattimentale dove all'imputato possono essere fatte domande in relazione alla condotta di altri senza che la risposta comporti un obbligo di verità. Come affermato dalla Corte costituzionale "le dichiarazioni rese nelle fasi anteriori al giudizio dell'imputato possono essere utilizzate, per quel che concerne la responsabilità dei coimputati, ai soli fini di valutare la credibilità del dichiarante, salvo che gli stessi coimputati prestino consenso all'utilizzazione piena ovvero ricorrano le circostanze indicate nell'art. 500 comma 4. Il che rende coerente la disciplina anche con quanto disposto dall'art. 513 comma 1 c.p.p." (C. cost., sent. 24 giugno 2009, n. 197, cit.). Sul punto, volendo, Galantini, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, Cass., pen., 2002, 1849.

potrà convertirsi in una figura di dichiarante diversa da quella propria non fosse altro per via della applicabilità delle forme dibattimentali sull'assunzione delle prove (art. 401, comma 5, c.p.p.) e del conseguente rinvio alle disposizioni sulle incompatibilità testimoniali.

La sentenza non ha in ogni caso stabilito un precedente da cui desumere una inedita figura di imputato-testimone nel suo processo. Molto chiaro al riguardo è quanto scrive la Corte in una pronuncia successiva, quando è stata chiamata a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 197 *bis* c.p.p. "nella parte in cui non prevede che il coimputato nel medesimo reato o l'imputato di reato connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. a) possa essere sentito come testimone nel caso previsto dall'art. 64 comma 3 lett. c c.p.p.". Dichiarando manifestamente infondata la questione, la Corte nega che si possa "addirittura....costruire una figura di dichiarante del tutto nuova, quale sarebbe quella dell'imputato chiamato a rendere 'testimonianza' nel suo stesso processo", in quanto "si innesterebbe, all'interno di un medesimo procedimento, riguardante un fatto 'comune' a più imputati, una dicotomia (strutturale e funzionale) di fonti dichiarative, in capo ai medesimi soggetti dichiaranti, a seconda che gli stessi siano chiamati a rendere l'esame quali imputati, o come 'testi assistiti' in ordine alla responsabilità degli altri"<sup>59</sup>. La linea interpretativa sembra essere stata accolta in giurisprudenza dove si rileva la incompatibilità del ruolo di testimone "con la condizione dei soggetti concorrenti nel medesimo

<sup>59</sup> C. cost., ord. 24 giugno 2004, n. 202. V., inoltre, C. cost., ord. 20 novembre 2002, n. 485 e C. cost., ord. 30 giugno 2003, n. 250 secondo cui "l'incompatibilità a testimoniare per i coimputati del medesimo reato e per le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera a), cod. proc. pen. non appare priva di giustificazione "in ragione della peculiare situazione derivante dall'unicità del fatto-reato e dei conseguenti profili di indubbia interferenza con la posizione dell'imputato".

reato e avvinti da un nesso inscindibile"<sup>60</sup> e dove l'assunzione del coimputato nella veste delineata dall'art. 210 c.p.p. viene stabilita in relazione alla sua separata posizione processuale<sup>61</sup>.

Certo è che la nuova disciplina ha sicuramente indotto a una vivacità insolita il dibattito non solo dottrinale, talvolta costretto a misurarsi con le articolate alchimie del legislatore.

### L'effetto estensivo della tutela costituzionale

Un ultimo profilo, se pure collaterale ai temi fin qui svolti, va infine evidenziato con riguardo agli effetti che la tutela costituzionale del contraddittorio ha determinato anche sul lessico giurisprudenziale utilizzato nelle pronunce rese in procedimenti particolari.

Ci si riferisce ad esempio al procedimento per la riparazione da ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.), in relazione al quale è stato dichiarato il vizio dell'ordinanza di rigetto della richiesta emessa prima della acquisizione di documenti mancanti e lo si è ricollegato all'"intervento delle parti...che si realizza con la partecipazione in contraddittorio alla formazione della prova, con la possibilità di interloquire a fronte delle richieste delle altre parti"<sup>62</sup>.

Analogamente, nel giudizio per l'equa riparazione da durata irragionevole del processo (l. 24 marzo 2001, n. 89), si è affermata la garanzia del contraddittorio delle parti<sup>63</sup> e si è sottolineato come il contenimento delle attività istruttorie non può pregiudicare il rispetto del "diritto fondamentale, di rango costitu-

<sup>60</sup> Cass., sez. I, 18 ottobre 2005, n. 40203, *CED Cass.*, 232448.

<sup>61</sup> Cass., sez. VI, 14 gennaio 2010, n. 12610, *CED Cass.*, 246726.

<sup>62</sup> Cass., sez. IV, 25 novembre 2009, n. 48373, *CED Cass.*, 245730.

<sup>63</sup> Cass., sez. I, 1 agosto 2003, n. 11715, *CED Cass.*, 565567.

zionale, della difesa e del contraddittorio”<sup>64</sup>. Anche nel procedimento per l’applicazione delle misure di prevenzione, si è rilevato il diritto dell’interessato ad essere ammesso a contrastare la proposta “proponendo mezzi di prova”<sup>65</sup>.

Per quanto riguarda invece il procedimento di esecuzione per il quale l’art. 666, comma 5, c.p.p. stabilisce innovativamente<sup>66</sup> che “il giudice...se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio”, si è sottolineata in dottrina la difficoltà di ritenere pienamente attuabile il principio costituzionale. Nonostante la giurisprudenza abbia dimostrato attenzione alle garanzie partecipative della difesa<sup>67</sup>, si è ipotizzato di poter escludere l’adozione dell’esame diretto e incrociato nella assunzione delle prove dichiarative alla luce della prescrizione circa la possibilità per il giudice di procedere “senza particolari formalità” anche all’esame dei testimoni (art. 185 disp. att. c.p.p.)<sup>68</sup>. Al di fuori dell’area protetta

del giusto processo vengono collocati poi altri procedimenti la cui natura amministrativa e non giurisdizionale opera da sbarramento alla operatività del contraddittorio<sup>69</sup>.

Si tratta in ogni caso di esempi che non valgono a sminuire il valore intrinseco del principio nella sua dimensione costituzionale se è vero che la sua violazione ha determinato la applicazione di una sanzione disciplinare a carico di un magistrato che, in sede di procedimento di archiviazione, ha provveduto convocare, fuori dall’udienza, una delle persone informate dei fatti<sup>70</sup>. Il che vale ad individuare nel contraddittorio l’espressione del giusto processo inteso non solo come processo legale che si realizza nella formula del *due process of law*, ma come *fair trial*<sup>71</sup> all’insegna della lealtà che implica l’osservanza di un codice etico non scritto.

<sup>64</sup> Cass., sez. I, 23 luglio 2003, n. 11424, *CED Cass.*, 565352; Cass., sez. III, 18 dicembre 2009, n. 26773, *CED Cass.*, 611007.

<sup>65</sup> Cass., sez. VI, 21 maggio 2003, n. 36317, *CED Cass.*, 227603. V., poi, Cass., sez. I, 30 settembre 2009, n. 2477, *CED Cass.*, 245374.

<sup>66</sup> Sulla giurisdizionalizzazione della fase esecutiva, Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all’esecuzione penale*, Torino, 2003, 10.

<sup>67</sup> Cass., sez. VI, 27 gennaio 2009, n. 3523, *CED Cass.*, 242434.

<sup>68</sup> Per le diverse e anche opposte tesi dottrinali, Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell’esecuzione*, Torino, 2011, 348.

<sup>69</sup> Per quanto riguarda il giudizio disciplinare nei confronti degli avvocati, Cass., sez. un., 22 agosto 2007, n. 17827, *CED Cass.*, 598430. V., inoltre, Cass. civ., sez. III, 26 maggio 2011, n. 11608, *CED Cass.*, 618202 per l’applicazione degli stessi criteri al giudizio disciplinare per altre categorie di professionisti. Per il particolare procedimento relativo all’ammonimento del questore nei casi di *stalking* (art. 8, l. 23 aprile 2009, n. 38), Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2011 n. 4365.

<sup>70</sup> Sez. discipl. 30 novembre 2000 n. 178, citata da Cavallini, *Il giusto processo tra diritto positivo e deontologia giudiziaria*, in *Giusto processo?*, cit., 230.

<sup>71</sup> Sulle origini storiche delle formule, Amodio, *Giusto processo*, cit., 132.

# Novità legislative interne / *National Legislative News*

---

ADA FAMIGLIETTI

---

Il decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 (*“Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri”*, G.U., Sr. Gen., 22 dicembre 2011, n. 297) apporta significative modifiche all’ordinamento processuale e a quello penitenziario. Sono due le finalità dell’ambizioso provvedimento normativo: alleviare le condizioni di detenzione determinate dal sovraffollamento delle carceri e modificare le norme del codice di procedura penale relative al giudizio direttissimo davanti al tribunale in composizione monocratica, e al luogo di svolgimento dell’udienza di convalida e dell’interrogatorio delle persone detenute.

La prima disposizione novellata è l’art. 558 c.p.p., con la modifica del comma 4 e l’inserimento di un comma 4-bis. In primo luogo, è soppresso il riferimento all’art. 386 c.p.p. con l’introduzione di un’autonoma disciplina dei doveri della polizia giudiziaria nei casi di arresto. In secondo luogo, si elimina la disposizione che consente di fissare l’udienza non entro le quarantotto ore dall’arresto, ma entro le successive quarantotto ore dalla richiesta del pubblico ministero, quando l’imputato sia presentato al giudice monocratico per la convalida dell’arresto e il contestuale giudizio direttissimo. In tal modo, viene ridotto della metà (da novantasei a quarantotto ore) il termine nel quale deve avvenire l’udienza di convalida.

Punto nodale della riforma, però, è rappresentato dal superamento del sistema delle cd. “porte girevoli”, ossia il transito dei detenuti nelle case circondariali per tempi brevissimi. Infatti, nel solo 2010 è stato stimato l’ingresso di 21.093 persone per un periodo massimo di tre giorni. A tal fine, si stabilisce il divieto di conduzione della persona arrestata nella casa circondariale. In forza della disposizione contenuta nell’art. 558 comma 4-bis c.p.p., l’arrestato viene trattenuto nelle c.d. camere di sicurezza delle questure e delle caserme dei Carabinieri e Guardia di Finanza. Le uniche deroghe sono consentite nei casi in cui non sia possibile assicurare in altro modo la custodia dell’arrestato da parte degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, per l’indisponibilità di locali idonei, ragioni di salute e ogni altra causa di necessità, quali motivi di sicurezza o di ordine pubblico.

Al riguardo, è stato osservato come una corretta applicazione dell’art. 121 norme att. c.p.p. - che obbliga il pubblico ministero a disporre con decreto motivato la liberazione dell’arrestato o del fermato per i quali, in sede di convalida, ritenga di non dover chiedere misure cautelari - avrebbe già consentito di raggiungere lo scopo prefissato dal decreto legge in esame. Ma purtroppo, l’applicazione delle norme ha tradito gli intenti normativi, tanto che nella prassi si sono registrati casi in cui gli arrestati vengono presentati in stato di

detenzione al giudice per la convalida anche nell'assenza di richieste di applicazione di misure cautelari (Cass., Rel. n. III/14/2011, *www.cortedicassazione.it*).

Il provvedimento governativo interviene anche sull'art. 123 norme att. c.p.p. Vi si stabilisce che non soltanto l'udienza di convalida dell'arresto e del fermo, ma anche l'interrogatorio delle persone che si trovino, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione deve avvenire nel luogo dove la persona è custodita. Soltanto in presenza di eccezionali motivi di necessità, l'autorità giudiziaria potrà disporre, con decreto motivato, il trasferimento per la comparizione davanti ad essa del detenuto. Obiettivo di tale disposizione è limitare il trasferimento delle persone *in vinculis* da parte delle forze di polizia, con effetti apprezzabili sia dal punto di vista della sicurezza che sotto il profilo economico.

Altro rilevante segmento di intervento concerne la l. 26 novembre 2010, n. 199 (*"Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno"*) con l'aumento da dodici a diciotto mesi della soglia di pena detentiva, anche residua, per la concessione della detenzione domiciliare. Restano inalterate le altre disposizioni della l. n. 199/2010 che ne limitano al 31 dicembre 2013 la vigenza e che vietano la detenzione domiciliare per gravi delitti, quali reati di stampo mafioso, omicidio e terrorismo.

Viene poi stanziata la somma di euro 57.277.063 per interventi in materia di edilizia carceraria, finalità precipua del d.l. n. 211/2011. È di lampante evidenza, infatti, che solo un adeguamento e un ampliamento delle strutture penitenziarie oggi presenti sul territorio nazionale possa raggiungere quella finalità di ri-educuzione del condannato richiesta dall'art. 27, comma 2, Cost. Nella successiva norma di copertura finanziaria si esclude la sussistenza di nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, ad eccezione delle spese relative al potenziamento e alla messa a norma delle

infrastrutture penitenziarie, di cui all'art. 4, ottenute attraverso l'impiego delle risorse disponibili a seguito della riduzione dell'autorizzazione di spesa della quota destinata allo Stato dell'otto per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, per l'anno 2011.

Il 25 gennaio 2012 il Senato ha approvato il disegno di legge di conversione del decreto n. 211 del 2011 con alcune sostanziali modifiche. Ai due settori di intervento, originariamente previsti dal provvedimento governativo, si aggiungono consistenti novità. In primo luogo, all'art. 386, comma 4, c.p.p. sono introdotte le seguenti parole: "salvo quanto previsto dall'articolo 558". Si tratta di un rinvio operato in virtù di alcune perplessità manifestate in aula, al fine di armonizzare la norma sui doveri della polizia giudiziaria in caso di arresto o di fermo alla disciplina novellata. Si era obiettato, infatti, che la disciplina governativa riguardasse i soli arrestati e non anche i fermati di indiziati di delitto. Ad ogni modo, tale disposizione chiarisce che per i reati di competenza del tribunale in composizione collegiale si può ancora richiedere, in via primaria, la custodia in carcere dell'arrestato o del fermato.

La novità più significativa nel testo emendato dell'art. 558 c.p.p. è sicuramente rappresentata dalla previsione della detenzione in carcere dell'arrestato in flagranza di reato (per reati di competenza del giudice monocratico) quale *extrema ratio*. Si stabilisce, infatti, che in attesa dell'udienza di convalida dell'arresto e del rito direttissimo, la detenzione carceraria sia l'eccezione e non la regola. A tal fine, viene fissata in primo luogo la custodia dell'arrestato presso l'abitazione. In subordine, solo in caso di mancanza, indisponibilità o inidoneità dei luoghi di cui all'art. 284 c.p.p., o quando essi siano ubicati fuori dal circondario in cui è stato eseguito l'arresto, o in caso di pericolosità dell'arrestato, il pubblico ministero dispone che sia custodito presso idonee strutture nella disponibilità degli ufficiali o agenti di polizia

giudiziaria che hanno eseguito l'arresto o che hanno avuto in consegna l'arrestato. In via ancora più residuale, in caso di mancanza, indisponibilità o inidoneità di tali strutture, o se ricorrono altre specifiche ragioni di necessità o di urgenza, il pubblico ministero stabilisce con decreto motivato che l'arrestato sia condotto nella casa circondariale del luogo dove l'arresto è stato eseguito ovvero, se ne possa derivare grave pregiudizio per le indagini, presso altra casa circondariale vicina.

È importante sottolineare come, accogliendo un emendamento proposto dall'ex Ministro della Giustizia, si escludono dalla custodia domiciliare in attesa di convalida e del direttissimo gli arrestati in flagranza di reato per furto in appartamento, furto con strappo - salvo ricorra l'attenuante della speciale tenuità del danno patrimoniale - rapina semplice ed estorsione semplice.

Viene, poi, armonizzato il testo dell'art.123 norme att. c.p.p., stabilendo che l'udienza di convalida si svolge nel luogo dove l'arrestato o il fermato è custodito, eccetto l'ipotesi di custodia nel proprio domicilio o altro luogo di privata dimora. Il procuratore capo della Repubblica predisporre le necessarie misure organizzative al fine di assicurare il rispetto dei termini di cui all'art. 558 c.p.p.

Altre interessanti modifiche concernono l'ampliamento della partecipazione al dibattimento a distanza anche ai detenuti cui sono applicate le misure di cui all'art. 41-bis, comma 2, ord. penit. e alla testimonianza di persone detenute. Si stabilisce poi che l'arrestato o fermato, ove abbia bisogno di assistenza medica o psichiatrica, debba essere preso in carico dal Servizio sanitario nazionale.

Si prevede, inoltre, che le visite in carcere senza autorizzazione dell'amministrazione penitenziaria siano concesse ai parlamentari europei, con l'estensione di tali visite

anche alle camere di sicurezza; è introdotta una nuova ipotesi di illecito disciplinare a carico dei magistrati, per inosservanza delle disposizioni relative al luogo di svolgimento dell'udienza di convalida; infine, si amplia il raggio di operatività della disciplina sull'ingiusta detenzione ai procedimenti definiti prima dell'entrata in vigore del nuovo c.p.p., con sentenza passata in giudicato dal 1° luglio 1988.

Da ultimo, è fissato il raggiungimento di un obiettivo quanto mai ambizioso e complesso, sull'onda di un dibattito mai sopito: il definitivo superamento, fissato al 1 febbraio 2013, degli ospedali psichiatrici giudiziari. Queste le tappe del percorso di chiusura dei luoghi di internamento: entro il 31 marzo 2012 dovranno essere individuate le strutture a carattere esclusivamente sanitario, destinate ad accogliere gli internati in o.p.g. e in casa di cura e custodia; dal 31 marzo 2013 le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia saranno eseguite esclusivamente all'interno delle predette strutture sanitarie, fermo restando che le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale. Limitatamente alla realizzazione e riconversione delle strutture, si prevede un'autorizzazione di spesa di 120 milioni di euro per l'anno 2012 e di 60 milioni di euro per l'anno 2013.

Il testo del d.d.l. approvato dal Senato è stato definitivamente convertito in l. 17 febbraio 2012, n. 9 (*"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri"*, G.U., Sr. Gen., 20 febbraio 2012, n. 42).

## Novità sovranazionali / *Supranational News*

LUCIO CAMALDO

La Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo (*Gazz. Uff. UE*, 21 dicembre 2011, L338/2) si inserisce – secondo quanto affermato dal Considerando n. 5) – nel percorso tracciato dalla *road map* contenuta nella Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011, volta al rafforzamento dei diritti delle vittime all'interno dei sistemi processuali penali degli Stati Membri.

Con l'ordine di protezione europeo si intende garantire che le misure adottate, in uno Stato Membro, a protezione di un soggetto da atti di rilevanza penale che possano lederne o metterne in pericolo la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale, siano mantenute anche qualora tale persona si trasferisca in un altro Stato Membro.

Non si tratta dunque propriamente di un irrobustimento dei diritti della "vittima" all'interno del procedimento penale. Lo scopo è piuttosto quello di evitare una "perdita di protezione" a chi sia ritenuto, nel proprio Stato, potenziale destinatario di svariati comportamenti criminosi posti in essere da un'altra persona (si parla, nel Considerando n. 9, ad esempio, di atti di molestie, rapimenti, *stalking* ed altre forme indirette di coercizione o di violenze in genere) nel momento in cui la persona protetta intenda esercitare il proprio diritto di circolare o soggiornare liberamente nello spazio comune di giustizia dell'Unione europea, come previsto dall'articolo 3, par.

2), del trattato sull'Unione europea (TUE) e dall'articolo 21 TFUE.

Il trasferimento della persona protetta deve essere accompagnato da un sistema di "traslazione" della misura di protezione, secondo l'ormai ben noto principio di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie nell'ambito dell'Unione europea.

La Direttiva espressamente esclude dal proprio ambito di applicazione le misure di protezione adottate in materia civile (per le quali sarà necessario un intervento *ad hoc*), nonché quelle specificamente dirette alla protezione dei testimoni.

L'ordine di protezione europeo può essere richiesto nelle sole ipotesi in cui la misura di protezione precedentemente adottata sia tale da imporre al soggetto che determina il pericolo uno o più dei seguenti divieti o delle seguenti restrizioni (v. art. 5 della Direttiva):

- a) divieto di frequentare determinate località, determinati luoghi o determinate zone definite in cui la persona protetta risiede o che frequenta;
- b) divieto o regolamentazione dei contatti, in qualsiasi forma, con la persona protetta, anche per telefono, posta elettronica o ordinaria, fax o altro;
- c) divieto o regolamentazione dell'avvicinamento alla persona protetta entro un perimetro definito.

Al momento dell'adozione di una delle misure sopra elencate, deve essere fornita alla persona beneficiaria della protezione una

adeguata informazione, conformemente alle procedure di diritto nazionale, sulla possibilità di richiedere, prima di lasciare il territorio nazionale, un ordine di protezione europeo e sulle condizioni fondamentali di tale richiesta, al fine di evitare che tale persona sia costretta ad avviare un nuovo procedimento o a fornire nuovamente le prove nello Stato in cui si trasferisce.

Prima dell'emissione dell'ordine europeo di protezione, sono, tuttavia, riconosciuti peculiari diritti al soggetto che costituisce la fonte del pericolo, ossia della condotta criminosa posta in essere (o che verrà posta in essere) nei confronti della persona destinataria della protezione: il diritto ad essere ascoltato e quello di contestare la misura, salvo che tali diritti siano già stati esercitati nel procedimento che ha portato alla adozione della misura di protezione (v. art. 6, par. 4).

Nel caso in cui la richiesta di emissione di un ordine europeo di protezione sia respinta, l'autorità giudiziaria deve informare la persona protetta circa le possibilità di impugnazione applicabili contro tale decisione previste dal diritto nazionale.

Ove, invece, l'autorità giudiziaria accolga la richiesta, tenuto conto della durata del periodo in cui la persona protetta intende soggiornare nell'altro Stato Membro, nonché valutata la effettiva necessità di protezione, l'ordine europeo deve essere predisposto, per quanto concerne i requisiti di forma e di contenuto, secondo le indicazioni dell'art. 7 della Direttiva, in conformità al modello allegato alla Direttiva stessa (v. Allegato I) e deve essere tradotto nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione (v. art. 17).

In virtù dell'ormai ben noto meccanismo di "dialogo diretto tra giudici", che ha sostituito quello tra gli Stati, l'autorità giudiziaria provvede alla trasmissione dell'ordine di protezione europeo all'autorità competente dello Stato di esecuzione. La trasmissione può essere effet-

tuata "con qualsiasi mezzo che lasci una traccia scritta, in modo tale da consentire all'autorità competente dello Stato di esecuzione di accertarne l'autenticità" (v. art. 8, par. 3).

Nell'ipotesi in cui l'autorità dello Stato di esecuzione sia incompetente, provvede a trasmetterlo d'ufficio all'autorità competente, informandone senza indugio l'autorità dello Stato di emissione.

Qualora, invece, l'autorità competente dello Stato di esecuzione o dello Stato di emissione non sia nota all'autorità dell'altro Stato, quest'ultima, al fine di ottenere le necessarie informazioni, può avvalersi dei punti di contatto della Rete giudiziaria europea (v. decisione 2008/976/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa alla Rete giudiziaria europea), nonché del membro nazionale di Eurojust o, infine, del sistema nazionale di coordinamento Eurojust del proprio Stato.

Si prevede anche che gli Stati membri possano eventualmente designare una autorità centrale al fine di fornire assistenza in relazione alla trasmissione o alla ricezione degli ordini di protezione europei e di provvedere alla corrispondenza ufficiale ad essi relativa (v. art. 4 della Direttiva).

L'autorità dello Stato di esecuzione, che riceve l'ordine europeo di protezione, «lo riconosce senza indugio» (v. art. 9 della Direttiva). Tale riconoscimento consiste, invero, nell'adozione delle misure che sono previste dalla legislazione nazionale "in un caso analogo" per garantire la protezione della persona trasferita, potendosi applicare, conformemente alla legislazione nazionale, misure penali, amministrative o civili.

Tale previsione intende garantire - come viene espressamente ricordato nel Considerando n. 20 - una ampia flessibilità alle modalità di cooperazione tra Stati membri, attribuendo allo Stato di esecuzione «un margine di discrezione per l'adozione di ogni misura che ritenga adeguata e consona alla propria legislazione nazionale per assicurare una protezione



costante alla persona protetta alla luce della misura di protezione adottata nello Stato di emissione quale descritta nell'ordine di protezione europeo».

Si evidenzia, tuttavia, che la misura di protezione deve corrispondere, quanto più possibile, alla misura di protezione adottata dallo Stato di emissione (v. art. 9, par. 2).

Si dovranno, inoltre, tenere in considerazione eventuali circostanze specifiche del caso concreto: in particolare, la sua urgenza, la data prevista di arrivo della persona protetta nel territorio dello Stato di esecuzione e, ove possibile, il livello di rischio per la persona protetta.

Se non sono disponibili misure a livello nazionale relative ad un caso analogo che potrebbero essere adottate nello Stato di esecuzione, quest'ultimo riferisce all'autorità dello Stato di emissione su qualsiasi violazione della misura di protezione indicata nell'ordine di protezione europeo di cui sia al corrente.

La decisione di adozione della misura di protezione e le modalità di esecuzione della stessa sono disciplinate dalla legislazione dello Stato di esecuzione che si applica anche ai ricorsi contro le decisioni adottate nello Stato di esecuzione relative all'ordine di protezione europeo.

Spetta pure allo Stato di esecuzione, in base alla propria legislazione, sanzionare le eventuali violazioni della misura di protezione, potendo imporre sanzioni penali e adottare ogni altra misura in conseguenza della violazione, laddove tale violazione configuri un reato; adottare decisioni di natura non penale in relazione alla violazione; prendere altre misure urgenti e provvisorie per porre fine alla violazione in attesa, ove opportuno, di una successiva decisione dello Stato di emissione. Di ogni violazione della misura o delle misure adottate sulla base di un ordine di protezione europeo deve essere informata l'autorità dello Stato richiedente, attraverso la compilazione di un modulo secondo il modello allegato alla Direttiva (v. Allegato II).

Rimane, invece, esclusivamente riservata all'autorità dello Stato di emissione l'adozione delle decisioni relative alla proroga, al riesame, alla modifica, alla revoca e all'annullamento della misura di protezione e di conseguenza dell'ordine di protezione europeo; nonché l'imposizione di una misura detentiva in conseguenza della revoca della misura di protezione, purché quest'ultima sia stata applicata sulla base di una sentenza ai sensi dell'articolo 2 della decisione quadro 2008/947/GAI o sulla base di una decisione sulle misure cautelari ai sensi dell'articolo 4 della decisione quadro 2009/829/GAI.

Lo Stato di esecuzione può interrompere l'applicazione delle misure di protezione nei casi indicati dall'art. 14 della Direttiva, tra i quali: l'ipotesi in cui la persona protetta non risieda né soggiorni nel territorio dello Stato di esecuzione o abbia definitivamente abbandonato tale territorio; ovvero il caso in cui, secondo la legislazione nazionale, sia scaduto il termine massimo di durata delle misure adottate in esecuzione di un ordine di protezione europeo. Dell'interruzione della misura deve essere resa immediatamente edotta l'autorità dello Stato di emissione, che ha la possibilità di fornire informazioni sulla necessità di proseguire la protezione.

Il sistema di reciproca fiducia tra gli Stati membri e di mutuo e immediato riconoscimento delle decisioni non esclude, come è noto, la previsione di una serie di "motivi di rifiuto", elencati nell'art. 10 della Direttiva, che consentono allo Stato di esecuzione di rifiutare di eseguire un ordine di protezione europeo. E' possibile rifiutare un ordine di protezione europeo qualora sia incompleto o non sia stato completato entro il termine stabilito dall'autorità competente dello Stato di esecuzione; ovvero quando la misura di protezione non rientri tra le tipologie indicate dall'art. 5 della Direttiva; o ancora qualora la misura di protezione si riferisca ad un atto che non costituisce reato secondo la legislazione dello Stato

di esecuzione. Altri motivi di rifiuto sono: la previsione di una immunità per l'autore della condotta criminosa, ovvero la sua minore età, l'intervenuta amnistia, la prescrizione del reato e il divieto di *bis in idem*.

In ogni caso di rifiuto, l'autorità dello Stato dell'esecuzione deve informare senza indugio lo Stato di emissione e la persona protetta, precisando il motivo che ha impedito il riconoscimento dell'ordine di protezione europeo, nonché indicando le possibilità di ricorso applicabili contro tale decisione previste dal diritto nazionale; ove opportuno, deve pure informare la persona protetta sulla possibilità di chiedere l'adozione di una misura di protezione conformemente al diritto nazionale.

Una particolare attenzione nel procedimento di emissione e di riconoscimento dell'ordine di protezione europeo si dovrebbe assicurare – come previsto dal Considerando n. 15 – alle “persone vulnerabili”, quali i minorenni o i disabili.

Si osserva, infine, che gli Stati membri, i quali devono conformarsi alla presente direttiva entro l'11 gennaio 2015, non hanno, tuttavia, l'obbligo di modificare i sistemi nazionali per l'adozione di misure di protezione, né di introdurre o modificare il proprio sistema penale per l'esecuzione di un ordine di protezione europeo, dovendosi – secondo il Considerando n. 8 – tenere conto delle diverse tradizioni giuridiche, nonché del fatto che si possa fornire una protezione efficace mediante ordini di protezione emessi da un'autorità diversa dal giudice penale.

\* \* \*

La Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (Gazz. Uff. UE, 17 dicembre 2011, L335/1) – che sostituisce la precedente decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio – contiene, oltre

alle «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni», alcune previsioni in materia processuale penale, che assumono rilevanza sotto un duplice profilo.

Da un lato, si tratta di misure che gli Stati Membri devono adottare al fine di «agevolare lo svolgimento delle indagini e dell'azione penale» (v. Considerando n. 26), dall'altro di misure necessarie ad «assistere, sostenere e proteggere le vittime minorenni» (v. Considerando n. 30).

Sotto il primo profilo, l'attività investigativa e l'esercizio dell'azione penale in relazione ai reati in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali, non dovrebbero essere «subordinate alla querela, alla denuncia formulata dalla vittima o dal suo rappresentante» e il procedimento dovrebbe continuare «anche se tale persona ritratta le proprie dichiarazioni» (v. art. 15 della Direttiva).

Gli organi inquirenti dovrebbero, inoltre, disporre di efficaci strumenti investigativi, come quelli utilizzati nei procedimenti di criminalità organizzata o per altre forme gravi di criminalità, che consentano, tra l'altro, di identificare le vittime di tali reati, esaminando materiale pornografico, quali foto e registrazioni audiovisive diffuse o rese accessibili a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Con riferimento, invece, al secondo profilo, la Direttiva insiste sulla necessità che siano apprestate a vantaggio delle vittime minorenni – che sono considerate “particolarmente vulnerabili” – assistenza, sostegno e protezione, «tenuto conto dell'interesse superiore del minore» (v. art. 18 della Direttiva). L'incertezza sulla minore età non deve precludere l'assistenza e la protezione, che va comunque assicurata, se vi è motivo di ritenere che la persona in questione sia minorenne.

Tale assistenza e sostegno a vantaggio del minorenne dovrebbero operare, ai sensi dell'art. 18, par. 2 della Direttiva, «non appena le au-

torità competenti abbiano ragionevoli motivi di ritenere che possa essere stato vittima» dei reati in questione e deve essere assicurata «prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo la conclusione del procedimento penale» (v. art. 19 della Direttiva).

Le misure apprestate a protezione del minore devono fondarsi su una valutazione individuale della particolare situazione di ogni vittima, «tenendo conto del parere, delle esigenze e dei timori del minore» (v. art. 19, par. 3), e non devono essere subordinate alla volontà dello stesso di cooperare alla attività investigativa o allo svolgimento del processo. E' opportuno, inoltre, che l'assistenza e il sostegno siano estese, ove possibile, anche alla famiglia della vittima minorenni, allorché si trovi nel territorio di uno degli Stati Membri.

Ove sussista un conflitto di interessi tra il minore e i titolari della potestà genitoriale, ovvero qualora tali soggetti non siano presenti o non siano reperibili, si evidenzia la necessità che venga prevista la nomina di «uno speciale rappresentante per la vittima minorenni» (v. art. 20 della Direttiva).

Al minore deve, inoltre, essere garantita l'assistenza legale, anche ai fini di una richiesta di risarcimento del danno; qualora la vittima non disponga di risorse finanziarie sufficienti, deve poter ricorrere al gratuito patrocinio.

La Direttiva dedica particolare attenzione alle modalità che devono caratterizzare l'audizio-

ne del minore. Anzitutto, nella fase delle indagini preliminari, tale audizione deve essere effettuata tempestivamente in relazione al momento della denuncia del fatto alle autorità competenti; deve svolgersi in appositi locali, con l'ausilio di operatori formati sulle tecniche idonee a garantire la genuinità delle dichiarazioni del minore. Si precisa, inoltre, che il minore dovrebbe essere esaminato sempre dalle stesse persone, con la presenza del genitore o di un adulto di sua scelta, salvo che vi sia conflitto di interessi; le audizioni dovrebbero essere nel numero più limitato possibile e solo se strettamente necessarie ai fini delle indagini.

Assume rilevanza pure la documentazione dell'audizione, che deve avvenire con mezzi di registrazione audiovisiva, in modo da poter essere utilizzata nel processo penale, conformemente alle disposizioni del diritto nazionale.

Con riferimento all'esame del minore in sede di giudizio, è necessario che gli Stati Membri prevedano lo svolgimento dell'udienza a porte chiuse e l'utilizzo di appropriate tecnologie per consentire al testimone minorenni di non essere fisicamente presente nell'aula del processo.

Infine, devono essere adottate le misure necessarie per proteggere la vita privata, l'identità e l'immagine delle vittime minorenni e impedire la divulgazione di qualsiasi informazione che ne permetta l'identificazione.

## De jure condendo

---

MARILENA COLAMUSSI

---

Tra i primi interventi programmatici del nuovo Esecutivo nel settore della giustizia penale si registra il d.d.l. recante «*Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*», approvato durante il Consiglio dei Ministri del 16 dicembre 2011.

Il disegno di legge appare piuttosto articolato e condensa in soli quattro articoli indicazioni importanti che incidono in ambito sia sostanziale sia processuale, ripromettendosi di conseguire diverse finalità. Si va dal ridimensionamento del carico giudiziario attraverso un incisivo intervento di depenalizzazione (art. 2), utile anche a favorire la durata ragionevole del processo, all'adozione di una risposta alternativa alla pena carceraria, individuata nell'estensione dello strumento della "messa alla prova" - attualmente previsto per gli imputati minorenni (art. 28 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448) - anche per gli adulti (art. 3). A questo si aggiunge - nel chiaro intento di affrontare il problema del sovraffollamento degli istituti di pena - l'introduzione di sanzioni alternative, quali "pene detentive non carcerarie" (art. 4). Per finire con il potenziamento delle garanzie difensive dell'imputato irreperibile, regolamentandone la sospensione del procedimento a suo carico in termini più puntuali (art. 5), così da contenere ulteriormente il fenomeno degli "eterni giudicabili". A riprova dell'assunto, per soddisfare i molteplici

obiettivi auspicati, il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi (art. 1), in tempi relativamente brevi (diciotto mesi) (art. 6), nell'evidente consapevolezza di intervenire su una materia complessa e non omogenea in relazione ai settori coinvolti.

Più in particolare, le linee guida del d.d.l. governativo sulla depenalizzazione (art. 1) mirano a trasformare in illeciti amministrativi tutte le fattispecie di reato attualmente sanzionate con la sola pena pecuniaria, fatte salve talune categorie "protette" che tutelano beni di comune interesse (reati in materia di edilizia e urbanistica, ambiente, territorio e paesaggio, immigrazione, alimenti e bevande, salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, sicurezza pubblica). Secondo quanto si legge nella relazione di accompagnamento al d.d.l. in esame, tale orientamento si propone di garantire il principio di effettività della sanzione che, se di natura amministrativa, risulterebbe applicabile anche nei confronti delle persone giuridiche, senza il beneficio della sospensione condizionale della pena, per giunta dilatando i tempi di prescrizione. Fermo restando che anche le sanzioni corrispondenti ai nuovi illeciti amministrativi dovrebbero consistere nel pagamento di una somma di danaro (minimo di euro 300 e massimo di euro 15.000), oltre ad eventuali sanzioni accessorie a carattere interdittivo.

Sul fronte processuale appare discutibile lo schema adottato dal d.d.l. governativo in materia di messa alla prova (art. 3), che riprende

solo parzialmente i tratti principali dell'istituto affine introdotto con la riforma del processo penale minorile. Da uno sguardo complessivo si nota che la messa alla prova concepita per gli imputati adulti in parte tradisce lo spirito di questo istituto che si propone di essere una misura alternativa alla risposta carceraria funzionale al recupero e alla risocializzazione dell'autore del reato, anche attraverso l'attivazione di meccanismi di mediazione/riparazione utili a rimuovere le conseguenze del reato per favorire la conciliazione con la persona offesa. Si perde così l'ennesima occasione per adeguare la normativa interna alle indicazioni provenienti da quella comunitaria, da tempo disattesa nella parte in cui promuove il ridimensionamento del sistema retributivo in favore del paradigma della giustizia riparativa (Raccomandazione N.R. (99)19, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, emanata il 15 settembre 1999, relativa alla Mediazione in materia penale, che obbligava i Paesi membri dell'Unione Europea ad adottare la mediazione penale nei propri ordinamenti entro il 2006; Decisione quadro 2001/220/GAI, del Consiglio dell'Unione Europea, adottata il 15 marzo 2001, «relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale»).

Suscita perplessità innanzitutto il titolo della rubrica: «Sospensione del *procedimento* con messa alla prova» (art. 3), espressione più volte ribadita anche nel testo del d.d.l. in questione, che sul piano dei contenuti rende l'istituto ibrido: a metà tra un procedimento speciale (applicabile solo su richiesta dell'imputato, per determinate categorie di reato ed entro precisi termini processuali) e una misura alternativa alla detenzione. Sembra, infatti, essere stata ignorata la natura penale di tale provvedimento, la cui applicazione durante la fase procedimentale - prima dell'esercizio dell'azione penale - finirebbe per violare contemporaneamente la presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost.) e il principio di legalità (art. 1 c.p.). Ora, le prospettive che si aprono

sul versante della disciplina di attuazione di tali direttive - in riferimento alla collocazione sistematica della "prova" - sono almeno tre. La prima è quella che interpreta alla lettera il d.d.l., prevedendo la possibilità di applicare la messa alla prova nella fase procedimentale, aggirando il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) attraverso l'introduzione di una nuova formula di archiviazione per esito positivo della messa alla prova. Tale soluzione lascia aperto il dubbio sulla violazione dell'art. 112 Cost. in quanto il contenuto della prova (art. 3, lett. c) è sostanzialmente afflittivo e, pertanto, non sembra poter prescindere dall'esercizio dell'azione penale utile a garantire: a) l'accertamento della rilevanza penale del fatto; b) l'attribuzione dello stesso all'imputato. La seconda soluzione alternativa, che sembra più coerente con i principi fondamentali del sistema, è quella di applicare la messa alla prova durante la fase di sospensione del "processo", e non del "procedimento", come attualmente avviene nel rito minorile. D'altronde questo orientamento meglio si coniuga anche con le indicazioni del d.d.l. governativo in base al quale, a conclusione del periodo di prova, l'eventuale esito positivo dovrebbe essere pronunciato dal giudice con sentenza che dichiara estinto il reato (art. 3, lett. f)). Invero, l'esplicito riferimento alla sentenza, quale forma del provvedimento del giudice che definisce il processo, non può non presupporre l'esercizio dell'azione penale. Parimenti il contenuto del suddetto provvedimento con la formula estintiva del reato sul piano logico-giuridico impone di ritenere che non risulti possibile dichiarare estinto un fatto di reato del quale non sia stata previamente accertata - sia pure sommariamente - l'esistenza. Terza ed ultima via teoricamente percorribile potrebbe essere quella di adottare la messa alla prova nella fase di esecuzione della pena, solo dopo che sia intervenuta una sentenza di condanna, quale misura alternativa alla pena detentiva, così come accade nel

sistema anglossassone e così come potrebbe dedursi dal riferimento espresso al "condannato" che lo stesso d.d.l. effettua, forse a causa di una svista (per giunta ripetuta nella relazione di accompagnamento), quando descrive i contenuti prescrittivi della prova (art. 3, lett. e)). Tuttavia tale soluzione è da escludere perché apparirebbe contraddittoria con la precisa volontà espressa nello stesso d.d.l. governativo di prevedere la formulazione della richiesta di messa alla prova da parte dell'imputato «fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento» (art. 3, lett. b)).

Va precisato che sembra piuttosto riduttiva l'orbita di applicazione di questa misura, che nel rito minorile è estesa a qualsiasi fattispecie criminosa (dunque il discrimine è focalizzato sul versante soggettivo più che oggettivo), mentre in base al d.d.l. governativo la "prova" è applicabile solo per i reati (delitti e contravvenzioni) punibili «con la pena pecuniaria o con la pena detentiva, sola o congiunta alla pena pecuniaria, non superiore a quattro anni» (art. 3, lett. a), ). Tale beneficio «non può essere concesso più di due volte o più di una volta se si tratta di delitti della stessa indole» (art. 3, lett. d)).

Particolare attenzione è dedicata alle indicazioni riguardanti i contenuti prescrittivi della prova, consistenti in prestazioni lavorative di pubblica utilità, non retribuite, da svolgere presso enti pubblici ovvero organizzazioni socio-assistenziali o di volontariato. Ancora, le prescrizioni possono avere ad oggetto limitazioni alla libertà di movimento, divieti di frequentazioni, ovvero obblighi di dimora o di contatti periodici con il servizio sociale o strutture sanitarie di recupero. Solo un cenno è dedicato alla previsione riguardante le prescrizioni utili ad eliminare le conseguenze del reato, che potrebbero essere intese come strumenti di natura riparatoria, ma - come già anticipato - alcuna menzione risulta in ordine ad iniziative tese a promuovere la conciliazione con la persona offesa dal reato (art.

3, lett. c) ed e)). E' previsto, inoltre, che dette prescrizioni siano flessibili, nel senso che possono essere modificate dal giudice, in seguito a segnalazione dei servizi sociali, come pure è prescritta la revoca della messa alla prova in caso di gravi e ripetute trasgressioni alle prescrizioni imposte (art. 3, lett. g)), ricalcando esattamente la disciplina del settore minorile.

Per concludere su questo tema, ulteriore conferma che la messa alla prova per gli adulti è stata (erroneamente) concepita più che altro come sanzione alternativa alla pena detentiva si evince dal dettato normativo riguardante l'eventuale esito negativo della misura. A tale proposito, il d.d.l. governativo non si limita a prevedere che il processo in tal caso riprende il suo corso naturale (così come accade nel rito minorile), con esito imprecisato, e imprecisabile, in quanto dipendente dallo sviluppo successivo dell'eventuale contraddittorio dibattimentale. Sorprendentemente, a priori si stabilisce che «ai fini della determinazione della pena, cinque giorni di prova sono equiparati a un giorno di pena detentiva ovvero a 38 euro di pena pecuniaria» (art. 3, lett. h)), quasi a voler anticipare una decisione di condanna, quale sbocco naturale dell'esito infuosto della "prova", contravvenendo così alle regole minime del "giusto processo".

Il d.d.l. governativo interviene ampliando anche il sistema sanzionatorio nella prospettiva di attuare un moderno modello di "decarcerizzazione", attraverso l'introduzione di due nuove tipologie di pene detentive non carcerarie, quali la reclusione e l'arresto presso la propria abitazione o altro luogo di privata dimora, «anche per fasce orarie o giorni della settimana», limitatamente a fattispecie criminose di minore allarme sociale (art. 4, lett. a) e b)).

L'ultimo tema di carattere processuale toccato dal d.d.l. governativo riguarda l'iter della sospensione del procedimento nei confronti degli imputati irreperibili, che va a colmare un vuoto normativo allo scopo di garantire il

diritto dell'irreperibile all'effettiva conoscenza del processo a suo carico. Secondo il disegno di legge intanto si procede alla sospensione della fase dibattimentale in quanto la citazione a giudizio non risulti effettivamente notificata all'imputato secondo le modalità ordinariamente previste, anche a seguito di rinnovazione della suddetta citazione (art. 5, lett. a)). Durante la fase di sospensione restano congelati i termini di prescrizione del reato, è inibita qualsiasi attività processuale, salvo il compimento di atti urgenti (art. 5, lett. b) e c)). Per favorire le ricerche utili a rintracciare l'irreperibile e portarlo a conoscenza del procedimento a suo carico, si prevede che sia il provvedimento di sospensione sia il decreto di citazione a giudizio vengano inseriti nella banca dati delle forze di polizia e annotati nel casellario giudiziale (art. 5, lett. d)). L'*iter* appena descritto quale regola generale è sottoposto ad una duplice eccezione di natura soggettiva e oggettiva. Non opera, infatti, la sospensione del dibattimento nei confronti dell'imputato sottoposto a misura cautelare o cautelare durante il procedimento, ovvero nei riguardi del soggetto per il quale risulti provato che sia venuto comunque a conoscenza del procedimento a suo carico, ovvero che volontariamente si sia sottratto a tale conoscenza. Dal punto di vista oggettivo, la regola della sospensione del dibattimento per l'imputato irreperibile non si applica quando si procede per reati di particolare allarme sociale (art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.), per i quali evidentemente prevale l'interesse della collettività all'accertamento del fatto (art. 5, lett. e)).

\* \* \*

Elementi propositivi di affinità rispetto al disegno di legge appena illustrato si possono ravvisare in un altro d.d.l. (S. 3031) di iniziativa parlamentare che porta la firma del senatore Li Gotti ed altri, in tema di «Nuove disposizioni

per lo snellimento del processo penale», presentato al Senato in data 29 novembre 2011.

I tratti principali del d.d.l. S. 3031 sono accomunati dall'intento di semplificare alcune regole procedurali in materia di notificazioni, competenza, partecipazione dell'imputato a dibattimento, cause di non punibilità e messa alla prova, per rendere il sistema processuale penale più efficace ed efficiente, senza perdere di vista le garanzie fondamentali.

In parte ridisegnata appare la disciplina delle notificazioni destinate all'imputato irreperibile, di cui all'art. 159 c.p.p., che attribuisce direttamente all'ufficiale giudiziario il potere di iniziativa in ordine alla rinnovazione delle ricerche utili a rintracciare l'imputato destinatario delle notificazioni, eventualmente incaricando un diverso collega competente per territorio, mentre attualmente le nuove ricerche possono essere disposte solo dall'autorità giudiziaria procedente. Qualora le ricerche eseguite non diano esito positivo, resta ferma la competenza dell'autorità giudiziaria ad emettere il decreto di irreperibilità, con cui si procede anche alla nomina del difensore (per l'imputato che ne risulti sprovvisto) che diventa destinatario delle notificazioni mediante consegna di un'unica copia dell'atto (art. 1). Per il resto la disciplina non si discosta da quella attualmente vigente.

Più incisive risultano le modifiche che il d.d.l. S. 3031 intende apportare in materia di competenza, laddove, in estrema sintesi, vengono ridotti i termini per rilevare od eccepire gli eventuali difetti di incompetenza per materia, territorio e connessione, omologando le situazioni e indicando per tutti quale termine di sbarramento quello della conclusione dell'udienza preliminare, ovvero, se questa non venga celebrata, il termine finale è fissato nelle questioni preliminari al dibattimento. Altra importante novità riguarda l'impugnazione dell'ordinanza con cui il giudice decide in materia di difetto di competenza che diventa immediatamente ed esclusivamente ogget-

to di ricorso per Cassazione, quindi si semplifica e accelera l'iter procedurale attribuendo alla Suprema Corte la competenza esclusiva a decidere in materia di impugnazione dei suddetti provvedimenti (art. 2).

Completamente cancellato dal panorama normativo è l'istituto della "contumacia" che viene sostituito dalla più ampia categoria dell'"assenza dell'imputato", che diventa onnicomprensiva di molteplici situazioni processuali puntualmente disciplinate (art. 3), anche in riferimento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 per l'ente che non si costituisce nel processo, per il quale il giudice ordina che si proceda in assenza (art. 7, che modifica l'art. 41 d.lgs. 231 del 2001). Da ultimo è inserita nel codice penale una nuova fattispecie criminosa, intitolata *Frode in procedimenti penali celebrati in assenza dell'imputato* (art. 374bis c.p.) che sanziona, con la pena della reclusione da uno a cinque anni, «chiunque, nel corso di un procedimento penale, compie artifici o raggiri volti a trarre in inganno il giudice in ordine alla conoscenza da parte dell'imputato che si procede nei suoi confronti» (art. 4).

Significativa ai fini dello snellimento del carico giudiziario è l'introduzione dell'istituto della *tenuità del fatto* nel codice penale (art. 9), evidentemente mutuato dalla disciplina prevista nel rito minorile della *sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto* (art. 27 d.p.r. 448 del 1988) di cui riproduce i medesimi requisiti. Tecnicamente l'istituto si inquadra quale causa di non punibilità così da non pregiudicare l'esercizio dell'azione risarcitoria in sede civile.

Per concludere, anche il d.d.l. S. 3031 introduce l'istituto della messa alla prova per gli imputati adulti, inserendone la disciplina sia nel codice penale sia in quello di rito (artt. 10 e 11), a conferma della natura ancipite di questa misura. Rispetto al d.d.l. governativo sopra illustrato, l'orbita di applicazione della messa alla prova nella proposta parlamentare in esame appare ancora più ridotta, in quanto

circoscritta ai reati di natura bagatellare (reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a due anni, sola o congiunta con la pena pecuniaria). I lineamenti principali della disciplina ricalcano quanto previsto nel sistema minorile. Le principali differenze riguardano l'iniziativa attribuita all'imputato in ordine alla richiesta di sottoporsi alla prova; la concedibilità del beneficio per non più di due volte ed il limite temporale entro il quale si può avanzare tale richiesta (prima della dichiarazione di apertura del dibattimento). Degno di nota è il profilo della disciplina concernente il contenuto del *programma di trattamento*, elaborato d'intesa con i servizi sociali (ai quali l'imputato verrà affidato nel corso della prova), da allegare all'istanza di sospensione del processo con messa alla prova, corrispondente al "progetto di intervento" dell'istituto affine che opera in ambito minorile. Tale programma richiama una serie di prescrizioni mirate al reinserimento sociale dell'imputato, tra le quali spiccano gli impegni di natura riparatoria delle conseguenze del reato che possono consistere anche nel risarcimento del danno o nelle restituzioni. Particolare attenzione risulta dedicata alle condotte tese a promuovere la conciliazione con la persona offesa dal reato, tematica totalmente ignorata dal d.d.l. governativo sopra descritto, che riveste importanza fondamentale ai fini della responsabilizzazione dell'autore del reato e della soddisfazione della vittima. Sul piano procedurale, l'istanza di prova potrà essere accolta dal giudice che pronuncia con ordinanza la sospensione del processo (per un periodo non superiore ad un anno, ovvero due anni, a seconda della gravità del reato), previa valutazione della idoneità del programma di trattamento e formulazione di un giudizio prognostico circa la non ricaduta nel circuito penale da parte dell'imputato. A conclusione del periodo di sospensione del processo, analogamente a quanto previsto nel rito



minorile, l'esito positivo della prova comporta l'estinzione del reato dichiarata con sentenza, mentre in caso di esito negativo il processo riprende il suo corso. Parimenti è disciplinata la revoca della misura, che si prospetta nel caso di gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte nel programma di trattamento, ovvero di commissione di nuovi reati durante la fase di sospensione. La revoca della misura preclude la riproposizione dell'istanza di prova.

I molteplici punti di affinità presenti tra i due disegni di legge illustrati evidenziano la necessità di trovare dei meccanismi che rendano più ragionevole la durata del processo, senza pregiudicare le garanzie fondamentali, adottando strumenti utili a snellire il carico giudiziario, semplificare l'iter procedurale, rendere effettivo l'apparato sanzionatorio e assicurare un sistema processuale più efficiente.

# Corti europee / *European Courts*

---

FRANCESCO TRAPPELLA

---

Con decisione del 23 novembre 2011 (causa T-341/07, *Sison c. Consiglio dell'Unione europea*) il Tribunale si è pronunciato sulla risarcibilità del danno derivante dall'indebita applicazione di misure restrittive antiterrorismo da parte delle istituzioni dell'Unione.

La vicenda va studiata considerando due precedenti pronunce, entrambe rese nei confronti dell'attuale ricorrente, l'una dell'11 luglio 2007 (causa T-47/03, *Sison c. Consiglio dell'Unione europea*, di qui in avanti indicata come *Sison I*) e l'altra del 30 settembre 2009 (causa T-341/07, *Sison c. Consiglio dell'Unione europea*, cui si farà riferimento come *Sison II*). Le sentenze in parola annullavano per la parte relativa all'istante altrettanti provvedimenti di attuazione del Regolamento 27 dicembre 2001, n. 2001/2580/CE, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo: segnatamente, le decisioni del Consiglio del 12 dicembre 2002, n. 2002/974/CE e del 28 giugno 2007, n. 2007/445/CE.

Dall'ottobre 2002 il ricorrente – a capo del Partito Comunista Filippino (CPP) e dirigente del suo ramo armato, la *New People's Army* (NPA) – aveva subito il congelamento delle proprie sostanze sulla base dell'art. 2, §3 del Regolamento n. 2001/2580/CE: il suo nominativo, infatti, era stato inserito tra quelli dei soggetti coinvolti in atti terroristici.

Con sentenza *Sison I* il Tribunale ha censurato la decisione del Consiglio n. 2002/974/CE (e le successive decisioni del 21 dicembre

2005, n. 2005/930/CE e del 29 maggio 2006, n. 2006/379/CE che hanno mantenuto l'istante all'interno dell'elenco di cui all'art. 2, §3, Regolamento n. 2001/2580/CE) nella parte in cui prevedeva il blocco dei beni del ricorrente (su temi simili si veda la sentenza del Tribunale dell'11 luglio 2007, resa nella causa T-327/03, *Al Aqsa c. Consiglio dell'Unione europea*): la misura era stata applicata senza permettere all'interessato di difendersi utilmente e, quindi, di interloquire sulla sua applicazione (sul tema, C. giust. CE, 29 giugno 1994, C-135/92, *Fiskano c. Commissione*).

In modo analogo la sentenza *Sison II* ha annullato la decisione n. 2007/445/CE con cui il Consiglio aveva congelato i capitali dell'istante a dispetto della precedente *Sison I* e in difformità dall'art. 2, §3 del Regolamento n. 2001/2580/CE: le decisioni nazionali sulle quali il Consiglio s'era basato per disporre le restrizioni, difatti, non si riferivano a indagini, ad azioni penali o a condanne per reati di terrorismo; ciò, in aperto contrasto con i parametri imposti dal diritto dell'Unione europea.

In entrambi i ricorsi, l'istante chiedeva tanto l'annullamento delle misure, quanto il risarcimento dei danni, misura, quest'ultima, negata in *Sison I*: non erano state dimostrate né l'effettività e la portata del pregiudizio, né l'esistenza di un nesso causale tra le illegittimità sostanziali invocate a sostegno della domanda e il danno lamentato (*Sison I*, §§ 243 e 251). Nella sentenza *Sison II* il Tribunale non ha deciso sul risarcimento: sulla relativa istanza

i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati con la sentenza del 23 novembre scorso. Nel ricorso, l'istante non «opera[va] alcuna distinzione a seconda che [il] danno derivasse dagli atti in questione nella causa che ha dato origine alla sentenza *Sison I*, ovvero agli atti in questione nella causa [T-341/07]» (Tribunale, 23 novembre 2011, T-341/07, §14).

L'autorità di cosa giudicata propria della *Sison I* ha impedito al Tribunale di esprimersi sulla domanda di risarcimento per il periodo 2002-2007: la decisione del 23 novembre 2011, al paragrafo 25, ha dichiarato irricevibile il ricorso con riguardo al presunto danno cagionato dagli atti annullati con sentenza *Sison I*.

Diversa è la questione per la *Sison II*.

Secondo il Tribunale «le misure restrittive consistenti nel congelamento di tutti i beni degli interessati rappresentano con ogni evidenza un'ingerenza delle pubbliche autorità nell'esercizio dei diritti fondamentali delle persone che vi sono assoggettate» (così, la pronuncia del 23 novembre al §50). Il regolamento n. 2001/2580/CE «mir[a] essenzialmente a consentire al Consiglio di imporre talune restrizioni ai diritti dei singoli, nell'ambito e in nome della lotta contro il crimine internazionale» (§51). Vanno evitate indebite intrusioni nei diritti individuali, come peraltro avviene a disporre le dette misure in difformità dalla normativa comunitaria.

Con pronuncia del 30 settembre 2009 il Tribunale ha riscontrato che il blocco dei capitali del ricorrente non era stato attuato nel pieno rispetto del diritto dell'Unione europea: ciò è stato confermato nella decisione del 23 novembre scorso, giustificando, così, l'annullamento delle misure disposto con sentenza *Sison II*.

Da quanto premesso non è derivato in capo all'istante un diritto al risarcimento.

Tre sono le condizioni per dichiarare la responsabilità extracontrattuale dell'Unione: l'illiceità del comportamento ascritto alle istituzioni, l'effettività del danno e l'esistenza di

un nesso di causalità tra la condotta e il pregiudizio lamentato (cfr. C. giust. CE, 9 settembre 2008, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, *FIAMM e FIAMM Technologies c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione*). Il caso in parola difetta del primo requisito. Se l'applicazione delle misure restrittive in difformità dal Regolamento n. 2580/2001/CE costituisce violazione dei diritti del ricorrente, va stabilito se essa sia *sufficientemente qualificata*: tale sarebbe il grave e manifesto superamento dei limiti imposti a un'istituzione comunitaria nell'esercizio di un potere discrezionale. Questo non è il caso: il Consiglio ha agito in modo diligente e secondo la prudenza imposta da una materia particolare come il terrorismo, commettendo non un atto illecito ma al più una mera *irregolarità* che, per le sue caratteristiche, non conferisce al ricorrente un diritto al risarcimento.

In chiusura è opportuno sottolineare che entro due mesi dalla notifica agli interessati la pronuncia in parola può essere impugnata avanti alla Corte di Giustizia, per i soli motivi di diritto: è, quindi, possibile una diversa lettura dell'*acquis* in tema di responsabilità extracontrattuale dell'Unione, anche con riferimento al peculiare settore delle misure antiterrorismo.

\* \* \*

Secondo i giudici di Strasburgo gli Stati non possono violare i diritti dell'uomo neppure quando intendano adottare misure per la prevenzione dei reati (Corte e.d.u., 1° dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania*, ric. nn. 8080/08 e 8577/08).

Il caso riguarda due attivisti tedeschi diretti a Heiligendamm, sede del G8 2007, e sorpresi dalla polizia nei pressi del carcere di Waldeck in possesso di bandiere inneggianti alla liberazione di alcuni detenuti. La Corte e.d.u. ha preso atto delle diverse versioni dei fatti fornite dalla polizia e dai ricorrenti: secondo le forze dell'ordine i militanti avrebbero rifiutato

di rendere i propri dati personali, peraltro colpendo gli agenti accertatori con calci e pugni; secondo gli attivisti, invece, la polizia avrebbe usato violenza contro di loro, benché fossero pronti alla consegna dei documenti necessari all'identificazione. I ricorrenti venivano comunque arrestati ai sensi delle sezioni 55 e 56 del *Mecklenburg Western-Pomerania Public Security and Order Act* e rimanevano ristretti in carcere dal 3 al 9 giugno 2007, stante la (supposta) necessità di prevenire l'imminente commissione di reati da parte loro.

La Corte e.d.u. ha censurato il provvedimento dell'autorità tedesca sulla base dell'art. 5, §1, Cedu: una qualunque limitazione della libertà personale giustificata dall'esigenza di impedire un reato – o di evitare che se ne aggravino le conseguenze già in essere – va motivata con elementi idonei a determinare in modo *certo* e *specifico* il luogo, il tempo, la vittima e le circostanze del delitto; ciò nel caso in parola non si verificava, tanto che per il Tribunale distrettuale e regionale gli attuali ricorrenti avrebbero inteso incitare la violenta evasione dei detenuti del carcere di Waldeck, mentre secondo la Corte d'appello i destinatari dell'esortazione sarebbero stati i manifestanti del G8: non c'era, quindi, certezza tra i giudici nazionali in ordine al tipo di crimine asseritamente progettato dai militanti.

I giudici europei hanno anche rimarcato l'irragionevolezza della misura adottata dalla polizia tedesca: a limitare il rischio di disordini sarebbe bastata la confisca delle bandiere rinvenute presso i manifestanti; l'azione pubblica non era certo necessaria ma, anzi, ha provocato un *vulnus* considerevole nell'esercizio del diritto di riunione da parte degli stessi ricorrenti, che sono stati impossibilitati a partecipare alle manifestazioni *no global* e al relativo dibattito pubblico, al di fuori dei casi previsti dall'art. 11 Cedu (sui diritti di associazione e riunione, e sulle loro possibili limitazioni).

La decisione in parola presenta spunti di notevole interesse per ciò che riguarda il procedi-

mento di prevenzione nostrano: benché a più riprese le Corti nazionali ne abbiano affermato la compatibilità con la Costituzione – in nome del principio dell'*in dubio pro re publica* e ammettendo, così, il sacrificio della libertà individuale del prevenuto con decisioni contro le quali il ricorso alla Suprema Corte è ammesso solo per violazione di legge (quindi, con riguardo alla parte motiva, per sola assenza della motivazione, ma non per la sua illogicità o contraddittorietà), stante l'art. 4, comma 11, l. 27.12.1956, n. 1423, *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità* –, è auspicabile la riconduzione dell'odierna disciplina in fatto di prevenzione a canoni maggiormente garantistici per chi ne sia coinvolto; opera di adeguamento, questa, che si spera possa essere compiuta – anche e forse soprattutto – dalla Corte edu.

\* \* \*

Con decisione del 6 dicembre 2011 (C. giust. UE, causa C-329/2011, *Achughbabian*) la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata in tema di soggiorno irregolare nel territorio degli Stati membri e di rimpatrio dello straniero, prendendo in esame, su rinvio pregiudiziale della Corte d'appello di Parigi, alcune norme della direttiva n. 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*.

La decisione ha posto a confronto la menzionata normativa europea con le disposizioni interne degli Stati che puniscono penalmente l'illegittima permanenza dello straniero sul territorio. Secondo la Corte, previsioni siffatte sono incompatibili con il diritto dell'Unione al sussistere di una duplice circostanza. Sotto un primo profilo le regole nazionali non possono prevedere la reclusione per lo straniero irregolare prima che le autorità statali abbiano adottato ogni misura necessaria per eseguire

il rimpatrio (cioè le misure prescritte dall'art. 8 della direttiva n. 2008/115/CE); per altro verso gli Stati non possono imporre il carcere come conseguenza del soggiorno clandestino allo straniero che sia stato trattenuto sul territorio dello Stato al solo fine di preparare e realizzare il suo allontanamento, quando la durata massima prevista per il trattenimento ancora non sia stata superata.

La Corte distingue tra *pena detentiva* e *misure coercitive funzionali al rimpatrio*. Obiettivo di queste ultime è favorire l'estromissione dello straniero irregolare dal territorio dello Stato (su questo, si veda anche C. giust. UE, 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*). È una finalità profondamente diversa da quelle che connotano, invece, la sanzione penale che, quindi, non può essere applicata al clandestino, durante la procedura di rimpatrio *per il solo fatto* della sua permanenza irregolare. Ne consegue che l'irrogazione di una pena per soggiorno illegale sarà compatibile con il diritto europeo laddove: *a*) la procedura di rimpatrio sia stata espletata senza, però, raggiungere la propria finalità primaria (cioè l'allontanamento dell'irregolare); *b*) manchi un giustificato motivo che impedisca il ritorno dello straniero in patria. Dai giudici europei giunge il monito di applicare la sanzione penale solo dopo avere tentato la procedura di rimpatrio, nella quale le uniche limitazioni alla libertà personale dello straniero sono quelle previste dalla direttiva n. 2008/115/CE e, quindi, funzionali alla partenza dell'interessato.

\* \* \*

Con decisione del 13 dicembre scorso (Corte e.d.u., *Ajdarić c. Croazia*, ric. n. 20883/09) la Corte e.d.u. si è pronunciata sull'obbligo di motivazione delle pronunce giurisdizionali.

Nel 2005 il ricorrente, N.A., veniva arrestato per furto d'auto; durante la detenzione, fu ricoverato all'ospedale di Zagabria e lì collocato in una stanza condivisa da altri sette prigionieri: di questi, M.G. era stato condannato per

triplice omicidio e S.S., ex poliziotto affetto da disturbi della personalità, per tentato omicidio. Proprio S.S., nel 2006, contattato il dipartimento di polizia di Bjelovar, riferì che, dalle conversazioni tra N.A. e M.G., da lui udite durante la comune degenza al nosocomio di Zagabria, emergevano elementi idonei a fare ritenere un coinvolgimento del primo negli omicidi commessi dal secondo. In base a ciò, il ricorrente è stato processato e condannato dalla Corte della Contea di Sisak (sentenza confermata dalla Corte Suprema croata).

I giudici di Strasburgo hanno rilevato un difetto di motivazione nella decisione dei colleghi croati: innanzitutto i tribunali nazionali hanno condannato N.A., pur dichiarando che non vi era alcuna prova del suo coinvolgimento negli omicidi se non le dichiarazioni di S.S.; quest'ultimo, poi, era affetto da disturbi psichiatrici che avrebbero dovuto indurre i giudici balcanici a non fare affidamento sulle sue dichiarazioni (considerazione che sarebbe stata confortata anche – a detta della Corte di Strasburgo – dall'assenza di ogni rigore logico nella testimonianza resa).

La Corte e.d.u. ha censurato la decisione dei giudici croati sulla scorta dell'art. 6, §1, Cedu, considerato che una condanna motivata in modo carente (o, come nel caso di specie, *non* motivata) comprime indebitamente il diritto dell'imputato a un equo processo. I giudici europei, poi, hanno chiesto all'autorità croata di riaprire il procedimento se entro sei mesi dalla data in cui la decisione diverrà definitiva, ne farà richiesta il ricorrente. In chiusura, la Corte ha affermato la violazione dell'art. 6, §§2 e 3, Cedu, essendo stati violati il principio di parità delle armi e la presunzione di non colpevolezza, con ovvio conseguente pregiudizio del ricorrente nell'esercizio delle proprie prerogative processuali.

\* \* \*

Con sentenza del 21 dicembre 2011 (C. giust. UE, causa C-507/2010) la Corte di giustizia

si è pronunciata sui diritti della vittima nel procedimento penale italiano, con riferimento agli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro del Consiglio n. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, *relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*.

Nel 2007 la ricorrente ha denunciato il *partner* per presunti abusi sessuali sulla loro figlia; quest'ultima veniva sottoposta a visite psichiatriche e pediatriche, a seguito delle quali il pubblico ministero chiedeva l'archiviazione del procedimento. Essendo proposta opposizione, il giudice per le indagini preliminari di Firenze ha fissato udienza in camera di consiglio e, lì, la minorenni ha chiesto di essere sentita come testimone in incidente probatorio, ai sensi dell'art. 398, comma 5ter, c.p.p.; il pubblico ministero ha prestato il proprio consenso (necessario, visto che per l'art. 394 c.p.p. l'offeso ha solo la possibilità di sollecitare l'inquirente a formulare richiesta di incidente probatorio, senza, peraltro, che questo sia da ciò vincolato) e la vittima ha avuto modo di confermare gli abusi sessuali subiti per mano del padre. Con sentenza del 27 maggio 2010 la Corte di Cassazione ha annullato il provvedimento di apertura dell'incidente probatorio; con domanda del 14 luglio 2010 il pubblico ministero ha richiesto nuovamente l'archiviazione del procedimento, e a tale ripetuta istanza la vittima si è opposta, sollecitando un nuovo incidente probatorio, ma il pubblico ministero, senza pronunciarsi sulla richiesta della vittima, ha persistito nel domandare l'archiviazione. Il giudice ha così sospeso il procedimento e investito la Corte di giustizia della questione sulla conformità degli artt. 392, comma 1bis, 394 e 398, comma 5ter, c.p.p. alla summenzionata decisione quadro sui diritti della vittima nel procedimento penale.

Le problematiche sottoposte alla Corte erano fondamentalmente due: da un lato, il giudice fiorentino si è domandato se l'impossibilità

per l'offeso di richiedere l'incidente probatorio direttamente al giudice – dovendo, invece, indirizzare la propria istanza al pubblico ministero – sia compatibile con le norme europee; d'altra parte si è considerata l'assenza di strumenti di impugnazione in mano alla vittima che subisca il diniego dell'inquirente circa l'apertura dell'incidente probatorio.

La Corte ha ritenuto che «una legislazione nazionale che [ ] prevede un regime processuale in forza del quale il pubblico ministero decide in merito all'accoglimento della domanda della vittima di ricorrere a una procedura come quella dell'incidente probatorio, non eccede il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nell'attuazione» degli obiettivi della decisione quadro n. 2001/220/GAI (C. giust. UE, causa C-507/2010, §36). I giudici hanno, poi, sottolineato che nel sistema nostrano il pubblico ministero è incaricato dell'azione penale, dal che è perfettamente logico che a lui spetti la decisione di acquisire una prova in un momento normalmente a ciò non deputato, quali sono le indagini preliminari, fase, invece, rivolta alla ricerca degli elementi necessari a decidere se esercitare o meno l'azione penale. Sempre per questa ragione, essendo cioè la formulazione dell'accusa riservata al pubblico ministero, non è possibile un controllo sulla sua decisione di negare alla vittima l'incidente probatorio; peraltro – ha rilevato la Corte – nessuna delle norme europee menzionate dal giudice fiorentino «garantisce] alla vittima di un reato il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo al fine di ottenerne la condanna» (C. giust. UE, causa C-507/2010, §43).

La Corte ha così affermato la compatibilità delle disposizioni impugnate (artt. 392, comma 1bis, 394 e 398, comma 5ter, c.p.p.) con quelle europee sulla posizione (e sui diritti) della vittima nel procedimento penale (*in primis* gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI).

# Corte costituzionale

DONATELLA CURTOTTI

La Corte costituzionale (sentenza del 16 dicembre 2011, n. 331) dichiara l'illegittimità dell'art. 12, comma 4-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), aggiunto dall'art. 1, comma 26, lettera f), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

In particolare, la norma censurata riguarda il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sottoposto ad uno speciale e più severo regime cautelare, omologo a quello prefigurato, in rapporto a un complesso di altre figure delittuose, dall'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, lettere a) e a-bis), del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38. Si tratta di un regime che fa perno su una duplice presunzione: relativa, quanto alla

sussistenza delle esigenze cautelari; assoluta, quanto alla scelta della misura, reputando il legislatore adeguata – ove la presunzione relativa non risulti vinta – unicamente la custodia cautelare in carcere.

In riferimento a tale regime, il giudice *a quo* denuncia la violazione dell'art. 3 Cost. posto che la norma inquisita sottopone irrazionalmente i delitti in questione al medesimo trattamento cautelare previsto per i delitti di mafia da cui si discosta strutturalmente "stante la possibilità che possano essere compiuti anche occasionalmente, con condotte individuali fortemente differenziate tra loro e al di fuori di una struttura criminale organizzata". Denuncia, altresì, la violazione dell'art. 13, comma 1, Cost., per aver introdotto una deroga al regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale senza una adeguata ragione giustificatrice; nonché la violazione dell'art. 27, comma 2, Cost., attribuendo alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena, in contrasto con la presunzione di non colpevolezza dell'imputato prima della condanna definitiva.

Si ricorda che la Corte costituzionale ha già dichiarato l'illegittimità, per analogo contrasto, dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-bis, comma 1, 609-bis e 609-quater c.p. e al delitto di omicidio volontario (art. 575 c.p.), è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi

dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure (rispettivamente sentenze nn. 265 del 2010 e 164 del 2011).

Accogliendo i rilievi esposti dalla Corte di cassazione, la Corte costituzionale ritiene che l'art. 275, comma 3, c.p.p., violi tutte le norme eccepite ed in particolar modo l'art. 3 Cost. per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti considerati a quelli concernenti i delitti di mafia. Infatti, il favoreggiamento di cui alla norma censurata – identificato in quello di chi, in violazione del testo unico sull'immigrazione, «promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente» – viene configurato come fattispecie distinta e più severamente punita di quella di cui al comma 1, per il concorso di elementi che accrescono, nella valutazione legislativa, il disvalore dell'illecito. «Tali elementi attengono, alternativamente, al numero degli stranieri agevolati (lettera a) o dei concorrenti nel reato (lettera d, prima parte); alle modalità del fatto (che espongono a pericolo la vita o l'incolumità del trasportato o lo sottopongono a trattamento inumano o degradante: lettere b e c); ai mezzi utilizzati (servizi internazionali di trasporto o documentazione alterata, contraffatta o comunque illegalmente ottenuta: lettera d, seconda parte); alla disponibilità, infine, di armi o materie esplosive da parte degli autori del fatto (lettera e).

Anche in ragione dell'alternatività delle ipotesi ora indicate, la figura delittuosa viene, peraltro, a ricomprendere fattispecie concrete marcatamente differenziate tra loro, sotto il profilo che qui rileva. Il delitto in discorso

costituisce, infatti, un reato a consumazione anticipata, che si perfeziona con il solo compimento di «atti diretti a procurare» l'ingresso illegale di stranieri «nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente». Il verbo «procurare» conferisce, altresì, alla fattispecie un'ampia latitudine applicativa, abbracciando qualunque apporto efficiente e causalmente orientato a produrre il risultato finale, ivi comprese – secondo una corrente lettura giurisprudenziale – talune attività immediatamente successive all'arrivo in Italia degli stranieri, che agevolino l'esito dell'operazione.

Dal paradigma legale tipico esula, in ogni caso, il necessario collegamento dell'agente con una struttura associativa permanente. Il reato può bene costituire frutto di iniziativa meramente individuale: la presenza di un numero di concorrenti pari o superiore a tre è, infatti – come accennato – solo una delle ipotesi alternativamente considerata dalla citata norma. D'altra parte, quando pure risulti ascrivibile a una pluralità di persone, il fatto può comunque mantenere un carattere puramente episodico od occasionale e basarsi su una organizzazione rudimentale di mezzi: evenienza, questa, che – stando a quanto si riferisce nell'ordinanza di rimessione – si sarebbe, del resto, verificata nel caso oggetto del giudizio *a quo*. Ciò, indipendentemente dal rilievo che, secondo quanto già chiarito da questa Corte in rapporto al delitto di associazione finalizzata al narcotraffico, neppure la natura associativa del reato basterebbe, di per sé sola, a legittimare la presunzione in parola, ove non accompagnata da una particolare «qualità» del vincolo fra gli associati, come nell'ipotesi dell'associazione mafiosa (sentenza n. 231 del 2011).

In sostanza, dunque, le fattispecie criminose cui la presunzione in esame è riferita possono assumere le più disparate connotazioni: dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condi-



zioni di bisogno dei migranti, senza farsi scrupolo di esporli a pericolo di vita; all'illecito commesso *una tantum* da singoli individui o gruppi di individui, che agiscono per le più varie motivazioni, anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati, essendo il fine di profitto previsto dalla legge mera circostanza aggravante (comma 3-bis, lettera b, dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998).

L'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili al paradigma punitivo astratto non consente, dunque, di enucleare una regola generale, ricollegabile ragionevolmente a tutte le «connotazioni criminologiche» del fenomeno, secondo la quale la custodia cautelare in carcere sarebbe l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari.

La presunzione assoluta censurata non può neppure rinvenire la sua base di legittimazione costituzionale nella gravità astratta del reato di favoreggiamento dell'immigrazione, né nell'esigenza di eliminare o ridurre le situazioni di allarme sociale correlate all'incremento del fenomeno della migrazione clandestina. Va, infatti, ribadito quanto già affermato al riguardo da questa Corte: e, cioè, che la gravità astratta del reato, considerata in rapporto alla misura della pena o alla natura dell'interesse protetto, è significativa ai fini della determinazione della sanzione, ma inidonea a fungere da elemento preclusivo alla verifica del grado delle esigenze cautelari e all'individuazione della misura concretamente idonea a farvi fronte; mentre il rimedio all'allarme sociale causato dal reato non può essere annoverato tra le finalità della custodia cautelare, costituendo una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme (sentenze nn. 231 e 164 del 2011, n. 265 del 2010)".

\* \* \*

La Corte costituzionale (sentenza del 12 gen-

naio 2012, n. 1) dichiara l'illegittimità dell'art. 102, comma 3, della legge 24 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale*), nella parte in cui, con riferimento al periodo successivo all'8 agosto 2009 (data di entrata in vigore della legge 15 luglio 2009, n. 94 in tema di *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, che ha provveduto ad aumentare da euro 38 a euro 250 il coefficiente di ragguglio fra le pene pecuniarie e le pene detentive) non prevede, agli effetti della conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato, il ragguglio da euro 38, o frazione di euro 38, a euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata.

A detta del giudice costituzionale, trattasi di un'incongruenza riscontrabile nei casi di cosiddetta "conversione di secondo grado". "Nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di dover applicare la pena pecuniaria in sostituzione di quella detentiva, la quantificazione della pena pecuniaria dovrà essere, infatti, operata sulla base del nuovo importo di ragguglio stabilito dall'art. 135 c.p. (costituente il parametro per la determinazione del «valore giornaliero» di sostituzione, a mente dell'art. 53, secondo comma, della legge n. 689 del 1981); di contro, ove il condannato risulti successivamente insolvibile, detta pena sostitutiva dovrà essere convertita in libertà controllata alla stregua dell'assai più basso coefficiente tuttora previsto dall'art. 102, terzo comma, della legge n. 689 del 1981. Ne consegue che, qualora il condannato violasse sin dal primo giorno le prescrizioni inerenti alla libertà controllata applicata in sede di conversione, egli si troverebbe a dover espiare, a norma dell'art. 108, primo comma, della legge n. 689 del 1981, un periodo di pena detentiva pari – anche nella migliore delle ipotesi (salvi i limiti massimi di durata delle sanzioni "da conversione") – a oltre sei volte il periodo di pena detentiva originariamente preso a base dal giudice nella sentenza di condanna. In altre parole, nelle ipotesi in cui si renda necessario convertire la

libertà controllata in pena detentiva per violazione delle prescrizioni, le conseguenze risultano diverse a seconda che tale sanzione sia stata applicata in sostituzione di pene detentive (nel qual caso la violazione determinerà il semplice ripristino della pena detentiva sosti-

tuita, ai sensi dell'art. 66 della legge n. 689 del 1981), ovvero in sede di conversione di pene pecuniarie per insolubilità del condannato, evenienza nella quale gli effetti risultano, sotto il profilo dianzi indicato, paradossalmente più afflittivi".

## Sezioni Unite

PAOLA MAGGIO

«La regola posta dall'art. 172 comma 3 c.p.p., secondo cui il termine stabilito a giorni, che scade in giorno festivo, è prorogato di diritto al giorno non festivo, riguarda anche il deposito della sentenza, con conseguenti effetti sull'inizio di decorrenza del termine successivo per impugnare, ex art. 585 comma 2 lett. c) c.p.p.; tale situazione non si verifica laddove ricorrano cause di sospensione quale quella prevista per il periodo feriale che, diversamente operando per i due termini, comportano una discontinuità in base al calendario comune tra il giorno in cui il primo termine scade e il giorno da cui deve invece calcolarsi l'inizio del secondo». Questo il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite (Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155), nell'ambito di un'articolata decisione che ha riservato fra l'altro grande risalto alla tematica dell' 'abuso del processo'.

Secondo i passaggi salienti a sostegno dell'enunciazione, il suddetto termine deve essere estensivamente riferito anche alle sentenze, in assenza di una precisa indicazione normativa che limiti la portata del disposto alle attività delle parti o ai soli termini perentori. In secondo luogo, la regola della proroga del termine che cade in giorno festivo al primo giorno immediatamente successivo non festivo risponde a un principio generale applicabile nei più diversi settori dell'ordinamento, come confermato dall'art. 155, comma quarto c.p.c., né si rinvencono ragioni extratestuali per giustificare la limitazione della sfera ap-

plicativa della norma in esame alla sola attività delle parti. Infine, la chiusura degli uffici di cancelleria nei giorni festivi comporterebbe anche per il giudice l'impossibilità materiale di fruire dell'ultimo giorno utile (Cass., sez. VI, 1 dicembre 1995, n. 4571; sez. IV, 17 ottobre 2007, n. 42736, a proposito del termine di dieci giorni per la decisione del tribunale del riesame).

Un criterio "composito" – costituito dal computo materiale dei giorni assegnati per il deposito e dall'applicazione della *regula iuris* che dispone la proroga di quello cadente in giorno festivo al successivo non festivo – consente l'individuazione del momento di inizio delle scansioni temporali per proporre impugnazione. Se il giorno finale del primo termine è festivo, esso è prorogato al primo giorno immediatamente successivo non festivo e da tale giorno non festivo decorre il secondo termine, di modo che la proroga di diritto del primo comporta lo spostamento dell'inizio della decorrenza del secondo.

Sotto l'aspetto sistematico tale criterio è parso alle sezioni unite come l'unico conforme alla finalità delle regole poste dall'art. 585 c.p.p. di evitare, mediante il sistema di prefissazione di termini per il deposito, un aggravio di costi e tempi per le notificazioni; obiettivo, questo, ragionevolmente perseguito soltanto se si assicura a tutte le parti il diritto di proporre impugnazione con effettività dei tempi previsti per l'esercizio di tale prerogativa. Così, se il ritardo anche di un solo giorno fa sorgere l'ob-

bligo di notifica, il deposito rituale nel giorno post-festivo successivo a quello astrattamente coincidente con lo scadere del termine non può determinare per la parte la perdita di un giorno utile rispetto al termine concretamente spettante. Soluzioni analoghe in materia si registrano pure sul fronte civilistico (Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2006, n. 13201).

Pur non direttamente riconducibile alla questione processuale delineata, ampia è la pagina che la decisione riserva all' 'abuso del processo', categoria di grande suggestione e recente interesse anche sul versante processuale penale (Catalano, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 24 ss.; Ead., *Verso le colonne d'Ercole dell'abuso del processo: strategie e ruolo del pubblico ministero*, Giur. merito, 2007, suppl. n. 12, *Abuso del diritto, del processo e nel processo*, 54; volendo, Maggio, *Processo (Abuso del)*, Dig.pen., agg. 2010, 633 ss.), progressivamente consolidatasi a livello applicativo (Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, Dir. pen. proc., 2008, 511).

Nella specie la condotta abusiva era consistita in un avvicendamento dei difensori, realizzati a chiusura del dibattimento secondo uno schema reiterato e non giustificato da alcuna reale esigenza di difesa. Questo comportamento strumentale, unitamente alla proposizione di una serie di eccezioni di nullità, e a una richiesta di ricusazione dichiarata inammissibile – ad avviso della Corte – avrebbe sortito l'effetto finale della declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione.

In altri termini, le svariate iniziative difensive «ciascuna in astratto di per sé espressione di una facoltà legittima, ma in concreto del tutto prive di fondamento e di scopo conforme alle ragioni per cui dette facoltà sono riconosciute», si sono tradotte in abusi concreti dei singoli rimedi processuali.

Secondo la prospettiva 'funzionalista', l'abuso delle deviazioni dagli scopi e dalle funzioni proprie del processo, deve ricondursi «nel paradigma dell'utilizzazione per finalità og-

gettivamente non già solo diverse, ma collidenti ("pregiudizievoli") rispetto all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto». Ciò esclude la possibilità di tutelare giuridicamente il diritto di agire o reagire in giudizio, proteso a ottenere vantaggi contrari al fine per cui il diritto stesso è riconosciuto, come confermato anche da analoghe affermazioni giurisprudenziali in sede civile (Cass., sez. un. civ., 15 novembre 2007, n. 23726, a proposito dell' «esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi»).

Com'è evidente, la prospettiva sfrutta il risalto che la tutela processuale dagli abusi ha ottenuto in sede europea, ove più volte, in conformità all'articolo 35, § 3 (a) della Cedu, e dell'interpretazione fornitane dalla Corte di Strasburgo, si è ritenuto 'abusivo' (e dunque irricevibile) il ricorso quando la condotta ovvero l'obiettivo del ricorrente sono manifestamente contrari alla finalità per la quale il diritto di ricorrere è riconosciuto (Corte e.d.u., 15 settembre 2009, Mirolubovs e altri c. Lettonia, §§ 62 e 65; recentemente Corte e.d.u., 18 ottobre 2011, Petrović c. Serbia, § 11 ss). Ancor più significativa l'elaborazione della casistica degli abusi processuali ad opera della Corte di Giustizia che ha utilizzato la nozione per negare il riconoscimento di diritti in conflitto con gli scopi propri dell'ordinamento dell'Unione europea (C. giust. CE, 21 febbraio 2008, causa C-425/06 Min. economia e fin. c. Soc. Part Service; 20 settembre 2007, causa C-16/05, Tum e Dari, punto 64; 5 luglio 2007, causa C- 321/05 Kofoed; 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax ).

In questo contesto l'abuso del processo – come efficacemente affermato in merito all'esercizio di diritti potestativi – consiste in una «frode alla funzione» e l'imputato, che ha abusato dei diritti o delle facoltà che l'ordinamento processuale astrattamente gli riconosce, non

ha titolo per invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti.

Dall'impostazione prescelta la Corte fa derivare una serie di conseguenze interpretative in ordine alla disciplina dei termini a difesa e alle conseguenze sanzionatorie che scaturiscono dalla violazione dei suddetti termini. L'art. 108 c.p.p. prevede infatti la concessione di un congruo termine a difesa, con riferimento alle situazioni di difensore nominato d'ufficio o di fiducia in sostituzione del precedente nei casi di «rinuncia, revoca o incompatibilità» e, in base alla prevalente elaborazione giurisprudenziale, la violazione del disposto implica il sorgere di una nullità a regime intermedio *ex art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p.*, in quanto incide sull'assistenza dell'imputato (Cass., sez. I, 25 febbraio 2010, n. 11030).

Secondo le sezioni unite, la sanzione invalidante risulta integrata soltanto qualora il diniego di termini a difesa o la concessione di termini a difesa ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108, comma 1, c.p.p., produca una lesione o menomazione, in assoluto, all'esercizio effettivo del diritto alla difesa tecnica.

La disposizione che disciplina l'istituto del termine a difesa (C. cost., ord. 20 gennaio 2006, n. 16; successivamente, C. cost., ord. 29 ottobre 2009, n. 281) presuppone, ma non regola la revoca o la rinuncia del difensore precedentemente nominato – di modo che, in assenza di altra norma che espressamente disciplini tali facoltà, essa si presta pure a illegittimi utilizzi. «L'uso arbitrario trasmoda in patologia processuale, ovvero in 'abuso', quando l'arbitrarietà degrada a mero strumento di paralisi o di ritardo e il solo scopo è la difesa 'dal processo', non 'nel processo': in contrasto e a pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento e di ciascuna delle parti a un giudizio 'equo' celebrato in tempi ragionevoli».

La deviazione funzionale dell'uso della prerogativa difensiva esplica effetti diretti sulla invalidità processuale, infatti: «né il rigetto del-

la richiesta finale di termini a difesa né i rinvii per un numero di giorni inferiori rispetto a quelli indicati dall'art. 108 c.p.p. hanno prodotto alcuna nullità, non avendo determinato una reale lesione del diritto di difesa dell'imputato o di altri sui diritti fondamentali».

\* \* \*

Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n. 491, ha risolto il quesito in ordine alla determinazione della forma – incidente d'esecuzione in sede penale o opposizione all'esecuzione in sede civile – con cui debba essere proposta la domanda del condannato volta all'accertamento dell'inesistenza della obbligazione di pagamento di determinate parti delle spese processuali, chiarendo anche le conseguenze di eventuali errori commessi in proposito dall'interessato.

In particolare, la giurisprudenza si interroga sull'eventuale difetto di giurisdizione o di competenza del giudice penale, adito con le forme dell'incidente di esecuzione, in ordine alla domanda del condannato di accertamento dell'inesistenza dell'obbligazione di pagamento di determinate partite delle spese processuali (cfr. Cass., sez. I, 21 ottobre 2010, n. 43696; Cass., sez. I, 7 aprile 2011, n. 30589).

Muovendo dalla differenza ontologica dei due momenti della statuizione penale sulle spese e della successiva quantificazione delle stesse, le sezioni unite hanno ribadito come il primo riguardi l'emissione e la portata della condanna alle spese, il secondo, l'operazione contabilmente determinativa del *quantum*. Sul quesito, invece, non incide la natura giuridica della statuizione della condanna alle spese di sanzione economica accessoria alla pena, infatti essa non può esercitare riflessi sul momento attuativo del *quantum*. Pertanto, la domanda del condannato che, senza mettere in discussione la sussistenza e la portata della statuizione in sé del pagamento delle spese del procedimento penale, contesti la corret-

tezza della loro quantificazione quale operata dall'ufficio addetto a tale compito, sotto il profilo sia del calcolo del concreto ammontare delle voci di spesa, sia della pertinenza ai reati, va proposta al giudice civile nelle forme dell'opposizione, *ex art.* 615 c.p.c.

Il giudice penale, erroneamente investito nelle forme dell'incidente di esecuzione della domanda del condannato di accertamento dell'inesistenza dell'obbligazione di pagamento di determinate partite delle spese processuali, deve dichiarare solo il non luogo a provvedere sull'istanza (e non il proprio difetto di giurisdizione), senza che tale declaratoria possa costituire in sé preclusione alla riproposizione della stessa nel rispetto dei presupposti procedurali necessari al giudice civile competente in materia di opposizione all'esecuzione forzata.

Nella stessa decisione le sezioni unite hanno precisato che anche la questione relativa alla persistenza, a seguito dell'abrogazione dell'art. 535, comma 2, c.p.p., recata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*», del vincolo di solidarietà della condanna alle spese del procedimento penale, in tal senso già emessa, rientra nelle attribuzioni del giudice dell'esecuzione penale.

La suddetta esclusione del vincolo di solidarietà, inoltre, non ha effetto sulle statuizioni di condanna alle spese emesse anteriormente in tal senso a passate in giudicato, e ciò non per la natura processuale della disposizione abrogatrice, cui va invece riconosciuto carattere di norma sostanziale, bensì in forza della preclusione di cui all'ultimo inciso del comma quarto dell'art. 2 c.p. in tema di successione di leggi penali.

\* \* \*

D'interesse è l'enunciazione delle Sezioni Unite civili (Cass., sez. un., 15 novembre 2011, n.

16203) in ordine all'area dei profili disciplinari relativi alle condotte dei difensori.

La controversia verteva sul comportamento di un professionista che, contravvenendo al dovere di lealtà e correttezza, aveva indotto in errore l'avvocato di controparte, pregiudicando gravemente le prerogative di assistenza tecnica del collega.

Nell'impostazione del ricorrente, il bilanciamento fra "diritto di difesa" e "dovere di colleganza" vedeva prevalere il primo sul secondo, in assenza nella disciplina del processo civile di un obbligo di completezza nelle allegazioni o comunque di un principio che impone di avvantaggiare la controparte. Come a dire: «ciò che è processualmente lecito, non può essere ontologicamente scorretto».

La Cassazione, nel respingere tale tipo di approccio, propone invece un'interpretazione a struttura "aperta" delle previsioni del codice deontologico forense che possono essere integrate da «precetti normativi "esterni", riportarsi a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività o a clausole generali che richiamano il dovere di astensione da comportamenti lesivi del decoro e della dignità professionale, o ancora a diverse norme deontologiche, e a condotte atipiche non previste dalle norme deontologiche».

Così inquadrata, la volontà di indurre il collega in errore con l'omissione di una circostanza decisiva per la controversia, realizza un comportamento strumentale per inibire la realizzazione del diritto altrui, fa assumere all'avvocato di controparte il ruolo di uno strumento inconsapevole della realizzazione del disegno dilatorio, e integra quindi un comportamento che viola gli obblighi di correttezza e lealtà, riconducibili nell'ambito dell'art. 38, primo comma, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, conv. in l. 22 gennaio 1934, n. 36 «*Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore*», e degli artt. 6 e 22 del Codice deontologico forense.

Si tratta di una tendenza estensiva della definizione dell'illecito disciplinare che trova

conferma in altre decisioni delle sezioni unite (con diversità d'accenti, Cass., sez. un. civ., 13 giugno 2011, n. 12903; sez. un., 7 luglio 2009, n.15852) e milita a favore di un rafforzamento complessivo del quadro di responsabilizzazione degli attori processuali. Nel momento attuale, l'ampia sottolineatura degli 'abusi processuali' (v. *supra* Cass., sez. un., 29 set-

tembre 2011, n. 155) e gli incisivi controlli, ad opera degli organi forensi con riguardo agli illeciti difensivi, sembrano in effetti accompagnarsi a una maggiore incisività dell'azione disciplinare tradizionalmente demandata al C.S.M. (cfr., a esempio, Cass., sez. un. civ., 13 settembre 2011, n. 18696, in tema di deposito tardivo della sentenza).

# L'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, quando riguarda fatti di lieve entità, è esclusa dal catalogo dei reati enunciato dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.

---

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 settembre 2011, n. 34475 – Pres. Lupo; Rel. Siotto**

*L'associazione finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità di traffico illecito di sostanze stupefacenti ex art. 74, comma 6, d.p.r. n.309 del 1990 è ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata del reato di cui al comma primo e non è soggetta al regime, derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria, e da interpretarsi restrittivamente, di presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere, ex art. 275, comma 3, c.p.p.*

---

[omissis]

1. Con ordinanza del 18 ottobre 2010, depositata il 21 ottobre 2010, il Tribunale di Messina ha respinto l'appello interposto ex art. 310 c.p.p. da V.G. nei confronti dell'ordinanza emessa in data 21 giugno 2010 dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Messina, con la quale era stata disattesa la richiesta dell'imputato volta ad ottenere la revoca o la sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere adottata nei suoi confronti in relazione al reato di cui all'art.74, d.p.r 9 ottobre 1990, n. 309.

Il Tribunale, condividendo quanto già argomentato dal g.i.p. - secondo il quale per il delitto di cui all' art. 74, comma 6, d.p.r n. 309 del 1990 (ipotesi criminosa nella specie ritenuta all'esito del giudizio abbreviato) era applicabile la presunzione di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. - ha osservato che tale disposizione processuale, nel richiamare integralmente, per il tramite dell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., il disposto del citato art. 74, non aveva introdotto alcuna esclusione relativamente all'ipotesi connotata da minore disvalore penale; né - ad avviso del Tribunale - poteva condurre a diverse conclusioni il fatto che la disciplina dell'associazione costituita per commettere fatti di lieve entità in materia di sostanze stupefacenti fosse stata ope-



rata attraverso il rinvio all'art. 416, commi 1 e 2, c.p. (ovvero ad una fattispecie non compresa tra quelle indicate dall'art. 275, comma 3, c.p.p.), posto che doveva ritenersi comunque insuperabile il dato normativo dell'integrale richiamo alle fattispecie di cui all'art. 74, d.p.r. n. 309 del 1990.

2. Per l'annullamento di tale ordinanza il difensore dell'imputato ha proposto ricorso censurando, con un unico motivo, la violazione dell'art. 275, comma 3, c.p.p., e art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990.

Il ricorrente ha in particolare lamentato il fatto che, pur a fronte della ritenuta natura autonoma del reato previsto dall'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, ossia del reato di associazione finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità concernenti le sostanze stupefacenti, il Tribunale avesse tuttavia ritenuta operativa la presunzione di pericolosità posta dall'art. 275, comma 3, c.p.p., in quanto indifferentemente comprensivo, per il tramite del richiamo integrale - attraverso il riferimento all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. - all'art. 74, di tutte le ipotesi criminose ivi contemplate. Di contro - ad avviso del ricorrente - proprio la natura autonoma del reato (in tal modo valutato come semplice ipotesi di associazione per delinquere comune), più volte affermata dalla Corte di legittimità (in particolare Cass., sez. V, 5 marzo 2009, n. 11938 e Cass., Sez. VI, 20 settembre 2007, n. 42639), avrebbe dovuto condurre all'applicazione del regime giuridico previsto per l'art. 416 c.p. e, quindi, ad affermare la non operatività della presunzione *ex art. 275, comma 3, c.p.p.*

3. Con ordinanza del 30 marzo 2011, depositata il 27 aprile 2011, la Prima Sezione penale di questa Corte, investita del ricorso, rilevato che in ordine alla ricomprensione o meno del delitto di cui all'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, tra i delitti *ex art. 74* nei casi in cui quest'ultima disposizione è richiamata con riferimento ai delitti ai quali deve essere riservato un particolare regime (segnatamente, oltre che dall'art. 275, comma 3, c.p.p.; dall'art. 4-bis ord. penit. in materia di benefici penitenziari; dall'art. 444, comma 1-bis, c.p.p., in materia di applicazione della pena su richiesta; dall'art. 1, comma 3, lett. a), l. n. 207 del 2003, in materia di sospensione condizionata dell'esecuzione della pena; dall'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. (in materia di esecuzione delle pene detentive) andava registrato un contrasto giurisprudenziale, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite stante l'incidenza di tale questione sulla definizione del ricorso.

3.1. La Sezione rimettente ha, infatti, rilevato che alcuni arresti giurisprudenziali si erano espressi per l'esclusione del delitto di cui all'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, dal richiamo genericamente operato (come nel caso di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., ai delitti di cui all'art. 74. E ciò, in particolare, con riguardo alla esclusione dai benefici operata dall'art. 4-bis ord. penit., essendosi ritenuto che, per effetto del richiamo all'art. 416 c.p., il reato *ex art. 74, comma 6*, dovesse seguire il regime giuridico previsto per tale tipo di reato (Cass., sez. V, 16 marzo 2000, n. 1483, CED Cass., 216045); con riguardo all'applicabilità del cosiddetto "indultino" art. 1, comma 3, lett. a), l. n. 207 del 2000, essendosi in esso fatto rientrare il delitto *ex art. 74, comma 6*, in quanto seguente il regime di cui all'art. 416 c.p. (Cass., sez. I, 6 luglio 2006, n. 26310 CED Cass., 235018); con riguardo infine al patteggiamento allargato, essendosi ritenuto definibile con tale rito il reato di associazione di lieve entità perché non annoverabile tra quelli di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. esclusi dalla definizione pattizia (Cass., sez. VI, 20 settembre 2007, n. 42639, CED Cass., 237966 e Cass., sez. VI, 5 marzo 2009, n. 11938, CED Cass., 243079).

3.2. A tale indirizzo, tuttavia, se ne era contrapposto un altro che aveva ritenuto che il delitto di associazione finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità previsto dall'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, dovesse seguire il regime degli altri delitti associativi previsti nel medesimo art. 74, in particolare essendosi ciò affermato con riguardo alla esclusione, prevista ap-

punto anche per i reati di cui a tale articolo, dalla sospensione dell'esecuzione della pena *ex art. 656, comma 9, c.p.p.* (in tal senso: Cass., sez. I, 19 febbraio 2002, n. 10050, CED Cass., 221497 e Cass., sez. I, 3 giugno 2009, n. 2521, CED Cass., 243824, anche con riguardo al più esteso ambito di applicabilità soggettiva dell'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, comprendente anche le figure del finanziatore e dirigente dell'associazione, rispetto all'art. 416 c.p.).

[omissis]

1. La questione demandata al giudizio delle Sezioni Unite consiste nello stabilire «*se la presunzione di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia carceraria, prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p., operi, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza ed esigenze di cautela, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità*».

2. Su tale specifica questione non risultano precedenti decisioni, né in senso affermativo né in senso negativo, della Corte di cassazione; in relazione ad essa, peraltro, assumono significatività i termini del contrasto insorto in altri ambiti (ed al quale si è sopra accennato), concernenti soprattutto la valenza dei richiami operati da alcune norme al fine di escludere l'applicabilità di taluni istituti ad alcune fattispecie criminose.

Infatti, ai fini della risoluzione della questione e, corrispondentemente, della decisione del ricorso, articolato sull'unico motivo rappresentato dalla pretesa inapplicabilità alla fattispecie delittuosa dell'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, della presunzione di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., deve necessariamente chiarirsi se il generico rinvio, sostanzialmente operato (sia pure per il tramite dell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.) da tale ultima disposizione processuale ai «delitti previsti dal testo unico approvato con l'art. 74, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309», debba essere ritenuto comprensivo o meno anche della fattispecie di lieve entità contemplata dal comma 6 del citato articolo, al proposito assumendo rilevanza l'orientamento che la Corte di legittimità ha assunto in relazione ad alcune fattispecie che, analogamente all'art. 275, comma 3, c.p.p., operano, appunto, un rinvio, diretto od indiretto, all'art. 74 nella sua genericità.

2.1. Secondo un primo orientamento infatti, con riguardo al divieto di applicazione dei benefici penitenziari in genere e della sospensione dell'esecuzione della pena *ex art. 1, comma 3, lett. a), L. n. 207 del 2003*, ovvero della sospensione della esecuzione delle pene detentive *ex art. 656, comma 9, c.p.p.*, previsto per i reati indicati dall'art. 4 *bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354, nonché con riguardo al divieto del "patteggiamento allargato" previsto dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e *quater*, c.p.p., si è ritenuto che il rinvio all'art. 74, d.p.r., n. 309 del 1990 non riguardasse anche l'ipotesi associativa di cui al comma 6 del detto articolo.

E ciò: perché trattasi di una configurazione autonoma di reato rispetto alle ipotesi associative più gravi previste dai commi 1 e 2 del medesimo articolo, presentando essa un carattere specializzante autonomo ed originale rispetto a tali più gravi associazioni, non essendosi prevista una mera riduzione di pena, essendosi operato un generale richiamo all'art. 416 c.p. che, per le caratteristiche del rinvio, non può essere considerato solo *quoad poenam*; perché il legislatore, tenuto conto del minore allarme sociale suscitato dalla condotta incriminata e della minore pericolosità degli autori dei fatti previsti dall'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990, ha voluto riqualificare l'associazione dedita allo spaccio per tali fatti di lieve entità come una semplice ipotesi di associazione per delinquere *ex art. 416 c. p.*; perché la esclusione dai benefici operata dall'art. 4 *bis* ord. penit. nonché la esclusione dall'applicazione del rito speciale di cui all'art. 444 c.p.p. operata dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. riguardano tutte le ipotesi previste dall'art. 74,

d.p.r. n. 309 del 1990 ma non anche quella di cui al comma 6 del detto articolo che, per effetto del richiamo operato all'art. 416, commi 1 e 2, c.p.p., segue il regime giuridico previsto per tale tipo di reato in relazione al quale non sono contemplate analoghe esclusioni (cfr. Cass., sez. V, 16 marzo 2000, n. 1483, CED Cass., 216045; Cass., sez. I, 6 luglio 2006, n. 26310, CED Cass., 235018; Cass., sez. VI, 20 settembre 2007, n. 42639, CED Cass., 237966; Cass., sez. VI, 5 marzo 2009, n. 11938, CED Cass., 243079).

2.2. Secondo un secondo orientamento, con riguardo al divieto di sospensione di esecuzione della pena *ex art. 656, comma 9, c.p.p.*, si è di contro ritenuto, così pervenendo a conclusioni completamente difformi, che il rinvio di cui si discute (quale operato tramite il citato art. 4-bis ord. penit., ma le considerazioni espresse valgono sostanzialmente anche con riguardo al rinvio operato tramite l'art. 51, comma 3-bis, c.p.p.) imponga di estendere il divieto di sospensione della esecuzione della pena anche quando trattasi della associazione costituita al fine di commettere fatti di lieve entità contemplata dall'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990.

E ciò: perché la lettera dell'art. 4-bis ord. penit., nell'elencare i reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari in considerazione della peculiare pericolosità sociale del condannato, annovera anche i delitti di cui all'art. 74, d.p.r. n. 309 del 1990 nella sua interezza senza operare alcuna distinzione tra ipotesi aggravate o attenuate di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti; perché, in ragione della diversità dell'oggetto di tutela dei reati previsti dall'art. 416 c.p. e dall'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, (il primo tutelando l'ordine pubblico ed il secondo la salute individuale e collettiva contro l'aggressione della droga e la sua diffusione) e della natura specializzante dei reati-fine programmati dal secondo tipo di associazione, si è costantemente ritenuto configurabile il concorso formale delle autonome norme incriminatrici quando il programma criminoso della pur unica associazione comprenda, oltre ai fatti relativi al traffico della droga, altri delitti comuni; perché lo spettro delle figure soggettive di cui all'art. 74, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990, è più ampio di quelle delineate nell'art. 416, comma 1, c. p; perché, conseguentemente, la pretesa omologazione del regime giuridico comporterebbe l'irragionevole esclusione dalla specifica previsione attenuata di cui all'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, delle condotte di direzione e di finanziamento non previste dall'art. 416, comma 1, c.p.; perché, in conclusione, appare più coerente con la formulazione letterale delle disposizioni in esame e con la *ratio legis* delle disposte esclusioni ritenere che il radicale giudizio di pericolosità sociale nei confronti del condannato per taluno dei delitti associativi finalizzati all'illecito traffico di sostanze stupefacenti permanga pur quando la condotta criminosa sia diretta alla commissione di fatti di lieve entità (Cass., sez. I, 3 giugno 2009, n. 25213, CED Cass., 243824; Cass., sez. I, 19 febbraio 2002, n. 10050, CED Cass., 221497).

3. Ebbene, pur tenute presenti tutte le ragioni sottese alle diverse decisioni, deve - in relazione alla specifica questione qui sottoposta - pervenirsi alla conclusione che il richiamo all'art. 74, d.p.r. n. 309 del 1990 operato per il tramite dell'art. 51, comma 3-bis, dall'art. 275, comma 3, c.p.p. (laddove, in presenza di esigenze cautelari, si impone per talune fattispecie criminose l'applicazione della sola custodia cautelare in carcere) non sia comprensivo della fattispecie contemplata dal citato art. 74, comma 6.

Secondo un orientamento consolidato - e qui condiviso - detta fattispecie costituisce ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata (sia pure con determinazione autonoma della pena) del reato di cui all'art. 74, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990. Il disposto rinvio ai commi primo e secondo dell'art. 416 c.p. - nei termini usati dal legislatore - riconduce infatti l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità in materia di droga all'asso-

ciazione per delinquere comune di cui all'art. 416 c.p., ciò imponendolo la chiara dizione della norma («si applicano il primo ed il secondo comma dell'art. 416 del codice penale»), espressione di un rinvio *quoad factum* e non di un mero rinvio *quoad poenam* (atteso che in tale caso sarebbe stata utilizzata la diversa dizione «si applicano le pene previste da commi primo e secondo dell'art. 416 c.p.») ed indicativa della volontà del legislatore di riservare all'ipotesi criminosa in questione, in ragione del minor allarme sociale suscitato dai fatti e della minore pericolosità degli autori degli stessi, un regime diverso da quello previsto per l'ipotesi criminosa contemplata dall'art.74, comma1, d.p.r., n. 309 del 1990. Peraltro, come già sottolineato da talune pronunce delle sezioni semplici di questa Corte, ove si fosse inteso regolare, al citato art. 74, comma 6, una ipotesi circostanziata attenuata, il legislatore avrebbe previsto una semplice riduzione di pena rispetto alle ipotesi associative più gravi previste dai commi precedenti, senza operare quel generale richiamo - nei termini di cui si è detto - all'art. 416 c.p.

L'applicazione all'ipotesi criminosa di cui all' art. 74, comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990, del regime giuridico previsto per il delitto di cui all'art. 416 c.p. impone dunque di ritenere il generico rinvio all'art. 74 cit. come non comprensivo della fattispecie criminosa di lieve entità, non contemplando le norme richiamate al fine di escludere l'applicazione di benefici ed istituti ovvero di regolare determinati istituti i delitti per i quali è riservato il regime giuridico previsto per il delitto di cui all'art. 416 c.p..

Né può sostenersi che, anche a voler convenire sulla natura autonoma del reato di cui all'art. 74 cit., comma 6 e sulla applicabilità allo stesso del regime giuridico proprio dell'associazione per delinquere comune, il richiamo senza limitazioni di sorta all'art. 74, d.p.r., n. 309 del 1990 non consentirebbe, comunque, di escludere dal rinvio la fattispecie criminosa in questione. Una tesi siffatta non tiene conto della irragionevolezza di una scelta legislativa - e quindi della poca persuasività di una tale interpretazione - che, dopo aver assimilato tale fattispecie criminosa all'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., riservi ad essa nelle materie qui considerate, nonostante il ritenuto minore disvalore della condotta criminosa contemplata all'art.74, comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990 (sia rispetto alle ipotesi di cui ai commi precedenti del detto articolo sia rispetto a molte delle condotte riconducibili nell'ambito dell'art. 416 c.p.) un trattamento differenziato e maggiormente afflittivo di quello previsto per l'associazione per delinquere comune. E poiché è obbligo dell'interprete, tra le possibili interpretazioni della norma, privilegiare quella che non presenti profili di irragionevolezza e non confligga con i principi costituzionali, deve convenirsi sulla correttezza di quell'orientamento giurisprudenziale per primo illustrato nell'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite e qui condiviso.

4. Inoltre - e ciò vale ad ulteriormente consolidare la correttezza dell'interpretazione sopra esposta con riguardo alla specifica questione demandata - deve tenersi presente la ratio della disposizione di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. volta ad introdurre un più severo regime custodiale tramite la presunzione - relativa - di sussistenza delle esigenze cautelari e la presunzione - assoluta - di esclusiva adeguatezza della misura della custodia in carcere per determinati reati.

La natura derogatoria della disposizione rispetto al regime ordinario (caratterizzato dalla previsione di una pluralità di misure incidenti in maniera differenziata e graduale sulla libertà personale e di criteri idonei a consentire una scelta del trattamento cautelare adeguata alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti) nonché i principi costituzionali di riferimento (eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, inviolabilità della libertà personale, presunzione di non colpevolezza, riserva di legge e giurisdizione in materia, ex artt. 3, 13 e 27 Cost.) impongono invero di adottare in ordine all'ambito del generico rinvio all'art.74, d.p.r., n. 309 del 1990,

operato tramite il richiamo dell'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., dall'art. 275, comma 3, c.p.p., un criterio di interpretazione restrittiva - e costituzionalmente orientato - anche in relazione all'individuazione dei singoli reati in esso compresi.

E ciò tanto più se si tiene doverosamente conto: della *ratio* della richiamata norma di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., volta ad introdurre una deroga all'ordinaria regola di attribuzione delle funzioni di pubblico ministero per determinati procedimenti, rispondente a ragioni di opportunità organizzative, senza alcun riferimento alla problematica delle esigenze cautelari e senza alcun intendimento di omologazione a tali fini dei reati per i quali la deroga è stabilita; di quanto affermato in recenti pronunzie della Corte costituzionale, laddove si è ricordato che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie ed irrazionali e se sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione (C. cost., nn. 139 e 265 del 2010; C.cost., nn. 164 e 231 del 2011, l'ultima intervenuta successivamente alla pronuncia della presente sentenza e nel corso della stesura della motivazione).

5. Alla stregua delle considerazioni sopra esposte deve dunque affermarsi che *«la presunzione di adeguatezza della misura della custodia carceraria prevista dall'art. 275 comma 3, c.p.p. non opera, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità»*.

[omissis]

DONATELLO CIMADOMO

*Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Salerno*

## A metà del guado: alcune considerazioni in tema di presunzione di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere e di rimedi in fase esecutiva

### *Work in progress: some considerations on the presumption of adequacy of imprisonment as precautionary measure and on remedies in the enforcement phase*

(Peer reviewers: Prof. Piermaria Corso; Prof. Giulio Garuti)

---

L'omessa sospensione del decreto di esecuzione della pena detentiva in relazione al delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità, legittima il condannato ad invocare l'intervento del giudice dell'esecuzione per la declaratoria di inefficacia del provvedimento del pubblico ministero e la rimessione nel termine di trenta giorni per chiedere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione, non essendo il reato in questione tra quelli ai quali si estende il divieto di applicazione dei benefici penitenziari, in genere, e della sospensione della esecuzione delle pene detentive, in particolare, previsto ex art. 656, comma 9, c.p.p. per i reati indicati nell'art. 4-bis l., n. 354 del 1975.

*The crime of conspiracy direct to minor supply of drug does not prevent the suspension of the imprison-*

*ment order as well as granting penitentiary benefits: the imprisonment order can be declared temporarily ineffective by the Judge of the enforcement phase.*

### **Adeguatezza cautelare ed associazione finalizzata al traffico di stupefacenti di lieve entità**

Il principio di diritto affermato con la sentenza in commento («la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p. non opera, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità») rischia di essere considerato "nato morto" se si guarda alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3, secondo periodo, c.p.p. nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 74, d.p.r., n. 309 del 1990, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure<sup>1</sup>. Le Sezioni Unite, infatti, hanno rilevato che il richiamo all'art. 74, d.p.r., n. 309 del 1990 operato, per il tramite dell'art. 51, comma 3-bis c.p.p., dall'art. 275, comma 3, c.p.p. non sia comprensivo della fattispecie contemplata dal comma 6 del citato art. 74; su tale specifica questione, non risultano – rileva il Giudice di legittimità – precedenti decisioni, né in senso affermativo né in senso negativo, della Corte di cassazione<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> C. cost., sent. 19-22 luglio 2011, n. 231, *Cass. pen.*, 2011, 4251.

<sup>2</sup> Si registra, invece, un significativo precedente di merito in trib. Potenza, ordinanza 17 dicembre 2009,

È su tale ultimo aspetto che occorre soffermarsi. Com'è noto, il Giudice delle leggi, nel solco delle altre settoriali pronunce<sup>3</sup>, censurando la presunzione assoluta di adeguatezza della misura custodia in carcere per il delitto di cui all'art. 74, d.p.r., n.309 del 1990 (quello, appunto, dell'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope), ha fatto ricorso al principio di eguaglianza per sottolineare il carattere arbitrario

est. Salvatore, inedita, che ha offerto una lettura costituzionalmente orientata delle norme, processuali (artt. 51 comma 3-bis e 275 c.p.p.) e sostanziali (artt. 74, comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990 e 416 c.p., con riguardo, in particolare, ai limiti edittali di pena), sì da adottare la conclusione della ammissibilità del regime cautelare degli arresti domiciliari e, dunque, della necessità di non comprendere la fattispecie attenuata della associazione per delinquere destinata alla cessione di stupefacenti nel "catalogo" dei delitti per i quali vale[va] il più gravoso regime cautelare differenziato.

<sup>3</sup> Si tratta di C. cost., sent. 20 aprile -12 maggio 2011, n. 164, con la quale è stata dichiarata la illegittimità della medesima norma sottoposta a scrutinio nella parte in cui configura una presunzione assoluta, anziché soltanto relativa, di adeguatezza della sola custodia in carcere a soddisfare le esigenze cautelari nei confronti della persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza per il delitto di omicidio volontario (art. 575 c.p.) (*Dir. pen. proc.*, 2011, 1215, con nota di Balducci, 1218, nonché *Cass. pen.*, 2011, 3330, con nota di Longo, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*, 3335); pronuncia preceduta da *Cass.*, sez. I, 22 marzo 2011, n. 13619, *Dir. pen. proc.*, 2011, 689); C. cost., sent. 17-21 luglio 2010, n. 265, con la quale è stata dichiarata, ancora, la illegittimità costituzionale nella parte in cui assoggetta a detta presunzione assoluta anche taluni delitti a sfondo sessuale (artt. 600-bis co. 1, 609-bis e 609-quater c.p.) (*Dir. pen. proc.*, 2010, 949, con nota di Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*). Merita di essere segnalata, in relazione a tale ultima categoria di reati, *Cass.*, sez. III, 28 dicembre 2009, n. 49609, con la quale era stata, invece, ritenuta ragionevole la presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis* e di adeguatezza della custodia carceraria in considerazione della pericolosità dell'agente (*Dir. pen. proc.*, 2010, 292).

della scelta legislativa che determini una irrazionale limitazione della libertà personale<sup>4</sup>.

Da un primo, sommario confronto tra *dictum* della Consulta e principio di diritto delle Sezioni Unite sembrerebbe doversi inferire il rinvio, doveroso quanto scontato, al sistema dei cerchi concentrici: non vi sarebbe motivo di operare distinzioni tra diverse fattispecie delittuose, menzionate dalla medesima disposizione di legge (l'art. 74 d.p.r., n. 309 del 1990), quando la Corte costituzionale ha escluso l'in-

tera norma dal novero dei reati per i quali è legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.

Sebbene, però, l'interpretazione del Giudice di legittimità sia intervenuta quando la presunzione di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. aveva già subito un ulteriore ridimensionamento ad opera della Corte costituzionale, la motivazione stesa dalle Sezioni Unite merita di essere letta con attenzione per i suoi risvolti in relazione ad altre disposizioni di legge la cui interpretazione non può non prendere le mosse dalle ragioni poste a sostegno del principio di diritto prima richiamato. E ciò tanto più se si considera che è la stessa Corte costituzionale ad evidenziare, nella parte motiva della sentenza n. 231 del 2011, che con il *thema decidendum* non interferiva il problema dell'operatività o meno del regime cautelare previsto dall'art. 275, comma 3, c.p.p. in rapporto all'ipotesi – che non ricorreva nel giudizio di legittimità costituzionale – dell'associazione (contemplata dall'art. 74, comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990) finalizzata a commettere fatti di lieve entità ai sensi dell'art. 73 comma 5, del medesimo testo unico sugli stupefacenti. Si tratta di questione che trae origine – ha sottolineato la Corte costituzionale – dalla sancita applicabilità a tale fattispecie delle disposizioni generali in tema di associazione per delinquere (delitto non assoggettato al regime cautelare speciale). Qualora si opti, infatti, per la soluzione negativa – si legge in conclusione della parte motiva della sentenza – all'ipotesi in parola non si applicherebbe neppure la presunzione relativa di adeguatezza della sola custodia in carcere, nei termini stabiliti dalla stessa sentenza n. 231 del 2011, rimanendo la fattispecie integralmente soggetta alla disciplina ordinaria in punto di trattamento cautelare.

### **L'associazione di cui all'art. 74 comma 6 d.p.r., n.309 del 1990 come «reato comune»**

In premessa, deve rilevarsi come le Sezioni Unite abbiano ribadito che l'associazione finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità

<sup>4</sup> Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, ha marcato quanto rilevato in più occasioni dalla Consulta e dalla Corte europea dei diritti umani con riguardo alla legittimità delle presunzioni cautelari sottolineando come esse siano ragionevoli se riferite a specifici reato (quali quelli a matrice mafiosa) che rendono verosimile il protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione, senza compromettere arbitrariamente la regola cautelare del minore sacrificio necessario (*Dir. pen.proc.*, 2010, 952), sì da legittimare anche la preclusione di sostituzione della misura iniziale con altre non carcerarie (Cass., sez. II, 16 febbraio 2011, n. 11749, Armenis, *Dir. pen. proc.*, 2011, 956; sempre in tema di misure in corso di esecuzione, Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919; Cass. pen., 2011, 4159, con *Osservazioni* di Spagnolo, 4167: le Sezioni Unite hanno stabilito che, in considerazione dell'assenza di una disposizione transitoria, la misura cautelare in corso di esecuzione, disposta prima dell'entrata in vigore del d.l., n. 11 del 2009, che aveva ampliato il catalogo dei reati di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., non può subire modifiche unicamente per effetto della nuova e più sfavorevole normativa). Siffatta disciplina è stata felicemente definita eccentrica rispetto ai principi fondamentali della materia cautelare da De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, Spangher (diretto da) *Trattato di procedura penale*, II, tomo 2, Scalfati (a cura di) *Prove e misure cautelari*, Torino, 2008, 86, il quale ha aggiunto che la regola cautelare poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale era un esempio di canone interpretativo inverso a quello caratteristico della logica cautelare. Una regola cautelare, dunque, propria dell'automatismo inquisitorio (Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2000, 473). Si vedano, ancora, Lorusso, *Altre le norme a rischio di prossima bocciatura irrispettose del "minor sacrificio necessario"*, *Guida dir.*, 2011, n. 22, 75; Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 948; Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 227; Negri, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 3° comma c.p.p.*, *Cass. pen.*, 1996, 2835; Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 418.



concernenti le sostanze stupefacenti è ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata (sia pure con determinazione autonoma della pena) del reato di cui all'art. 74, comma 1, d.p.r., n. 309 del 1990: attraverso la dizione contenuta al comma 6 («*si applicano il primo ed il secondo comma dell'art. 416 del codice penale*»), il legislatore ha voluto fare un rinvio *quoad factum* e non *quoad poenam* (in tal caso la norma avrebbe previsto *si applicano le pene previste dal primo e dal secondo comma dell'art. 416 del codice penale*), riservando così alla ipotesi criminosa in questione, caratterizzata da minor allarme sociale dei fatti e dalla minore pericolosità degli autori degli stessi, un regime diverso da quello previsto per l'ipotesi criminosa di cui all'art. 74, comma 1, d.p.r., n. 309 del 1990. La scelta normativa di riservare alla fattispecie autonoma del comma 6 della norma *de qua* un trattamento differenziato e maggiormente afflittivo di quello previsto per l'associazione per delinquere comune si presenta, in definitiva, irragionevole e confliggente con i principi di cui agli artt. 3, 13 e 27 Cost.

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno sottolineato come l'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., al quale rinvia l'art. 275 c.p.p., introduca una deroga alla ordinaria regola di attribuzione delle funzioni di pubblico ministero per determinati procedimenti e risponde ad esigenze di carattere organizzativo dell'ufficio inquirente, senza che da ciò possano ricavarsi criteri esegutici improntati alla apparente omogeneità delle fattispecie delittuose richiamate, ciascuna con diverso coefficiente di pericolosità sociale, non idoneo a giustificare la comune presunzione assoluta di esclusiva adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere<sup>5</sup>. Il

<sup>5</sup> Sul punto le stesse Sezioni Unite hanno ribadito che il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a

regime di prescrizione attualmente vigente dà conto della ormai limitata pericolosità sociale della fattispecie associativa lieve di cui all'art. 74 comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990: se si guarda al limite edittale massimo di pena previsto per il partecipe dell'associazione (5 anni di reclusione), inferiore a quello previsto per la singola condotta di cessione modesta di sostanze stupefacenti o psicotrope (6 anni di reclusione), a dimostrazione di una pericolosità sociale "a poli invertiti", è singolare che il relativo regime sia più favorevole per il delitto associativo. Quest'ultimo, infatti, è – si ripete – fattispecie autonoma e non attenuata (anche se costituita allo scopo di commettere esclusivamente i delitti di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope), mentre l'art. 73, comma 5, d.p.r., n. 309 del 1990 (ipotesi di lieve entità di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze psicotrope o stupefacenti) menziona una circostanza attenuante ad effetto speciale (da prendere in considerazione *ex art. 157 comma 2, c.p. ante legem n. 251 del 2005*) e non un delitto autonomo, con la conseguenza che il termine di prescrizione deve essere calcolato guardando alla pena prevista dal comma 1 del medesimo art. 73 (reclusione da sei a venti anni) e non alla pena prevista dal successivo comma 5 (reclusione da uno a sei anni). In sintesi, il termine necessario a prescrivere il delitto di cui all'art. 74, comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990 (15 o 20 anni, se si applica, rispettiva-

fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale (Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1246, con nota di Rivello, *Un intervento delle Sezioni Unite concernente la revoca delle misure cautelari dovuta alla supposta violazione sopravvenuta del principio di proporzionalità*, 1256; nonché *Cass. pen.*, 2011, 3713, con *Osservazioni di Santalucia*, 3718); in dottrina, v. Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 265 s.; De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, cit., 77 s.; Grevi, *Misure cautelari*, AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2010, 397 s.; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 414 s.

mente, il “nuovo” o il “vecchio” art. 157 c.p.) è di gran lunga inferiore a quello previsto per la fattispecie attenuata disciplinata dall’art. 73 comma 5 del medesimo testo unico (6 o 5 anni, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche *ex* art. 62-*bis*, c.p., che incidono sul calcolo del termine di prescrizione, ai sensi del comma 2 del modificato art. 157 c.p.). Come si vede, in presenza di fatti di non particolare pericolosità sociale, la potestà punitiva dello Stato muta, divenendo paradossalmente più blanda per l’ipotesi associativa, la quale, poi, è considerata invece reato ostativo ai fini della concessione di benefici penitenziari o reato facente parte del “catalogo” che segue un differente – e più severo – binario processuale.

Il profilo esaminato dalle Sezioni Unite e dalla Corte costituzionale è, però, solo settoriale, limitato alla scelta della misura cautelare da applicare se ritenuti sussistenti i relativi presupposti ed impone di verificare se non sia doveroso ricorrere al medesimo criterio interpretativo, costituzionalmente orientato, tutte le volte in cui il legislatore ha operato il rinvio all’art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. o, anche, soltanto all’art. 74, d.p.r., n. 309 del 1990, senza distinzione alcuna tra le diverse fattispecie ivi contemplate.

### Ulteriori profili critici

Vi è, pertanto, un’altra metà del guado che separa le premesse argomentative appena evidenziate dalla completa attuazione del principio di ragionevolezza anche con riguardo alle ulteriori fattispecie normative “collegate” alle regole sul trattamento cautelare nuovamente coniate dalla Corte costituzionale, con i plurimi interventi decapitatori dell’art. 275 comma 3 c.p.p., e dalle Sezioni unite, con la sentenza in commento.

Si tratta di verificare, in particolare, quali siano gli effetti di tali pronunce sugli istituti previsti per la fase esecutiva. Senza pretesa di completezza, ci si riferisce, in primo lu-

go, alle disposizioni di legge pure richiamate dalle Sezioni Unite senza ulteriore approfondimento, in ragione della specifica questione trattata ovvero agli artt. 4-*bis*, l., 26 luglio 1975, n. 354 (che considera l’art. 74, d.p.r., n. 309 del 1990 come reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari, sempre che non sussista il collegamento attuale con la criminalità organizzata) e 656, comma 9, c.p.p. (che fa divieto di sospensione di esecuzione della pena comminata con sentenze relative a reati menzionati nell’art. 4-*bis* citato)<sup>6</sup>.

L’art. 4-*bis*, l., n. 354 del 1975 non opera alcuna distinzione tra l’ipotesi di condanna per la fattispecie più grave di cui al comma 1 e quella in relazione alla meno grave di cui al comma 6; è di tutta evidenza che una interpretazione letterale – sia concesso, ormai banale – legittimerebbe la conclusione secondo la quale anche il condannato per associazione finalizzata a commettere fatti di lieve entità non può accedere ai benefici previsti dall’ordinamento penitenziario<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Occorrerebbe guardare anche agli artt. 1, comma 3, lett. a), l., 1 agosto 2003, n. 207 (i delitti *de quibus* non consentono la sospensione condizionata dell’esecuzione della parte residua della pena detentiva nel limite dei due anni), 1 comma 2, l., 26 novembre 2010, n. 199, modificata dal d.l., 22 dicembre 2011, n. 221 (preclusione alla esecuzione presso il domicilio di pene detentive non superiori a diciotto mesi), 371-*bis*, comma 1, c.p.p. (attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia), 406 comma, 5-*bis*, c.p.p. (in tema di proroga del termine delle indagini preliminari), 407, comma 2, lett. a), n. 6, c.p.p. (termini di durata massima delle indagini preliminari), 444, comma 1-*bis*, c.p.p. (che non consente di richiedere alle parti l’applicazione della pena “allargata” ai medesimi delitti), 226, norme coord. c.p.p. (intercettazioni e controlli preventivi sulle comunicazioni) e 190-*bis* c.p.p. (requisiti della prova in casi particolari).

<sup>7</sup> Interpretazione già avallata da Cass., sez. I, 19 febbraio 2002, n. 10050, *CED Cass.*, 221497, espressamente menzionata e disattesa dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento, anche mediante rinvio ad altre condive pronunce di segno contrario, tra le quali Cass., sez. VI, 5 marzo 2009, n. 11938, *CED Cass.*, 243079; nello stesso senso, Cass., sez. V, 6 aprile 2000, *CED Cass.*, 216045. In dottrina, v. Filippi-Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, 317 s.

Inoltre, l'art. 656, comma 9, c.p.p. fa divieto di sospensione di esecuzione della pena comminata con sentenze relative a reati menzionati nell'art. 4-bis citato e una interpretazione "burocratica" e davvero poco illuminata sarebbe quella di ritenere tale menzione ancora ostativa alla sospensione dell'ordine di carcerazione, e ciò sulla base della lettura acritica degli arresti giurisprudenziali precedenti l'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza in commento<sup>8</sup>. In senso contrario – e perciò in sintonia con le Sezioni Unite – si segnalano già alcune pronunce di merito che hanno correttamente evidenziato come nel caso di titolo esecutivo di condanna, in tutto o in parte relativa al delitto di cui all'art. 74 comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990, non si applichi il disposto dell'art. 656, comma 9, c.p.p. e il relativo ordine di esecuzione, nel caso in cui il condannato sia libero, debba essere sospeso per 30 giorni per consentire al destinatario l'esercizio delle facoltà di cui al comma 5 del medesimo art. 656 c.p.p., ragione per cui siffatto ordine di carcerazione, quindi, deve essere dichiarato inefficace<sup>9</sup>. Il reato in questione non è da considerare tra quelli ai quali si estende il divieto di applicazione dei benefici penitenziari, in genere, e della sospensione della esecuzione delle pene detentive, in particolare, ex art. 656, comma 9, c.p.p. previsto per i reati indicati nell'art. 4-bis, l., 354 del 1975<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Si tratta di Cass., sez. I, 3 giugno 2009, n. 25213 ([www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it)) sentenza ugualmente citata e disattesa dalle Sezioni Unite e, perciò, da considerare superata; nello stesso senso, Cass., sez. I, 11 marzo 2002, Morelli, *Cass. pen.*, 2003, 1970.

<sup>9</sup> Si tratta di trib. Potenza, Ufficio GIP, in funzione di giudice dell'esecuzione, ord. 20 dicembre 2011, inedita, (fattispecie in cui il procedimento di merito è stato definito mediante rito alternativo ex art. 444 c.p.p. nonostante la preclusione di cui al comma 1-bis della medesima norma, a dimostrazione di interpretazioni ancora ondivaghe in tema di collocazione sistematica dell'art. 74, comma 6, d.p.r. n. 309 del 1990, tanto che, appunto, è stato poi emesso decreto di esecuzione della pena detentiva senza contestuale sospensione).

<sup>10</sup> Corte App. Potenza, ord. 30 dicembre 2011, inedita, con conclusione negli stessi termini adottati nel

Come si vede, l'operatività di determinate previsioni viene rimessa alla valutazione discrezionale dell'interprete, con risultati a volte a dir poco discutibili, a dimostrazione di rinvii meccanici al dato testuale, senza analisi critica delle situazioni giuridicamente complesse ivi richiamate<sup>11</sup>. Per "correggere" evidenti errori interpretativi è, dunque, necessario invocare, per applicazione analogica dell'art. 670 c.p.p., l'intervento del giudice dell'esecuzione, funzionalmente competente a decidere una questione sul titolo esecutivo per verificarne la effettiva presenza dei requisiti di sostanza, consentendo, previa sospensione per trenta giorni dell'ordine di esecuzione, l'adozione del provvedimento con il quale il condannato viene rimesso nei termini previsti dall'art. 656, comma 5, c.p.p. per presentare la richiesta volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione<sup>12</sup>.

All'art. 4-bis rinviano pure i già richiamati artt. 1, comma 3, lett. a), l., n. 207 del 2007 e

---

provvedimento di cui alla nota precedente (fattispecie relativa alla medesima persona nei cui confronti si era pronunciato il Tribunale ordinario di Potenza in composizione collegiale con l'ordinanza citata in nota 2, raggiunta poi da decreto del Procuratore generale di esecuzione di pena detentiva senza contestuale sospensione, con successivo rigetto – peraltro – dell'istanza difensiva volta ad ottenere la revoca di detto decreto).

<sup>11</sup> V. Kalb, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, Spagher (diretto da) *Trattato di procedura penale*, VI, Kalb (a cura di) *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2009, 145-146, il quale aggiunge che l'esecuzione del titolo deve conseguire alla valutazione, ulteriore alla constatazione che si tratti di delitto menzionato nell'art. 4-bis l. n. 354/1975, di delitto concretamente espressione di criminalità organizzata. Sul procedimento di esecuzione, v. Ceresa-Castaldo, *Esecuzione*, AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., 1057; Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 244; sia consentito anche Cimadomo, *Commento all'art. 670 c.p.p.*, *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, vol. III, Milano, 2010, 7873 s.; Sammarco, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, (Spangher, diretto da) *Trattato di procedura penale*, VI, cit., 188 s.; Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 930.

<sup>12</sup> In giurisprudenza, Cass., sez. I, 13 ottobre 2009, n. 41592; Cass., sez. I, 23 marzo 1999, Kola, *Cass. pen.*, 2000, 1310.

1, comma 2, lett. a), l. n. 199 del 2010, modificato dall'art. 3, d.l., n. 221 del 2011: il condannato per delitto di criminalità organizzata deve trovare ingresso in istituto penitenziario per scontare la pena, anche se questa, a seguito di determinazione in ragione del periodo di "carcerazione preventiva", è parte residua della maggiore indicata in titolo esecutivo, senza che, dunque, possa avere rilievo la circostanza che il "pre-sofferto" sia da imputare al *quantum* di pena stabilito per il reato ostativo<sup>13</sup>. La finalità rieducativa di cui all'art. 27 Cost. finisce per essere completamente svilita soprattutto quando il condannato ha riacquisito la libertà prima del passaggio in giudicato della sentenza, dovendosi dare esecuzione al titolo pur se la pena effettiva da scontare è, appunto, riferita a delitto comune. Non si

<sup>13</sup> Sulla questione della pluralità dei reati e del relativo cumulo, v. Cesari-Giostra, *Commento all'art. 4-bis, AA.VV., Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi-Giostra-Della Casa, I, *Trattamento penitenziario*, Padova, 2011, 73 s.

comprende, in definitiva, quale sia, in siffatte ipotesi, la concreta esigenza di difesa sociale da dover essere soddisfatta soltanto mediante ricorso alla pena detentiva in carcere.

Nel procedimento di merito, inoltre, la fattispecie associativa in tema di stupefacenti è "governata" dal regime riservato ai delitti di maggiore allarme sociale, con sindacato differenziato quanto a presupposti di mezzi di ricerca della prova lesivi della segretezza delle comunicazioni (art. 226 norme coord. c.p.p.), limitazioni del diritto alla prova (artt. 190-bis e, di riflesso, 525 c.p.p.), "peggioramenti" in relazione ai termini di indagini preliminari ed alla relativa proroga (artt. 406 e 407 c.p.p.), ostacoli – come già detto – alla definizione del procedimento mediante "patteggiamento allargato" (art. 444, comma 1-bis, c.p.p.). In relazioni a tali aspetti applicativi, la giurisprudenza è chiamata a ricondurre a sistema le plurime disposizioni concernenti un reato, quello previsto dall'art. 74, comma 6, d.p.r., n. 309 del 1990, non più facente parte del catalogo destinato al "binario" speciale.

## L'errore ostativo sui tempi della prescrizione è emendabile con ricorso straordinario

**Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 17 ottobre 2011, n. 37505 - Pres. Grassi; Rel. Ippolito**

*Le Sezioni Unite non escludono in radice la configurabilità e la rilevanza dell'errore di fatto sulla prescrizione, purché la statuizione sul punto sia l'effetto esclusivo di un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco, in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali, che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata in mancanza dell'errore. Va invece ribadita l'inammissibilità del ricorso straordinario ex art. 625-bis cod. proc. pen. tutte le volte che il preteso errore derivi da una qualsiasi valutazione giuridica o di apprezzamento di fatto.*

[omissis]

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza emessa il 30 settembre 2010, le Sezioni Unite penali della Corte di cassazione - in parziale accoglimento del ricorso proposto da L. C. avverso la sentenza di condanna pronunciata il 10 giugno 2009 dalla Corte di appello di Firenze - hanno annullato senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente ai reati di cui ai capi G e H perché estinti per prescrizione, eliminando le relative pene, e rigettato il ricorso nel resto, confermando così la condanna in relazione all'imputazione di cui al capo N della rubrica (reato di cui agli artt. 56 e 334 cod. pen. per tentata sottrazione, mediante cessione, di quote sociali sottoposte a sequestro preventivo).

2. Contro la predetta decisione il C. ha proposto, ex art. 625-bis cod. proc. pen., tempestivo ricorso straordinario, deducendo un duplice errore di fatto commesso dalle Sezioni Unite in punto di ricognizione dei presupposti fattuali per la determinazione del termine di prescrizione del reato di cui al capo N.

Assume il ricorrente che la decisione impugnata è viziata da:

a) errata lettura dei verbali di udienza del giudizio di primo grado davanti al Tribunale di Firenze, da cui è derivata la considerazione di una data di udienza inesistente (23 aprile 2005) e il conseguente errore di calcolo del tempo necessario ai fini della prescrizione del reato sopra indicato;

b) errata lettura del verbale di udienza davanti alla Corte di appello di Firenze (12 marzo 2009), da cui è derivata la determinazione inesatta del calcolo dei termini di sospensione del corso della prescrizione relativo al suddetto reato.

3. Il Primo Presidente, con decreto in data 8 giugno 2011, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, in composizione del tutto diversa da quella che ha pronunciato la sentenza del 30 settembre 2010, e ha fissato per la trattazione l'odierna udienza.

Considerato in diritto

1. Va innanzitutto ricordato che è consolidato orientamento di questa Corte, sui limiti della cognizione del giudice di legittimità in materia di ricorso *ex art. 625-bis* cod. proc. pen., quanto affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 16103 del 27/03/2002, omissis, Rv. 221280, secondo cui l'errore di fatto verificatosi nel giudizio di legittimità e oggetto del ricorso straordinario consiste in un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso.

Tale indirizzo va confermato, assieme alla precisazione che qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, come tale escluso dall'orizzonte del rimedio straordinario.

2. Nel solco tracciato dalla predetta pronuncia, si sono delineati, con specifico riferimento all'errore di percezione rifluente sull'accertamento della prescrizione, due orientamenti, il primo dei quali, più restrittivo, nega che la mancata rilevazione della prescrizione del reato in sede di legittimità sia riconducibile alla nozione di errore di fatto accolta dall'*art. 625-bis* cod. proc. pen., escludendo di conseguenza l'utilizzabilità del rimedio straordinario allo scopo di far dichiarare l'estinzione del reato (Sez. 6, n. 10781 del 24/02/2009, omissis, Rv. 243668). In questa pronuncia si è sottolineato che l'individuazione del momento di consumazione del reato e la verifica dell'esistenza o meno di cause d'interruzione ovvero di sospensione della prescrizione sono attività a contenuto valutativo, che richiedono un apprezzamento anche discrezionale suscettibile di previo contraddittorio e, come tale, diverso dal mero controllo formale d'immediata e indiscutibile evidenza. In definitiva, il tema dell'intervenuta o meno prescrizione del reato per cui si procede è argomento, o punto della decisione, oggetto di valutazione e giudizio, e la sua mancata trattazione nel processo in cassazione non è di regola riconducibile all'errore di fatto, tantomeno all'errore materiale, di cui all'*art. 625-bis* cod. proc. pen. (nello stesso senso Sez. 1, n. 41237 del 28/10/2008, omissis, Rv. 242416 e, più recentemente, Sez.1, n. 4783 del 25/01/2011, omissis, Rv. 249562).

3. Le Sezioni Unite ritengono di far proprio un diverso filone giurisprudenziale, il quale, più aderente all'impostazione generale delineata con la sentenza B., non esclude in radice la configurabilità e la rilevanza dell'errore di fatto sulla prescrizione, purché la statuizione sul punto sia l'effetto esclusivo di un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco, in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali, che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata in mancanza dell'errore. Va invece ribadita l'inammissibilità del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* cod. proc. pen. tutte le volte che il preteso errore derivi da una qualsiasi valutazione giuridica o di apprezzamento di fatto (Sez. 3, n. 15683 dell'11/03/2010, omissis, Rv. 246963; Sez. 2, n. 41489 del 28/10/2010, omissis, Rv. 248712; Sez. 1, n. 41918 del 07/10/2009, omissis, Rv. 245058).

4. Il ricorso in esame offre la riprova della validità di questo indirizzo.

Il ricorrente denuncia l'errore di fatto nella lettura di alcuni atti inerenti ai periodi di sospensione, con riferimento al reato di cui agli artt. 81 e 334 cod. pen.. Quest'ultimo, consumato il 25 giugno 2002 e astrattamente prescrivibile alla data del 25 dicembre 2009, fu ritenuto non prescritto nella sentenza delle Sezioni Unite impugnata, per la sussistenza di periodi di sospensione per complessivi 403 giorni.

5. Il ricorrente contesta due di tali periodi, per complessivi 150 giorni, e determina il periodo complessivo di sospensione in 253 giorni, con conseguente maturazione della prescrizione alla data del 7 settembre 2010. I periodi contestati sono quello dal 23 aprile al 22 giugno 2005, per complessivi giorni 61, relativo al giudizio di primo grado, e quello dal 12 marzo al 10 giugno 2009, per complessivi 89 giorni, relativo al giudizio di appello.

6. In effetti, per il primo periodo, emerge un indubbio errore di percezione, una vera e propria "svista" da parte delle Sezioni Unite, avendo esse ritenuto essersi svolta un'inesistente udienza il 23 aprile 2005: conclusione incontestabilmente emergente dalla lettura dei verbali del processo dinanzi al Tribunale, da cui risulta che all'udienza del 12 aprile 2005, che si svolse regolarmente, vi fu un rinvio non già al 23 aprile, bensì al 23 giugno 2005 e, in quest'udienza, un ulteriore rinvio al 23 novembre 2005.

Mentre è pacificamente computabile come sospensione il periodo intercorrente tra queste due udienze, fondatamente il ricorrente evidenzia l'errore della Corte nel computare anche quello intercorrente tra il 23 aprile e il 22 giugno (61 gg.). E che tale errore prescindendo da ogni valutazione giuridica o di fatto e sia il frutto di una mera svista è di lampante costatazione.

7. A diversa conclusione deve giungersi per quanto concerne il periodo di sospensione dal 12 marzo 2009 al 10 giugno 2009, relativo al procedimento di secondo grado.

Dal verbale del 12 marzo 2009 risulta che il C. fu assistito dall'avvocato L. e dall'avv. B., quale sostituto processuale dell'avv. S., che aveva fatto pervenire «richiesta di posticipare il proprio intervento difensivo ad altra udienza essendo [...] impegnato in altro processo», fornendo documentazione del concomitante impegno. L'udienza proseguì con la raccolta delle conclusioni del pubblico ministero e del rappresentante di una parte civile e venne poi rinviata al 10 giugno 2009 per le conclusioni del rappresentante di un'altra parte civile e dei difensori del C., tra cui l'avvocato S.

Nella sentenza impugnata, il periodo dal 12 marzo al 10 giugno fu ritenuto periodo di sospensione, in quanto si considerò che il rinvio del 12 marzo fu determinato da concomitante impegno di uno dei difensori del C.

Trattasi di una questione che inevitabilmente implica una valutazione di un fatto processuale, di per sé incompatibile con la nozione di errore di fatto normativamente accolta, come tutte quelle, ben evidenziate dalla citata sentenza omissis, relative alla qualificazione del rinvio ai fini dell'applicazione della disciplina della sospensione del corso della prescrizione, all'apprezzamento in ordine all'addebitabilità del rinvio alla parte privata, alla qualificazione della causa di rinvio ai fini dell'applicazione o meno del termine di sospensione.

Nel caso in esame, la conclusione cui è pervenuto il giudice di legittimità con la sentenza impugnata costituisce l'esito dell'apprezzamento di quanto emerge dal verbale d'udienza del giudizio d'appello, aperto alle ore 10,12 e chiuso alle ore 11, udienza in cui risultano essere stati presenti tutti i protagonisti che avrebbero dovuto prendere la parola, ad eccezione del solo avv. S., cioè di colui che aveva richiesto il rinvio dell'udienza pur avendo nominato un suo sostituto processuale.

Trattasi di una conclusione che, quale che sia la sua opinabilità, è frutto di un processo valutativo nella lettura del verbale e non costituisce l'errore di fatto che legittima il ricorso straordinario di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen., il quale consiste, come si è innanzi precisato, in un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso.

Anche a voler concedere che la decisione di escludere la ricorrenza dell'applicabilità dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen. sia stata erronea, dalla lettura della sentenza impugnata e del verbale dell'udienza sopra indicata emerge che essa fu l'esito non già di una fuorviata rappresentazione percettiva, bensì di una valutazione, che può integrare in ipotesi errore di diritto, ma non errore di fatto rimediabile con il mezzo straordinario introdotto dall'art. 625-*bis* cod. proc. pen.

8. Da tali considerazioni deriva che, dai periodi di sospensione calcolati nella sentenza impugnata, vanno sottratti soltanto i sessantuno giorni che si riferiscono al processo di primo grado, mentre non possono detrarsi i giorni intercorrenti tra le udienze del 12 marzo e del 10 giugno 2009, svoltesi nel procedimento d'appello. Ne consegue che il reato, alla data del 30 settembre 2009, non era prescritto.

9. Il ricorso è, dunque, infondato e va rigettato, con condanna del ricorrente, *ex art.* 616 cod. proc. pen., al pagamento delle spese del procedimento.



ADA FAMIGLIETTI

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

## Ricorso straordinario ed errore sulla prescrizione

### *Extraordinary appeal and error on time-bar*

(Peer reviewers: Prof. Piermaria Corso; Prof. Giulio Garuti)

In tema di errore percettivo sulla prescrizione, censurato mediante ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., si registra un dibattito giurisprudenziale caratterizzato da forti oscillazioni e divari. Punto nodale della questione è l'inquadramento del vizio nelle strette maglie dell'errore di fatto. Le Sezioni unite aprono la strada all'orientamento che ne prevede la rilevanza, restituendo all'imputato di un reato estinto il potere di vedere riconosciuto l'errore dipendente da una svista nella lettura degli atti interni al giudizio di legittimità. Al tempo stesso, restano inalterati i profili critici di "un'impugnazione ibrida", in punto di entità dell'errore di fatto e straordinarietà del rimedio introdotto nel 2001.

*A debate characterized by strong fluctuations and differences is involving "perceptual error" with reference to time-bar, censured by extraordinary appeal under art. 625-bis c.p.p. The crucial point of the issue regards the classification of the mistake within the narrow bounds of the factual error. The Joint Chambers of Italian "Corte di Cassazione" open up the path toward the acknowledgement of its significance, returning the right to the acknowledgment of an error resulting from a misinterpretation of the acts within the assessment of legality. At the same time the critical profiles concerning an "hybrid appeal" remain unchanged as regards the extent of factual error and the extraordinary remedy introduced in 2001.*

#### **Premessa**

La pronuncia in commento attiene alla configurabilità dell'errore di fatto sulla prescrizione, tema oggetto di un cospicuo dibattito

giurisprudenziale, non suffragato da un'adeguata riflessione in letteratura.

Nel caso di specie, il ricorrente sostiene che la Corte di cassazione, nella lettura degli atti interni al suo giudizio, avrebbe avuto due svi-

ste sui periodi sospensivi della prescrizione in primo grado e in appello: il primo concerne un errato calcolo dei termini originato da un'udienza in realtà mai celebrata e ritenuta esistente dalla Corte di cassazione; il secondo dipende da una richiesta di rinvio del difensore di fiducia dell'imputato il cui accoglimento ha determinato la contestata sospensione.

Sullo sfondo un interrogativo: è configurabile un errore percettivo sui temi della prescrizione, tale da portare all'accoglimento di un ricorso straordinario per errore di fatto? L'argomento ha una portata applicativa ampia, sulla quale il giudice di legittimità ha ritenuto opportuno esprimersi nel suo massimo consenso, per equilibrare un panorama interpretativo caratterizzato da troppe oscillazioni. Il risultato ottenuto merita adesione, ma non soddisfa completamente; il principio di diritto affermato, infatti, lascia inalterati i profili di criticità emersi in questi anni sulla scia dell'introduzione di «un'impugnazione ibrida»<sup>1</sup>, ingabbiata nelle maglie di un'esegesi restrittiva.

### Il ricorso straordinario a favore del condannato

Nel 2001 il legislatore dedica al procedimento dinanzi alla Corte di cassazione alcune disposizioni inserite in un testo normativo, immediatamente successivo alla legge attuativa della disciplina costituzionale sul "giusto processo", dal contenuto decisamente eterogeneo<sup>2</sup>. Nello specifico, sono introdotti: a) una sezione speciale per la decisione sulla inammissibilità dei ricorsi; b) la possibilità di disporre la cessazione delle misure cautelari nell'ipotesi di annullamento della sentenza d'appello<sup>3</sup>; c) un ricorso straordinario, a fa-

vore del condannato, contro le sentenze della Corte di cassazione, per errore materiale o di fatto, ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p.

L'introduzione di quest'ultimo rimedio ha sottinteso – stando perlomeno alle prime analisi – «una precisa *actio finium regundorum*»<sup>4</sup> fra le due tipologie di errore, materiale e di fatto, spesso in passato coincidenti nell'interpretazione a maglie larghe dell'art. 130 c.p.p. L'errore materiale corrisponde al cd. *lapsus calami*, ossia al contrasto fra l'effettiva volizione del giudice correttamente manifestata e la sua esternazione<sup>5</sup>; l'errore di fatto, viceversa, «concerne le premesse della decisione»<sup>6</sup> ed ha richiesto un complesso percorso interpretativo per definirne nozione ed ambito di operatività.

Invero, con la disposizione dell'art. 625-bis c.p.p. si è raccolta una sollecitazione della Corte di cassazione, che, lamentando il vuoto, nel processo penale, di una disciplina che consentisse di emendare l'errore percettivo nel quale la stessa fosse incorsa, nella lettura degli atti interni al suo giudizio, propose questione di legittimità costituzionale, coinvolgendo gli artt. 629 e 630 c.p.p. nel tentativo di colmare la lacuna<sup>7</sup>. La Corte costituzionale si pronunciò con declaratoria di manifesta inammissibilità; ma ciò costituì l'occasione per richiamare i principi sanciti dagli artt. 3, 24 e 111 Cost., nell'ottica di una spinta al legislatore affinché riempisse il predetto vuoto in tema di errore percettivo in ossequio ad esigenze di giustizia sostanziale<sup>8</sup>.

*d'appello e cessazione delle misure cautelari*, Giur. it., 2002, 2431.

<sup>4</sup> Così, Mazza, *Il ricorso straordinario per errore di fatto: un quarto grado di giudizio occasionale?*, Cass. pen., 2003, 3217.

<sup>5</sup> Cass., sez. II, 16 ottobre 2003, M., *Dir. pen. proc.*, 2004, 288.

<sup>6</sup> Gialuz, *Ricorso straordinario (proc. pen.)*, CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5293.

<sup>7</sup> Cass., sez. IV, 5 maggio 1999, n. 485, *Foro it.*, 1999, II, 499, con nota di Di Chiara.

<sup>8</sup> C. cost., 28 luglio 2000, n. 395, *Giur. cost.*, 2000, 2791 ss.

<sup>1</sup> Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1185.

<sup>2</sup> L. 26 marzo 2001, n. 128, recante gli "Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini", G.U., Sr. Gen., 19 aprile 2001, n. 91.

<sup>3</sup> Al riguardo, Geraci, *Annullamento della sentenza*

Secondo taluni, con la previsione dell'art. 625-bis c.p.p. si era voluto colmare detto vuoto, nei casi in cui la Corte è giudice anche del fatto, quali il controllo sull'applicazione delle norme processuali, senza alcuna corrispondenza con la revocazione per errore di fatto, disciplinata dall'art. 391-bis c.p.c., «che ha un ambito applicativo diverso»<sup>9</sup>. Differente è la posizione giurisprudenziale, che, in merito all'individuazione della nozione di errore di fatto, ha inizialmente fatto riferimento all'ipotesi di revocazione civilistica, disciplinata dall'art. 395, n. 4, c.p.c. ravvisabile dalla circostanza che la decisione è fondata sulla supposizione di un dato incontestabilmente escluso o sull'inesistenza di un dato indubbiamente presente<sup>10</sup>, escludendo i difetti valutativi e di giudizio dovuti ad una inadeguata interpretazione degli atti o degli errori di diritto conseguenti ad un'inesatta ricostruzione del significato delle norme.

Tale interpretazione è stata successivamente avallata dalle Sezioni unite, che hanno definito portata e ambito di operatività dell'errore di fatto<sup>11</sup>, inaugurando un indirizzo ermeneutico ancora oggi attuale. L'errore di fatto, dunque, consiste in un errore percettivo, causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione è incorsa nella lettura degli atti interni al suo giudizio, connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali, che abbia condotto ad una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso<sup>12</sup>. In altri termini,

l'errore di fatto è identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva, con esclusione di qualunque errore valutativo<sup>13</sup>. Non è tale l'errore di apprezzamento dei fatti esposti nella sentenza precedentemente impugnata con ricorso per cassazione, ed esattamente percepiti, rientrando nell'area del vizio di motivazione e non censurabile con l'impugnazione straordinaria prevista dall'art. 625-bis c.p.p.<sup>14</sup>. Sono inoltre estranei all'am-

it., 2003, 140, con nota di Fidelbo. In argomento, Bargi, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, 131 ss.; P. Bruno, *Innovazioni e modifiche al giudizio di cassazione*, Spangher (coordinato da), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, Milano, 2001, 111; Capone, *Errore materiale ed errore di fatto della Corte di cassazione*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 861; Id., *Note critiche in tema di ricorso straordinario per errore di fatto*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 224; Id., *Gli errori della cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, Padova, 2005, *passim*; Ceccaroni, *Il ricorso straordinario per errore di fatto*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 623; G. Conti, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, Gaeta (a cura di), *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Padova, 2001, 183; Diddi, *Il ricorso straordinario per errore di fatto*, *Stato della questione*, *Giust. pen.*, 2002, I, 26; Esposito, *Il «nuovo» art. 625 bis c.p.p. e problemi di esecuzione penale*, *Giur. it.*, 2003, 2360; Fummu, *Commento all'art. 6 l. 26 marzo 2001, n. 128*, *Legislazione pen.*, 2002, 409; Gialuz, *Appunti sul concetto di «errore di fatto» nel nuovo ricorso straordinario per Cassazione*, *Cass. pen.*, 2002, 2317; Id., *Omesso esame di una censura da parte della Cassazione e ricorso straordinario per errore di fatto*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 991; Id., *Sulla legittimazione del difensore a proporre ricorso straordinario per errore di fatto*, *ivi*, 2003, 1856; Id., *Osservazioni sul vaglio preliminare di inammissibilità del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p.*, *Cass. pen.*, 2003, 3457; Id., *Il ricorso straordinario per errore di fatto: strumento di «autofagia» o mezzo di impugnazione?*, *ivi*, 2004, 901; Id., *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, 2005, *passim*; Inzerillo, *Riflessioni «a prima lettura» sul ricorso straordinario per errore di fatto*, *Ind. pen.*, 2002, 51; Pierdonati, *Ricorso straordinario per Cassazione ed errore contenuto in una sentenza di annullamento con rinvio*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 445; Riviezzo, *Pacchetto sicurezza*, Milano, 2001, 72; Romeo, *Passato e futuro per gli errori di fatto incorsi nel giudizio di cassazione*, *Cass. pen.*, 2002, 3475.

<sup>13</sup> Cass., sez. III, 23 settembre 2003, M., *Dir. pen. proc.*, 2003, 1490.

<sup>14</sup> Conseguentemente, non può essere dedotto il travisamento del fatto in cui sia incorso il giudice di merito, in sede di ricorso straordinario, in quanto attraverso il rimedio previsto dall'art. 625-bis c.p.p. è possibile correggere il solo errore di fatto del giudice di legittimità,

<sup>9</sup> Riviezzo, *Un «pacchetto» ricco di intuizioni tradito dagli errori e dalla fretta*, *Dir. e giustizia*, 2001, 12, 10.

<sup>10</sup> Cass., sez. I, 13 novembre 2001, n. 45731, *Cass. pen.*, 2002, 2316, con nota di Gialuz; in senso analogo, Cass., sez. fer., 28 novembre 2001, n. 42794, *Arch. n. proc. pen.*, 2002, 52.

<sup>11</sup> E' stato chiarito che con il ricorso straordinario previsto dall'art. 625-bis c.p.p. non possono essere fatti valere errori materiali o di fatto verificatisi al di fuori dell'attività propria della Cassazione; Cass., sez. III, 31 marzo 2003, M., *Riv. pen.*, 2004, 90.

<sup>12</sup> Cass., sez. un., 27 marzo 2002, n. 16103, *Giur.*

bito di applicazione dell'istituto gli errori di interpretazione di norme, ovvero la supposta esistenza delle norme stesse o l'attribuzione ad esse di un'inesatta portata, anche se dovuti ad ignoranza di indirizzi giurisprudenziali consolidati. Viene poi precisato che il ricorso straordinario non può essere limitato alle sole sentenze concernenti l'accertamento dei fatti processuali, non essendo rintracciabile alcuna restrizione in tal senso nella norma che lo disciplina, in quanto l'errore percettivo può avere ad oggetto qualsiasi dato fattuale<sup>15</sup>.

### Prescrizione ed errore di fatto

In materia di ricorso straordinario a favore del condannato, un primo indirizzo interpretativo ha qualificato l'errore commesso nel computo dello *spatium temporis*, ai fini della maturazione del termine prescrizione, come errore materiale. Si tratta dell'ipotesi in cui l'inesatto calcolo della prescrizione sia frutto di un'errata operazione aritmetica, passibile di correzione e rettificazione ad opera dello stesso giudice di legittimità<sup>16</sup>.

Ma vi possono essere casi in cui la pronuncia viziata sulla prescrizione sia conseguenza di un errore di fatto, con esiti differenti in punto di esclusiva deducibilità del vizio ad opera delle parti, termine di proposizione del ricorso e modalità di sostituzione della decisione. Qui

---

con esclusione di qualunque controllo sul travisamento degli atti o delle risultanze, quando costituisca un vizio della decisione di merito; così, Cass., sez. un., 27 marzo 2002, n. 13, *Cass. pen.*, 2002, 2616, con nota di Gialuz, *Ancora sul concetto di «errore di fatto» come vizio dei provvedimenti della Cassazione*, *ivi*, 2627.

<sup>15</sup> Cass., sez. un., 27 marzo 2002, n. 13, *cit.*, 2624.

<sup>16</sup> Cass., sez. VI, 13 settembre 2002, C., *Dir. pen. proc.*, 2003, 969, con il commento di Marinelli, *L'emendabilità dell'error in computando mediante ricorso straordinario per Cassazione*. Critica tale decisione Gialuz, *sub art. 625-bis c.p.p.*, Giarda-Spangher (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Milano, 2007, 5566, secondo cui la Cassazione ha preso "un abbaglio", laddove nella sentenza impugnata con ricorso ordinario la prescrizione era stata esclusa non per la mancata decorrenza del termine, ma per l'inammissibilità originaria dell'impugnazione di terzo grado.

il vizio concernente la prescrizione non riguarda l'errato calcolo del termine, ma piuttosto la rappresentazione della realtà emergente dagli atti, ossia la percezione dei presupposti di cui si deve tener conto per un adeguato calcolo della causa estintiva del reato. Qualificandolo come errore di giudizio, non sarebbe emendabile ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p., mentre ricondotto sotto il parametro dell'errore percettivo, quale contrasto tra decisione e lettura degli atti interni al giudizio, sarebbe passibile di ricorso straordinario per la ragione esattamente opposta.

In materia, si registrano due opposti indirizzi interpretativi: secondo un orientamento più rigoroso, la mancata rilevazione in sede di legittimità di una causa estintiva del reato in generale, e della prescrizione in particolare, non può essere ascritta alla nozione di errore di fatto disciplinata dall'art. 625-bis c.p.p., ma al canone dell'errore di giudizio. Conseguentemente il ricorso straordinario non può essere attivato al fine di far dichiarare l'estinzione del reato, trattandosi di un errore valutativo e di diritto, che richiede l'esame di un insieme di parametri anche normativi, non operabile nell'ambito del ricorso straordinario<sup>17</sup>. Si evidenzia, a tal fine, che il controllo sul momento di consumazione del reato e l'esistenza di atti interruttivi o sospensivi della prescrizione comporta un giudizio discrezionale, ontologicamente differente dal mero controllo formale di evidenza rimesso al giudice di legittimità in sede di ricorso straordinario. In proposito, si è affermato che l'intervenuta estinzione del reato non è immediatamente rilevabile dalla lettura degli atti e richiederebbe da parte del giudice di legittimità di accedere alle carte processuali, onde rintracciare tutti i dati indispensabili per operare uno scrutinio che non può limitarsi al mero prender atto di un dato fattuale sconosciuto<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Cass., sez. I, 5 novembre 2008, n. 41237, *CED Cass.*, 242416; Cass., sez. VI, 11 marzo 2009, n. 10781, *CED Cass.*, 243668.

<sup>18</sup> Recentemente, Cass., sez. I, 9 febbraio 2011, n. 4783, *CED Cass.*, 249562.

Secondo un opposto indirizzo, invece, partendo dal principio di diritto affermato dalle Sezioni unite nel 2002, è possibile ascrivere la mancata rilevazione della prescrizione alla nozione di errore di fatto solo quando alla Corte di cassazione non sia richiesta alcuna valutazione giuridica, ma una mera presa d'atto dell'avvenuto decorso del termine prescrizione. A tal fine, integra errore di fatto di natura percettiva l'omesso esame da parte del giudice di legittimità del termine di prescrizione del reato, causato dalla mancata rilevazione di una circostanza attenuante ad effetto speciale, riconosciuta all'imputato in primo grado, atta ad abbreviare i termini di prescrizione originariamente applicabili al reato in contestazione ai sensi delle previgenti norme che la disciplinavano<sup>19</sup>. Parimenti, la causa estintiva del reato può costituire oggetto di ricorso straordinario nelle ipotesi in cui non sia necessario da parte del giudice di legittimità alcun apprezzamento circa la presenza di cause di sospensione o di interruzione<sup>20</sup>; più specificamente, la valutazione normativa in ordine alla sospensione del termine prescrizione o alla qualificazione della causa di rinvio diviene incompatibile con la nozione di errore di fatto normativamente accolta<sup>21</sup>.

#### La decisione: profili problematici dell'errore di fatto

In applicazione di questi principi, le Sezioni unite, nella sentenza in esame, scindono la mancata rilevazione del termine prescrizione in due tipologie di errore: da un canto, escludono la possibilità di configurare l'errore di fatto nell'inadeguata analisi giuridica relativa agli eventi dai quali desumere la sospensione

dei termini prescrizionali, per evitare di formulare un giudizio che esuli dalla nozione di errore di fatto positivamente accolta. Dall'altro lato, si riconosce l'errore di fatto nella "svista" relativa ad una data di udienza, effettivamente inesistente nel giudizio di primo grado, ritenuta quale parametro utile ai fini della decorrenza dei termini di sospensione da parte della Corte. Si tratta, come precisato dal Supremo consesso, di un errore percettivo causato da un equivoco, connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali, che ha condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata in mancanza dell'errore, in ossequio all'insegnamento delle stesse Sezioni unite nel 2002 in materia<sup>22</sup>.

Il principio di diritto formulato non può che meritare accoglimento, perché apre la strada ad una diversa considerazione dell'annosa questione della prescrizione in sede di ricorso straordinario, dando la possibilità all'imputato di un reato ormai estinto di vedere riconosciuto l'errore dipendente da una svista nella rappresentazione della realtà emergente dagli atti. Al tempo stesso, però, le Sezioni unite ritengono che un eventuale errore valutativo che cada sulle condizioni che danno luogo alla sospensione del termine prescrizione non possa essere emendato con lo strumento del ricorso straordinario.

Si tratta di un'interpretazione restrittiva che ha da sempre caratterizzato l'istituto del ricorso *ex art. 625-bis c.p.p.* e che non di rado è stata oggetto di accese critiche. Da parte di alcuni, infatti, la nozione di errore di fatto nella lettura degli atti interni al giudizio di legittimità è stata ritenuta fin troppo riduttiva<sup>23</sup>, giungendo persino a contestare la stessa

<sup>19</sup> Cass., sez. III, 23 aprile 2010, n. 15683, *CED Cass.*, 246963.

<sup>20</sup> Cass., sez. I, 30 ottobre 2009, n. 41918, *CED Cass.*, 245058.

<sup>21</sup> Cass., sez. II, 23 novembre 2010, n. 41489, *CED Cass.*, 248712.

<sup>22</sup> Cass., sez. un., 27 marzo 2002, n. 16103, cit.

<sup>23</sup> Federico, *Il ricorso straordinario per errore di fatto tra oscillazioni giurisprudenziali e aspirazione al giusto processo*, *Giur. it.*, 2002, 2373; Inzerillo, *Un approccio riduttivo al problema dell'errore di fatto in Cassazione*, *ivi*, 2002, 2354; Sammarco, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 318.

distinzione tra errore percettivo ed errore di giudizio<sup>24</sup>.

Altri, invece, hanno stigmatizzato la generale riconducibilità dell'errore di fatto al vizio di volontà e hanno auspicato l'operatività del rimedio nella unica ipotesi di difetto percettivo che abbia avuto un peso determinante sulla decisione, tale da renderla diversa da quella che sarebbe stata adottata in sua assenza<sup>25</sup>, nella consapevolezza che solo attraverso limiti rigorosi cui ancorare il vizio si scongiura la trasformazione del ricorso straordinario in un quarto grado di giudizio.

Si è poi offerta una efficace soluzione di compromesso nella scomposizione dell'errore di fatto in una figura complessa, risultante dalla somma di due elementi: l'errore protocollare da una parte, e l'invalidità o l'ingiustizia del provvedimento impugnato dall'altra<sup>26</sup>. Il primo coincide con l'errore di fatto revocatorio di matrice civilistica, ossia con l'errore percettivo; il secondo può identificarsi sia nelle cause di invalidità di cui all'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p., sia nell'ingiustizia della decisione (ad esempio: erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso, con conseguente esclusione della prescrizione del reato).

### L'ambigua natura del ricorso "straordinario"

A ben vedere, l'enigma offerto dal ricorso straordinario sembra celato nella stessa natura "ibrida"<sup>27</sup> e "bifronte"<sup>28</sup> del rimedio introdotto dal legislatore del 2001, desumibile dalla previsione di due differenti tipologie

di errori non sovrapponibili, né fungibili, per i quali è possibile attivare il rimedio contro le sentenze di legittimità. Non a caso, proprio l'entità dell'errore di fatto ha rivelato gli aspetti più problematici, rispetto alla figura dell'errore materiale, presentando soprattutto problemi di coordinamento con il preesistente procedimento generale di correzione. Si è sostenuto che, a rigore, solo il ricorso per l'errore di fatto costituisca un'impugnazione in senso tecnico, mentre la richiesta di correzione di errore materiale sia norma speciale, rispetto alla più ampia previsione generale di cui all'art. 130 c.p.p.<sup>29</sup>.

Mentre, infatti, l'errore materiale può essere rilevato d'ufficio, in ogni momento, dalla stessa Corte di cassazione, l'errore di fatto può essere eccepito dalle parti legittimate entro un termine perentorio di centottanta giorni. Ora, proprio l'apposizione di un termine è in contrasto alla "straordinarietà" del mezzo, unitamente alla riapertura del procedimento definito con la sentenza di legittimità, all'esito della quale il condannato riacquista il suo *status* di imputato, con la possibilità di censurare, sia il vizio del precedente giudizio, sia - perlomeno alcuna statuizione induce ad una scelta contraria - le questioni rilevabili in ogni stato e grado del procedimento<sup>30</sup>. Sembra possibile identificare in tale impugnazione un rimedio a tutela del condannato non contro la situazione giuridica di cui all'art. 648 c.p.p., ma contro il processo di formazione progressiva di detta situazione, che pone in discussione la validità dell'approdo conoscitivo del giudice di legittimità in punto di corrispondenza agli atti del giudizio<sup>31</sup>.

Dall'altro lato, però, il ricorso non sospende gli effetti del provvedimento, salvo che la Corte di cassazione non ritenga necessaria la sospensione, nei casi di eccezionale gravità. Proprio l'esclusione dell'effetto sospensivo

<sup>24</sup> In tal senso, Mazza, *Il ricorso straordinario per errore di fatto: un quarto grado di giudizio occasionale?*, cit., 3221; Dinacci, *Ricorso straordinario per errore materiale o di fatto*, Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, V, Torino, 2009, 887.

<sup>25</sup> Capone, *Il concetto di errore di fatto e la sua prova*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 737.

<sup>26</sup> Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., 299.

<sup>27</sup> Secondo la felice definizione di Cordero, *Procedura penale*, cit., 1185.

<sup>28</sup> Gialuz, *sub art. 625-bis c.p.p.*, cit., 5560.

<sup>29</sup> Bargi, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, cit., 142.

<sup>30</sup> Gialuz, *Ricorso straordinario (proc. pen.)*, cit., 5294.

<sup>31</sup> Così, Bargi, *Controllo di legittimità*, cit., 157-158.

comporta che il provvedimento conservi la sua efficacia di giudicato formale, a condizione che non venga accolto il ricorso straordinario per errore di fatto. Ecco perché le tesi prevalenti si sono espresse a favore della “straordinarietà” del mezzo, desunta anche dalla dizione di “condannato”, che legittima la proposizione del ricorso *ex art. 625-bis c.p.p.*<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Cass., sez. un., 27 marzo 2002, n. 13, cit. Sulla natura “straordinaria” del ricorso per errore di fatto, Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, *Guida dir.*, 11, 60, nota come caso “Drassich”, ha rinvenuto nel rimedio di cui all’art. 625-bis c.p.p. lo strumento idoneo a dare esecuzione alle sentenze Cedu. Nel caso specifico, la Corte europea si era pronunciata sul mancato riconoscimento all’imputato del diritto di interloquire, in sede di legittimità, sulla diversa definizione del fatto giuridico corruttivo, impedendo così la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. Tale decisione è stata oggetto di grande attenzione per l’enunciazione del principio di analogia *in bonam partem*, laddove si è ritenuto che il

Pertanto, solo per esclusione - «per l’impossibilità del suo inquadramento tra i mezzi ordinari»<sup>33</sup> - è possibile collocare il ricorso per l’errore di fatto fra i mezzi straordinari d’impugnazione anche se lo stesso non colpisce una decisione passata in giudicato, ma una sentenza esecutiva<sup>34</sup>; tanto più in considerazione del fatto che, diversamente dalla revisione, il rimedio avverso le sentenze di legittimità non ha ad oggetto il *quid novi*, ma elementi già valutati nel precedente giudizio.

ricorso straordinario sia «norma creata per colmare un vuoto normativo dovuto all’inadeguatezza della precedente disciplina a tutelare anomalie e violazioni riconducibili al diritto di difesa». In prospettiva critica, Zaccà, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 781.

<sup>33</sup> Ancora, Bargi, *Controllo di legittimità*, cit., 168.

<sup>34</sup> In questi termini, Dinacci, *Ricorso straordinario per errore materiale o di fatto*, cit., 924.

# L'interesse all'impugnazione della misura cautelare reale va valutato in concreto anche quando a proporla è l'imputato

---

**Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 18 ottobre 2011, n. 37692 – Pres. Carmenini; Rel. Diotallevi**

*Avverso il provvedimento di sequestro preventivo, e degli altri provvedimenti ad esso conseguenti e connessi, devono ritenersi legittimati a proporre impugnazione oltre al soggetto cui le cose sono state sequestrate o a cui dovrebbero essere restituite, anche l'imputato o l'indagato, sempre che abbia un concreto interesse alla proposizione del gravame. In sostanza la legittimazione alla partecipazione all'udienza di fronte al Tribunale del riesame, con diritto alla notifica dell'avviso dell'udienza camerale, o il diritto alla notifica di provvedimenti quali quelli di revoca del sequestro e di restituzione del bene, può ritenersi insussistente esclusivamente nei confronti di soggetti titolari di un interesse meramente eventuale, occasionale e inattuale. In tema di riesame, infatti, l'art. 324 comma 1 c.p.p. disciplina autonomamente e compiutamente la decorrenza del termine prevedendo che questo decorra "dalla data di esecuzione del provvedimento che ha disposto il sequestro o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro". L'eventuale omessa notifica del decreto di (revoca) del sequestro preventivo nei confronti della persona interessata alla restituzione del bene non è sanzionata con la nullità, difettando un'espressa previsione della relativa causa di invalidità ed essendo il diritto di difesa garantito dalla facoltà di proporre appello entro il termine di dieci giorni dalla data in cui si è avuta conoscenza dell'atto.*

---

Omissis ha proposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza in data 14 febbraio 2011 del Tribunale di Firenze – Sezione del riesame – con la quale, è stato dichiarato inammissibile per tardività il ricorso in appello del omissis avverso il provvedimento con cui, tra l'altro, è stata ordinata la restituzione del bene in sequestro (Trittico del XIV secolo raffigurante "Madonna con bambino tra S. Jacopo e S. Andrea" del Maestro della predella dell'Ashmolean all'Arcidiocesi di Firenze).

A sostegno del ricorso il ricorrente ha dedotto:

a) Violazione di legge ex art. 606, lett. e) c.p.p. Errata pronuncia di inammissibilità per presunta tardività dell'impugnazione.



Il ricorrente lamenta l'assoluta incongruenza del giudizio formulato dal Tribunale in ordine alla ritenuta tardività dell'impugnazione proposta. In realtà secondo il ricorrente l'impugnazione doveva considerarsi tempestiva in quanto ritualmente presentata entro il termine di dieci giorni dall'avvenuta conoscenza della revoca del sequestro e del provvedimento di restituzione del bene all'Arcidiocesi. Il ricorrente deduce, infatti, di non avere mai avuto conoscenza, non essendogli stato notificato, del provvedimento di revoca del sequestro preventivo da parte del p.m. in data 11 giugno 2010 con conseguente restituzione del trittico all'Arcidiocesi. Soltanto in data 20 ottobre 2010 il ricorrente avrebbe avuto piena conoscenza del provvedimento del p.m., che dopo il provvedimento emesso in data 12 maggio 2010, di affidamento in custodia del trittico all'Arcidiocesi, ne ha disposto la successiva restituzione appunto in data 11 giugno 2011, previa revoca del sequestro preventivo. Il *omissis* contesta dunque la fondatezza dell'affermazione del TdR secondo il quale gli sarebbe stato regolarmente notificato il provvedimento del 12 maggio 2010, che peraltro non faceva, né poteva fare, alcun riferimento al dissequestro e alla restituzione ma riportava esclusivamente il mutamento nella persona del custode del bene; né da tale evento il *omissis* avrebbe potuto inferire l'adozione del successivo provvedimento di dissequestro e restituzione né comunque potrebbe ipotizzarsi a carico del medesimo un obbligo a impugnare il primo provvedimento in via preventiva.

b) Violazione di legge. Inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità.

Il *omissis* lamenta la violazione nei suoi confronti dell'art. 321 c.p.p. che al comma 3 prevede la notifica del decreto del p.m. che dispone la revoca della misura a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione; facoltà di cui il *omissis* era titolare sia in ragione della sua qualità di destinatario del provvedimento di sequestro, che di soggetto titolare del diritto alla restituzione del bene.

c) Violazione di legge in ordine alla ritenuta inammissibilità dell'impugnazione per carenza di interesse.

Il ricorrente sottolinea l'esistenza di un suo interesse all'impugnazione essendo possessore e proprietario legittimo del bene in sequestro, avendolo regolarmente acquistato presso una casa d'aste di primaria importanza (Semenzato). In ogni caso il TdR, preso atto della contestazione sulla proprietà del bene avrebbe dovuto rinviare la decisione al giudice civile ai sensi dell'art. 324, comma 8, c.p.p.

d) Carenza totale di motivazione (art. 325, comma 1 c.p.p.)

Il ricorrente censura la assenza di motivazione in ordine alla prospettata insussistenza dei requisiti del sequestro preventivo, alle ricadute derivanti dall'annullamento del sequestro probatorio e in ordine all'affermazione dei giudici del riesame, secondo la quale, in base agli accertamenti istruttori il bene doveva essere ritenuto di proprietà dell'Arcidiocesi. Né sotto tale profilo poteva ritenersi rilevante la intervenuta modifica della persona del custode dell'opera.

e) Illogicità della motivazione.

Secondo il ricorrente sarebbe illogica l'affermazione del TdR secondo la quale non porterebbe alcun vantaggio nei suoi confronti l'eventuale revoca del provvedimento di restituzione e il conseguente ripristino del provvedimento di sequestro preventivo, in costanza di affidamento del bene stesso all'Arcidiocesi; infatti l'impugnazione proposta concerne proprio il dissequestro e la restituzione del trittico all'Arcidiocesi, con conseguente pronuncia sul *fumus boni iuris* che assisterebbe la sua condizione di proprietario, e comunque sulla richiesta di trasferimento della controversia sul punto al giudice civile.

f) Erroneità della motivazione in ordine alla proprietà del bene.

Il ricorrente censura l'affermazione del TdR secondo al quale l'Arcidiocesi dovrebbe essere riconosciuta come unico Ente proprietario del bene; in realtà non vi sarebbe prova alcuna di tale diritto, mentre al contrario sarebbe evidente la prova dell'acquisto del bene da parte del ricorrente.

g) Sulla proprietà del dipinto.

Il ricorrente sottolinea come da tutta la documentazione prodotta, atti notarili, atti catastali e guide turistiche, la Chiesa di S. Andrea a Rigoni, ove era custodito il dipinto, non risulta di proprietà dell'Arcidiocesi ma di proprietà privata, circostanza che non potrebbe essere superata dalla relazione dei CC del gennaio 2010, redatta senza alcun supporto probatorio documentale, ma in base ad una relazione dell'Avvocatura dello Stato e ad alcuni documenti della Soprintendenza.

Il ricorso è fondato.

Osserva la Corte che preliminarmente deve essere riconosciuto al *omissis* la legittimazione a proporre sia il ricorso davanti al TdR che per cassazione, in quanto, in tema di restituzione di cose sequestrate, la qualifica di "interessato" legittimato a ricorrere avverso il provvedimento del giudice che ha provveduto sulla richiesta deve essere riconosciuto non solo a chi ne ha attivato l'intervento, ma anche a coloro nella cui sfera soggettiva il provvedimento richiesto può produrre conseguenze dirette ( v. Cass., sez IV, 7 marzo 2008, n. 17044, *CED Cass.*, 239540). In questo senso avverso il provvedimento di sequestro preventivo, e degli altri provvedimenti ad esso conseguenti e connessi, devono ritenersi legittimati a proporre impugnazione oltre al soggetto cui le cose sono state sequestrate o a cui dovrebbero essere restituite, anche l'imputato o l'indagato, sempre che abbia un concreto interesse alla proposizione del gravame. In sostanza la legittimazione alla partecipazione all'udienza di fronte al TdR, con diritto alla notifica dell'avviso dell'udienza camerale, o il diritto alla notifica di provvedimenti quali quelli di revoca del sequestro e di restituzione del bene, può ritenersi insussistente esclusivamente nei confronti di soggetti titolari di un interesse meramente eventuale, occasionale e inattuale. Tale circostanza deve essere esclusa nel caso in esame, dovendosi ritenere che il *omissis* rientri tra le persone aventi diritto alla restituzione del bene sequestrato, per quanto sopra specificato, per la sua qualità, allo stato, di proprietario; infatti, seppur i non meglio precisati accertamenti dei Carabinieri dimostrerebbero il contrario secondo il TdR e la qualifica di proprietario debba ritenersi *sub iudice*, può essere riconosciuta al *omissis* in base all'acquisto effettuato e certificato presso una casa d'aste di primaria importanza, comunque la qualità di soggetto che abbia il possesso formalmente legittimo o la detenzione del bene, la cui contestazione impone eventualmente la trasmissione degli atti al giudice civile, ( v. anche Cass., sez. III, 22 aprile 2010, n. 26196, *CED Cass.*, 247693). Orbene se dunque rientra tra i poteri dell'A.G. procedente, ed anche del TdR, la modifica della parte del provvedimento riguardante la nomina del custode delle cose in sequestro, è innegabile, per quanto sopra affermato, che il *omissis* per la qualifica sostanziale e processuale rivestita, aveva diritto alla notifica del provvedimento di revoca del sequestro e di restituzione del bene all'Arcidiocesi per l'esercizio di una tempestiva impugnazione. Sulla base di queste considerazioni la pacifica omessa comunicazione al ricorrente del provvedimento con cui il P.M. ha disposto in data 11 giugno 2010 la revoca del sequestro e la restituzione del bene all'Arcidiocesi di Firenze nella sua qualità di proprietario comporta una violazione che non può non avere incidenza sulla valutazione della tempestività del ricorso avverso il suddetto provvedimento di fronte al TdR in sede di appello. Né appare rilevante la circostanza che fosse stato notificato al *omissis* in data 10 giugno 2010 il provvedimento di modifica del custode con l'affidamento del dipinto all'Arcidiocesi, e il suo relativo spostamento dall'abitazione dello stesso *omissis* ove era custodito in virtù del provvedimento di sequestro del 16 aprile 2010.

Lo spostamento del luogo di custodia può infatti essere stato accettato indipendentemente dal riconoscimento, assolutamente provvisorio, in ordine al titolo di proprietà dell'opera, ma, ad esempio, per mere ragioni di opportunità e di sicurezza, stante la controversia insorta. Ed appare una valutazione non condivisibile sotto profilo logico – consequenziale l'affermazione secondo la quale la prospettazione dell'adozione del successivo provvedimento di revoca doveva essere presunta dall'interessato in base agli esiti delle indagini svolte. Sotto questo aspetto, ad esempio potrebbe assumere valore la volontà di resistenza del *omissis* con riferimento al ricorso proposto avverso il sequestro probatorio di cui ha ottenuto l'annullamento in data 12 febbraio 2010, ed in seguito al quale, *incidenter tantum*, allo stesso è stata riconosciuta la qualità di proprietario. In ogni caso, al di là della potenziale capacità previsionale del *omissis* conta l'adozione dei provvedimenti formali previsti secondo le scansioni del codice e, nel caso di specie, al ricorrente non risulta essere stata eseguita la notifica prevista dall'art. 321, comma 3 c.p.p. Per valutare l'incidenza di tale omissione ai fini della decorrenza del termine per la presentazione dell'appello ai sensi dell'art. 322 *bis* c.p.p. occorre, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, fare riferimento al momento dell'esecuzione del provvedimento o della sua effettiva conoscenza, e non al dato formale della notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento (in materia di esecuzione del sequestro, Sez. Un., 11 luglio 2006, n. 27777, (dep. 03/08/2006) *C.E.D. cass.*, 234213). In tema di riesame, infatti, l'art. 324 comma 1 c.p.p. disciplina autonomamente e compiutamente la decorrenza del termine prevedendo che questo decorra "dalla data di esecuzione del provvedimento che ha disposto il sequestro o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro". La norma dunque, sul punto della decorrenza, appare esaustiva e diretta a indicare un unico termine iniziale. E tali principi devono ritenersi applicabili, *mutatis mutandis*, anche al caso di specie. Sotto questo profilo deve aggiungersi peraltro che, nella fattispecie in esame deve trovare applicazione il principio di diritto in base al quale l'eventuale omessa notifica del decreto di (revoca) del sequestro preventivo nei confronti della persona interessata alla restituzione del bene non è sanzionata con la nullità, difettando un'espressa previsione della relativa causa di invalidità ed essendo il diritto di difesa garantito dalla facoltà di proporre appello entro il termine di dieci giorni dalla data in cui si è avuta conoscenza dell'atto (sempre in tema di sequestro, Cass., sez. VI, 8 gennaio 2009 (dep. 09/04/2009), n. 15501, *C.E.D. Cass.*, 243572) la cui decorrenza, nel caso di specie, in base agli elementi di fatto acquisiti, documentali e sostanzialmente riconosciuti dallo stesso Tribunale, deve essere, con ragionevole certezza, individuata nella data del 14 ottobre 2010, con la conseguente tempestività dell'appello presentato in data 22 ottobre 2010 (v. anche Sez. VI, 16 settembre 2004, n. 40807, (dep. 20 ottobre 2004, *C.E.D. Cass.*, 229926). Né può considerarsi al di fuori del sistema la previsione di un termine che inizi a decorrere senza che il titolare del diritto di impugnazione ne abbia formale conoscenza, in quanto la coerenza sistematica va ricercata all'interno del sistema stesso che disciplina le misure cautelari reali, dove vige il principio della valorizzazione degli elementi sostanziali e fattuali rispetto a quelli formali (v. Cass., sez. III, 2 luglio 2003 n. 36178, Turchetti, *C.E.D. Cass.*, 226397; v. ancora Sez. Un., 11 luglio 2006 n. 27777, (dep. 03/08/2006) *C.E.D. cass.*, 234213), anche in considerazione della natura devolutiva dell'impugnazione.

Alla luce delle suesposte considerazioni il provvedimento deve essere annullato sussistendo il vizio di violazione di legge in presenza di una base fattuale correttamente individuata.

DIANA POLETTI

*Università degli Studi di Brescia*

**Il termine perentorio di cui all'art. 324 c.p.p. garantisce il diritto dell'interessato ad impugnare il provvedimento di revoca della misura cautelare reale**

*The deadline provided by art. 324 c.p.p. doesn't prejudice (harm) the parties concerned's right to appeal against the seizure's revocation*

(Peer reviewers: Prof. Piermaria Corso; Prof. Giulio Garuti)

---

In tema di restituzione di cose sequestrate, non può essere considerata al di fuori del sistema la previsione di un termine che inizi a decorrere senza che l'interessato ad impugnare il provvedimento di revoca della misura cautelare reale, astrattamente idoneo a produrre conseguenze nella sua sfera giuridica, ne abbia contezza. Ciò in quanto l'omessa notifica del predetto provvedimento al soggetto titolare del diritto di impugnazione non inficia il suo diritto di difesa, essendo comunque garantitagli la possibilità di proporre richiesta di riesame ovvero di appello entro dieci giorni dall'effettiva conoscenza dell'atto.

*Regarding the restitution of confiscated property, the right of defense of the parties concerned to appeal is not affected if the revocation of the seizure is not served to him. In any case, in fact, he has 10 days to assert his right of appeal from the moment he comes to know the existence of that measure.*

---

#### **Il fatto**

Con provvedimento del 16 febbraio 2010, il giudice per le indagini preliminari del Tri-

bunale di Firenze convalidava il decreto di sequestro preventivo emesso dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 321, comma 3 *bis*, c.p.p..

Oggetto della misura cautelare reale un trittico del XIV secolo di grande valore, probabilmente trafugato da una chiesa fiorentina ed oggetto di contesa, nella fattispecie che qui interessa, tra un collezionista privato, suo acquirente presso una casa d'aste di primaria importanza, e l'Arcidiocesi del capoluogo toscano, rivendicante la proprietà dell'opera.

In data 11 giugno 2010, sempre nel corso delle indagini preliminari, essendo venute meno le condizioni di applicabilità, il pubblico ministero, con decreto motivato, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 321, comma 2, e 263, comma 4, c.p.p., disponeva la revoca del sequestro, stabilendo, inoltre, la provvisoria restituzione del bene all'ente religioso, suo custode nelle more delle indagini.

Il provvedimento, per omissione dell'organo procedente, non veniva tuttavia notificato al collezionista, che solo successivamente prendeva contezza del dissequestro e conseguentemente proponeva avverso lo stesso appello ai sensi dell'art. 322 *bis*, comma 1, c.p.p..

Il tribunale per il riesame dichiarava l'impugnazione proposta dall'appellante inammissibile in quanto tardiva.

Il collezionista ricorreva quindi per Cassazione ai sensi dell'art. 325 c.p.p., censurando l'ordinanza impugnata per violazione di legge. Il ricorrente, lamentando la violazione degli artt. 321, comma 3, e 324, comma 8, c.p.p., denunciava l'errata pronuncia di inammissibilità per presunta tardività dell'impugnazione, nonché l'inosservanza, a suo nocimento, di norme processuali stabilite a pena di nullità. Il medesimo, sottolineando la sua qualifica di possessore e proprietario legittimo del bene in sequestro, censurava inoltre l'ordinanza in relazione alla ritenuta inammissibilità dell'impugnazione per carenza di interesse. La Suprema Corte annullava senza rinvio l'ordinanza impugnata.

### La pronuncia della Corte, una doppia conferma

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso *de qua*, conferma ampiamente

il proprio orientamento in tema di legittimazione ad impugnare e di decorrenza dei termini per proporre gravame. Apparentemente, quindi, nulla di nuovo, se non l'attenzione con cui il Collegio torna ad esprimersi in merito al primo dei due aspetti sopra citati.

Derogando infatti al principio di diritto che impone all'organo giudicante di verificare la tempestività dell'impugnazione nei termini tassativi individuati dal legislatore, il Supremo Collegio si concentra dapprima sulla definizione di interessato legittimato a ricorrere, giungendo a statuire il principio generale secondo cui "la legittimazione alla partecipazione all'udienza avanti al TdR, con diritto alla notifica dell'avviso dell'udienza camerale, o il diritto di notifica dei provvedimenti quali quelli di revoca del sequestro e restituzione del bene, può ritenersi insussistente esclusivamente nei confronti di soggetti titolari di un interesse meramente eventuale, occasionale o inattuale".

Il principio, di indubbia linearità, permette quindi di specificare, o addirittura superare, lo stesso dato normativo che, agli artt. 322<sup>1</sup> e 322 *bis*<sup>2</sup> c.p.p., individua quali soggetti legittimati a proporre il riesame e l'appello l'imputato<sup>3</sup>, il suo difensore, la persona alla quale le

<sup>1</sup> Cfr. E. Selvaggi, sub art. 322 c.p.p., Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, 1990, 371 ss.; Aprile, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2006, 654 ss..

<sup>2</sup> Cfr. E. Selvaggi, sub art. 322 *bis* c.p.p., *op. cit.*; Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, 263 ss.; Bausardo, *Misure cautelari reali*, Chiavario (coordinato da) *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, 1996, 331.

<sup>3</sup> Branca, *Le misure cautelari reali*, *Giust. pen.*, 1998, III, 542. Secondo l'A., pur in difetto di una sua esplicita menzione, stante il rinvio operato dagli artt. 60 e 61 c.p.p., il termine «imputato» deve ritenersi comprensivo anche della persona sottoposta alle indagini. Ciò in quanto il provvedimento di sequestro preventivo può essere emesso in ogni stato e grado del procedimento, vale a dire anche prima dell'esercizio dell'azione penale. In tema di legittimazione ad impugnare della persona sottoposta alle indagini Cfr. D'Onofrio, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1998, 209; Turco, *Legittimazione ed interesse ad impugnare in tema di sequestro preventivo: dualismo teorico?*, *Cass. pen.*, 2003, 7-8, 2368. In argomento, la

cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione: soggetti tutti che, stante la loro stessa posizione di legittimazione, concretamente possono essere titolari di un interesse attuale<sup>4</sup> e non eventuale od occasionale all'impugnazione<sup>5</sup>.

giurisprudenza prevalente non ha mancato di sottolineare come, in ossequio al principio generale di cui all'art. 568, comma 3, c.p.p., la persona indagata, per impugnare, "deve poter vantare un interesse concreto ed attuale alla proposizione del gravame, derivante dalla menomazione di una qualunque situazione giuridica soggettiva sulla cosa, apportata con il vincolo impresso sul sequestro indipendentemente dalla proprietà del bene", così Cass., sez. V, 21 ottobre 2008, n. 44036, *CED Cass.*, 241673.

<sup>4</sup> Gli artt. 322 e 322 bis c.p.p., individuano, in via tassativa ed in termini identici, i soggetti privati legittimati ad impugnare avverso i provvedimenti in materia di sequestro preventivo. Tale legittimazione, tuttavia, è di per sé esclusivamente astratta: l'ammissibilità del riesame ovvero dell'appello avanzata dai medesimi dovrà essere necessariamente subordinata alla verifica della sussistenza, nel caso concreto, del loro interesse all'impugnazione, *condicio sine qua non* espressamente richiesta dagli artt. 568, comma 4, e 591, comma 1, lett. a), c.p.p..

<sup>5</sup> Ai soggetti *de quibus* va aggiunto il pubblico ministero, espressamente previsto in tema di appello e ricorso per cassazione. Va altresì rilevato che l'ambito dei soggetti legittimati così individuato è più ristretto di quello enucleato dall'art. 318 c.p.p., riferendosi tale disposizione a "chiunque vi abbia interesse, vale a dire non solo all'imputato, al responsabile civile e a chiunque possa vantare un diritto reale sulla cosa in sequestro, ma anche a tutti coloro (compresi i creditori) che possono ricevere pregiudizio dal mantenimento della misura cautelare", di tale avviso Turco, *op. cit.*, 2368. Sul punto Cfr. E. Selvaggi, *sub art. 321 c.p.p., op. cit.*, 359. Giova peraltro sottolineare come il legislatore non annoveri tra i soggetti di cui agli artt. 322 e 322 bis c.p.p. la persona offesa dal reato in quanto tale. La medesima non potrà esperire alcuna richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo ovvero non sarà legittimata a proporre appello avverso gli altri provvedimenti in materia di sequestro preventivo né a ricorrere per cassazione contro le ordinanze emesse a norma degli artt. 322 bis e 324 c.p.p.. A riguardo Cfr. Branca, *op. cit.*, 543; F. Lattanzi, *sub art. 322 bis c.p.p.*, Lattanzi – Lupo (a cura di) *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, II, Milano, 2006, 1642; Aprile, *op. cit.*, 663. In giurisprudenza si rinvia a C. cost., ord. 23 dicembre 1998, n. 429, *Giur. cost.*, 1998, 3658; Cass., sez. II, 7 aprile 1994, n. 1722, *Arc. n. proc. pen.*, 1994, 734; Cass., sez. II, 19 febbraio 2007, n. 6908, *Arc. n. proc. pen.*, 2007, 3, 333. Laddove, al contrario, la persona offesa abbia diritto alla restituzione delle cose

Nell'enucleazione del principio, peraltro, la Corte di Cassazione, richiamando una sua precedente pronuncia, afferma, a corroborazione di quanto appena statuito, che "la qualifica di interessato, legittimato a ricorrere avverso il provvedimento del giudice che ha provveduto sulla richiesta, deve essere riconosciuta non solo a chi ne ha attivato l'intervento, ma anche a coloro nella cui sfera soggettiva il provvedimento richiesto può produrre conseguenze dirette"<sup>6</sup>.

Da qui, nel caso concreto, il riconoscimento della legittimazione ad impugnare in capo al ricorrente, nonché, in via generale, l'insegnamento secondo cui la qualifica di interessato legittimato a proporre le proprie censure in materia cautelare debba essere necessariamente intesa in senso estensivo, quale espressione utilizzata dal legislatore per individuare i soggetti nella cui sfera soggettiva il sequestro ed i provvedimenti a questo connessi possono incidere ed arrecare nocimento. Come anticipato, la Corte non è peraltro nuova ad un tale

sequestrate, in quanto titolare del diritto di proprietà o di altra natura sui beni oggetto di sequestro, alla medesima dovrà essere riconosciuta la legittimazione attiva all'impugnazione nonché il diritto all'avviso a prendere parte all'udienza camerale fissata a seguito dell'appello esperito dagli altri soggetti legittimati Cfr. Cass., sez. II, 22 ottobre 2004, n. 43659, *Arc. n. proc. pen.*, 2005, 1257, conformi Cass., sez. II, 5 luglio 2007, n. 25986, *Cass. pen.*, 2008, 9, 3388.

<sup>6</sup> Cass., sez. IV, 7 marzo 2008, n. 17044, *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 3017. Nel caso di specie la Corte di Cassazione ricorda che, secondo la sistematica del procedimento disciplinato dall'art. 127 c.p.p., "il termine interessato è usato in funzione individuatoria dei soggetti che, come parte privata, hanno titolo e diritto di partecipazione". Sempre secondo il Supremo Collegio, "è escluso che nel lessico della norma al termine interessato possa essere data un'accezione restrittiva, secondo la quale il solo interessato sarebbe colui che ha proposto l'istanza di restituzione, dal momento che è ben possibile che altri possano vantare sulle cose sequestrate un proprio diritto a rientrare nella disponibilità e che potrebbe essere pregiudicato dalla decisione del giudice. A costoro deve essere assicurata la necessaria tutela della loro posizione di interesse che costituisce titolo legittimativo e fonte del diritto a partecipare attivamente al procedimento per contrastare la pretesa alla restituzione delle cose avanzata, diritto che è integralmente collegato ad una effettiva e sostanziale esigenza di integrazione del contraddittorio, che altrimenti difetterebbe del carattere della completezza".

orientamento: in passato il Supremo Collegio ha statuito che *“la persona sottoposta alle indagini nei cui confronti sia stato adottato un decreto di sequestro preventivo è legittimata a richiedere l'appello, ex art. 322 bis c.p.p., di detto provvedimento anche se la cosa sequestrata sia di proprietà di terzi, non potendosi contestare l'interesse al gravame ogni qual volta venga in discussione la natura del reato o la qualificazione giuridica del fatto o comunque sia configurabile un'influenza sul procedimento penale”*<sup>7</sup>, specificando che anche l'indagato per un reato connesso a quello in relazione al quale è stato disposto il sequestro preventivo *“può essere legittimato alla proposizione dell'appello ex art. 322 bis c.p.p.”*<sup>8</sup>, purché possa vantare un interesse concreto ed attuale all'impugnazione.

Inoltre, il Collegio ha riconosciuto - in più pronunce - alla persona *“che avrebbe diritto alla restituzione delle cose passibili di sequestro”* la legittimazione ad impugnare, in quanto *“soggetto astrattamente riconosciuto dal Legislatore come portatore di un interesse meritevole di tutela senza alcuna limitazione in relazione alla natura del provvedimento oggetto di gravame, se non con riferimento al tipo di gravame previsto (riesame e appello)”*<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cass., sez. IV, 20 aprile 2005, n. 21724, *Arc. n. proc. pen.*, 2006, 2, 228; in termini Cass., sez. III, 27 gennaio 2010, n. 10977, *Cass. pen.*, 2010, 10, 3570; Cass., sez. V, 21 ottobre 2008, n. 44036, *CED Cass.*, 241673; Cass., sez. I, 5 ottobre 2005, n. 36038, *Arc. n. proc. pen.*, 2006, 5, 573; Cass., sez. I, 18 febbraio 2009, n. 13037, *CED Cass.*, 243554. In dottrina, Cfr. F. Lattanzi, *sub art. 322 bis c.p.p.*, Lattanzi - Lupo (a cura di) *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, II, Milano, 2008, 1651.

<sup>8</sup> Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 10029, *CED Cass.*, 243075.

<sup>9</sup> Cass., sez. VI, 27 maggio 1994, *Giust. pen.*, 1995, 3, 485. Conformi Cass., sez. II, 14 dicembre 1993, *Mass. Cass. pen.*, 1994, 6, 21; Cass., sez. VI, 15 aprile 1996, *Cass. pen.*, 1997, 151. Giova sottolineare come la Suprema Corte abbia contestualmente precisato che la qualifica di *“persona che ha diritto alla restituzione”* debba essere individuata *“solo in colui che possa vantare una posizione giuridica autonomamente tutelabile e coincidente, quindi, con un diritto soggettivo ovvero un mero rapporto di fatto comunque tutelato”*. In questo senso Cass., sez. VI, 2 novembre 1994, *CED Cass.*, 199929. Ancora, la giurisprudenza di

Non solo, la Corte di Cassazione, definendo in chiave estensiva il novero dei soggetti abilitati a rivolgere le loro doglianze avverso un provvedimento in materia cautelare, ha altresì specificato che il significato della formula *“persona che avrebbe diritto alla restituzione delle cose sequestrate”* non può essere limitato a quello di proprietario o di titolare di un diritto reale di godimento o garanzia sul bene, in quanto la stessa espressione deve necessariamente ricomprendere *“tutti quei soggetti che hanno un titolo, sia pure derivante da un rapporto obbligatorio, a conseguire il possesso o la detenzione del bene”*, riconoscendo che *“chiunque possa potenzialmente trovarsi nella possibilità di chiedere e ottenere dalla autorità giudiziaria, anche in conflitto, con la volontà del proprietario, la consegna del bene, è soggetto legittimato a proporre richiesta di riesame avverso il provvedimento di sequestro penale”*<sup>10</sup>.

Da ciò deriva quindi la conferma del principio generale statuito dalla Corte nella sentenza in commento e conseguentemente il necessario riconoscimento della legittimazione ad impugnare in capo a chiunque abbia un interesse, così come sopra definito, avverso ogni provvedimento in materia cautelare idoneo ad incidere nella sua sfera soggettiva.

Dopo aver chiarito quanto sopra, il Supremo Collegio si concentra sul vero nodo della sentenza: l'individuazione del *dies a quo* per

legittimità ha altresì rilevato che i soggetti che avrebbero diritto alla restituzione delle cose sequestrate non possono essere individuati negli stessi che hanno proposto la richiesta di riesame, in quanto chi può esperire tale gravame non è necessariamente la persona che ha diritto a rientrare in possesso delle cose sequestrate, in tal senso Cass., sez. I, 23 marzo 1994, *CED Cass.*, 196845. Critico circa la legittimazione attiva della persona titolare del diritto alla restituzione delle cose sequestrate a proporre appello contro l'ordinanza di rigetto della richiesta di applicazione di un sequestro preventivo formulato dal pubblico ministero, F. Lattanzi, *Chi è che può appellare vantando un diritto alla restituzione delle cose sequestrate?*, *Cass. pen.*, 1993, 639.

<sup>10</sup> Cass., sez. II, 22 aprile 2010, n. 26196, *CED Cass.*, 2010, conforme Cass., 22 ottobre 2009, n. 42918, *CED Cass.*, 2009.

la decorrenza dei termini per proporre impugnazione.

Nello specifico, la Corte, al fine di poter valutare la tempestività del ricorso proposto dall'appellante avverso l'ordinanza impugnata, ribadisce, come affermato in passato dalle Sezioni Unite, che "ai fini della decorrenza del termine per la presentazione dell'appello ai sensi dell'art. 322 bis, occorre, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale far riferimento al momento dell'esecuzione del provvedimento o della sua conoscenza e non al dato formale della notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento di sequestro"<sup>11</sup>. Come statuito infatti dallo stesso Collegio, in tema di misure cautelari reali, "ai fini della decorrenza dei termini per le impugnazioni previste dagli artt. 322 bis e 324 c.p.p. assume rilievo determinante la data della effettiva conoscenza da parte del titolare del diritto di impugnazione, del provvedimento emesso dal giudice"<sup>12</sup>.

Nel caso in esame, la Corte richiama il testo dello stesso art. 324<sup>13</sup> c.p.p., applicabile anche in caso di appello, il quale, al comma 1, statuisce che l'impugnazione avverso un provvedimento in materia cautelare deve essere presentata dal soggetto interessato entro il termine perentorio<sup>14</sup> di dieci giorni dalla data di

esecuzione del provvedimento che ha disposto il sequestro/dissequestro, o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza<sup>15</sup> dell'avvenuto sequestro/dissequestro.

Proprio la previsione di una tale alternativa porta lo stesso Supremo Collegio ad aggiungere come debba trovare applicazione il principio di diritto in base al quale l'omessa notifica del provvedimento di dissequestro<sup>16</sup> del bene

---

del sequestro preventivo ed il richiedente ne alleggi la tempestività rispetto alla diversa data in cui ne avrebbe avuto conoscenza, non spetterà più a quest'ultimo comprovare il fondamento di tale allegazione, gravando al contrario sul giudice, ove questi ritenga l'impugnazione tardiva, l'onere di accertare, sulla scorta delle risultanze processuali, la diversa data in cui l'effettiva conoscenza si sarebbe verificata. Così, in materia di misure cautelari personali, Cass., sez. II, 6 luglio 2006, n. 30723, *Arc. n. proc. pen.*, 2007, 3, 326, *Riv. pen.*, 2007, 6, 686.

<sup>11</sup> In quest'ultimo caso, secondo Cass., sez. VI, 16 settembre 2004, n. 40807, *Cass. pen.*, 2005, 12, 3933, il termine per la proposizione della richiesta di riesame o di appello decorre, per il soggetto legittimato, "dal momento in cui si debba ragionevolmente presumere che egli sia venuto a conoscenza dell'esecuzione della misura cautelare". Quanto alla decorrenza di tale termine si è puntualizzato in dottrina che la conoscenza dell'avvenuto sequestro non è soltanto quella legale, realizzabile tramite i mezzi formali previsti dalla legge processuale, ma è anche quella che di fatto consegue all'attivazione di ogni diverso strumento che possa essere considerato in concreto atto a procurarla, in tale senso Aprile, *op. cit.*, 665. Ancora, giova ricordare che, come sottolineato dalla giurisprudenza, il predetto termine decorre "sia per la persona sottoposta a indagine che per il difensore, dal momento di effettiva conoscenza dell'esecuzione della misura, posto che con l'espressione «interessato» utilizzata nell'art. 324, comma primo, c.p.p., il legislatore fa riferimento all'interessato all'impugnazione e non già all'interessato sostanziale, che è colui sulla cui posizione il sequestro incide", in questi termini Cass., sez. II, 5 ottobre 2005, n. 42315, *Arc. n. proc. pen.*, 2007, 1, 127.

<sup>16</sup> Per quanto concerne l'istituto della revoca giova ricordare che, ai sensi dell'art. 321, comma 3, c.p.p., così come modificato dall'art. 15 d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, attualmente, accanto alla competenza in via generale del giudice, ne è stata sancita, per le indagini preliminari, una esclusiva in capo al pubblico ministero, il quale, allorché risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, i presupposti, *rectius* le condizioni di applicabilità previste dal comma 1 dell'art. 321 c.p.p. (*fumus et periculum*), provvederà alla revoca con decreto motivato, da notificarsi a tutti coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. A riguardo, Cfr. Busardo, *op. cit.*, 329. *Contra*, in senso critico, Balducci, *op. cit.*, 212.

<sup>11</sup> Cass., sez. un., 11 luglio 2006, n. 27777, *Dir. e giustizia*, 2006, 35, 52, *Dir. pen. proc.*, 2006, 11, 1331.

<sup>12</sup> Cass., sez. III, 8 maggio 2007, n. 21888, *Arc. n. proc. pen.*, 2008, 1, 71.

<sup>13</sup> Cfr. E. Selvaggi, sub art. 324 c.p.p., *op. cit.*, 377.

<sup>14</sup> Come evidenziatosi in Cass., sez. II, 4 dicembre 1990, n. 6757, *Arc. n. proc. pen.*, 1991, 635, si tratta di termini alternativi aventi natura perentoria e rispondenti all'esigenza della definitività del provvedimento in seguito all'esercizio dei mezzi di gravame o la scadenza dei relativi termini. A riguardo Cfr., fra i molti, F. Lattanzi, sub art. 324 c.p.p., *op. cit.*; D'Onofrio, *op. cit.*, 214; L. Ramacci, *Sequestro preventivo e ordini di fare: quali limiti?*, *Arc. n. proc. pen.*, 1997, 483. In dottrina si è sottolineato come in ogni caso spetti all'interessato comprovare la tempestività della sua istanza, a riguardo chiaro l'intervento di F. Lattanzi, sub art. 324 c.p.p., *op. cit.*. Sempre in tema di termini per impugnare si segnala inoltre che, secondo un orientamento giurisprudenziale che va consolidandosi, laddove la richiesta di riesame sia presentata dopo la scadenza del termine di dieci giorni dalla data di esecuzione



non è sanzionata con la nullità, mancando a riguardo un'espressa previsione codicistica della relativa causa di invalidità<sup>17</sup>. Come osservato dal giudice di legittimità, ciò - lungi dal poter essere considerato una svista del legislatore - è in realtà del tutto coerente con la disciplina delle misure cautelari reali e non viola in alcun modo il diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost.. Nemmeno può considerarsi anomalo - prosegue la Corte nella sua motivazione - un termine che inizi a decorrere senza che il titolare del diritto all'impugnazione ne abbia contezza, in quanto quella che sembra essere un'evidente anomalia perde tutta la sua effettiva consistenza se collocata nell'ambito della disciplina delle misure cautelari reali, in cui, per espresso riconoscimento del Supremo Collegio, la valorizzazione degli elementi sostanziali e fattuali prevale rispetto a quelli formali<sup>18</sup>. Come espressamente statuito dalle già citate Sezioni Unite, *"in un sistema nel quale viene valorizzato il rapporto sostanziale o fattuale di un soggetto con la cosa, ai fini dell'attribuzione del diritto all'impugnazione, è coerente che questo diritto possa farsi valere, da tutti i soggetti cui è attribuito, con una decorrenza riferita all'apprensione materiale della cosa o della conoscenza di questa situazione fattuale e non alla conoscenza formale"*<sup>19</sup>.

Il *dies a quo* entro cui il soggetto interessato potrà proporre impugnazione<sup>20</sup> appare del

tutto coerente con il sistema stesso delle misure cautelari reali, nonché non lesivo del diritto di difesa riconosciuto dalla nostra Carta fondamentale. L'individuazione dei due distinti sopra detti momenti, infatti, non ostacola né impedisce l'esercizio del diritto di difesa, il quale, come ricordato in più occasioni dalla Corte, può essere variamente articolato e disciplinato purché siano concretamente garantiti i fondamentali contenuti del diritto stesso.

### Rilievi critici: la massima, un *obiter dictum*?

La sentenza annotata costituisce una chiara conferma dell'orientamento sviluppato dal Supremo Collegio in tema di legittimazione ad impugnare e di decorrenza del termine per proporre gravame.

Confermando infatti i suoi precedenti, la Corte di Cassazione, lungi dall'assumere una posizione innovatrice o di c.d. *overruling*, giunge con linearità all'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata dal ricorrente.

Occorre tuttavia riflettere sul principio di diritto massimato in relazione alla sentenza *de qua*. Nella massima si legge che *"in tema di restituzione di cose sequestrate, la qualifica di "interessato" legittimato a ricorrere avverso il provvedimento del giudice che ha provveduto sulla richiesta deve essere riconosciuta non solo a chi ne ha attivato l'intervento, ma anche a coloro nella cui sfera soggettiva il provvedimento richiesto può produrre conseguenze dirette. In questo senso, avverso il provvedimento di sequestro preventivo, e degli altri provvedimenti ad esso conseguenti e connessi, devono ritenersi legittimati a proporre impugnazione, oltre al soggetto a cui le cose sono state sequestrate o a cui dovrebbero essere restitui-*

<sup>17</sup> In tema di mancata notifica del decreto di sequestro Cfr. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2009, n. 15501, CED Cass., 243572 secondo cui, *"l'omessa notifica del decreto di sequestro preventivo nei confronti della persona interessata alla restituzione del bene non è sanzionata con la nullità, difettando un'espressa previsione della relativa causa d'invalidità ed essendo il diritto di difesa garantito dalla facoltà di proporre richiesta di riesame entro il termine di dieci giorni dalla data in cui si è avuta conoscenza dell'atto"*.

<sup>18</sup> Cass., sez. III, 2 luglio 2003, n. 36178, Arc. n. proc. pen., 2004, 586.

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 11 luglio 2006, n. 27777, Dir. e giustizia, 2006, 35, 52, Dir. pen. proc., 2006, 11, 1331.

<sup>20</sup> Per quanto concerne la possibilità di proporre appello avverso il decreto di revoca del sequestro disposto dal pubblico ministero Cfr. D'Onofrio, *op. cit.*, 275; Masiello, *Provvedimenti di archiviazione e restituzione dei*

*beni sequestrati ai fini preventivi*, Giur. it., 1997, II, 293 ss., il quale riconosce all'appello avverso le pronunce restitutorie del titolare dell'accusa una necessaria funzione di controllo in quanto il decreto motivato pronunciato dal pubblico ministero a revoca della misura cautelare, seppur non dotato di autonoma carica caducante, individuando il soggetto avente diritto alla restituzione, si rivela comunque dotato di carica lesiva.

te, anche l'imputato o l'indagato, sempre che abbia un concreto interesse alla proposizione del gravame. In sostanza la legittimazione alla partecipazione all'udienza di fronte al Tribunale del Riesame, con diritto alla notifica dell'avviso dell'udienza camerale, o il diritto alla notifica di provvedimenti quali quelli di revoca del sequestro e restituzione del bene, può ritenersi insussistente esclusivamente nei confronti di soggetti titolari di un interesse meramente eventuale, occasionale e inattuale"<sup>21</sup>.

Laddove tuttavia la sentenza venga letta nel suo complesso, partendo proprio dai presupposti procedurali sulla base dei quali il tribunale del riesame ha respinto l'appello proposto dal proprietario del bene sequestrato per tardività, nonché dalle censure dal medesimo esperite, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 325 e 606, comma 1, lett. e), c.p.p., appare evidente come il principio di diritto posto a fondamento della sentenza *de qua* concerna l'individuazione del *dies a quo* ai fini della decorrenza del termine per impugnare e non, al contrario, quello relativo alla qualità di soggetto interessato/legittimato a proporre appello ovvero ricorso per cassazione in materia di misure cautelari reali, profilo analizzato sì dal Collegio, ma evidentemente solo in via incidentale.

Nella fattispecie concreta, quindi, la massima secondo cui, in materia cautelare, la legittimazione ad impugnare il provvedimento di restituzione di cose sequestrate deve essere riconosciuta a tutti coloro nella cui sfera soggettiva tale provvedimento può produrre conseguenze dirette è da ritenersi alla stregua di un *obiter dictum*, vale a dire un principio di diritto, enunciato in via incidentale, rispetto a quanto affermato dal giudice di legittimità, in via principale, a fondamento della propria decisione.

Se infatti la Corte di Cassazione, al fine di potersi pronunciare sull'ordinanza dichiarativa di inammissibilità dell'appello emessa dal tribunale per il riesame, posticipa la tematica

della decorrenza del termine di cui all'art. 324 c.p.p. alla verifica della più generale legittimità ad impugnare, ciò avviene solo in virtù di un aspetto procedurale di carattere squisitamente oggettivo. Il Supremo Collegio, dichiarando il ricorso fondato, osserva sì che al ricorrente debba essere riconosciuto il potere di appellare dinanzi al tribunale del riesame e di ricorrere per Cassazione, in quanto la qualifica di interessato legittimato ad impugnare il provvedimento di revoca della misura cautelare deve essere riconosciuta a tutti coloro nella cui sfera soggettiva tale provvedimento può produrre conseguenze dirette; tuttavia, per stessa specificazione della Corte, ciò avviene in via esclusivamente preliminare, non essendo peraltro tale aspetto mai stato oggetto di analisi dell'impugnata ordinanza.

Appurata pertanto la sussistenza della qualifica di legittimato ad impugnare in capo al ricorrente, la Corte di Cassazione approfondisce il vero punto nevralgico della sentenza, relativo all'individuazione del momento iniziale ai fini della decorrenza del termine tassativo per la proposizione delle richieste di cui agli artt. 322 e 322 bis c.p.p., sottolineando contestualmente la coerenza della disciplina vigente in materia, così come delineata dallo stesso legislatore, nonché evidenziando l'assenza, al suo interno, di qualsivoglia nullità assoluta o violazione del diritto di difesa.

A conferma di tale coerenza sistematica il Supremo Collegio precisa come, in materia cautelare, ove vige il principio della valorizzazione degli elementi sostanziali e fattuali rispetto a quelli formali, "l'eventuale omessa notifica del decreto di sequestro preventivo nei confronti della persona interessata alla restituzione del bene non è sanzionata con la nullità, difettando un'espressa previsione della relativa causa di invalidità ed essendo il diritto di difesa garantito dalla facoltà di proporre appello entro il termine di dieci giorni dalla data in cui si è avuta conoscenza dell'atto".

[omissis]

<sup>21</sup> Cass., sez. II, 18 ottobre 2011, 37692, *Dir. e giustizia*, 2011.

## Nessun vincolo all'azione penale per reati non indicati nel mandato di arresto europeo

**Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 28 ottobre 2011, n. 39240 - Pres. Milo; Rel. Calvanese**

*In tema di mandato di arresto europeo, il principio di specialità, dettato dalla L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 32, non osta a che l'autorità giudiziaria italiana proceda nei confronti della persona consegnata a seguito di mandato di arresto europeo per reati diversi da quelli per i quali la stessa è stata consegnata e commessi anteriormente alla sua consegna. Tuttavia, per i suddetti reati deve ritenersi precluso, in assenza del consenso dello Stato di esecuzione, sottoporre la persona consegnata a misure restrittive della libertà personale né durante il procedimento né in esito a questo.*

[omissis]

### Svolgimento del processo

1. Con l'ordinanza in epigrafe, il Tribunale di Napoli, adito quale giudice del riesame, confermava l'ordinanza del 25 marzo 2011, con la quale il locale Tribunale aveva applicato ad *omissis* la misura cautelare della custodia in carcere per i delitti di cui agli artt. 416-bis e 629 cod. pen., e ne disponeva la sospensione dell'esecuzione.

Evidenziava il Tribunale del riesame che il *omissis* era stato condannato in primo grado con sentenza del 22 aprile 2010 per i suddetti reati, ma poiché era stato consegnato dalla Spagna in data 24 marzo 2009 a seguito di mandato di arresto europeo per altri reati per i quali era stato poi assolto, era necessario, in ossequio al principio di specialità, attivare la prevista procedura di "estradizione suppletiva", sospendendo l'esecuzione della misura cautelare, con la liberazione dell'imputato.

2. Avverso la suddetta ordinanza, ricorre per cassazione il difensore del *omissis*, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

- la violazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), in relazione all'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a), poiché il principio di specialità comportava una preclusione totale all'esercizio della azione penale nella fase requirente, di cognizione e di esecuzione, con conseguente annullamento e non mera sospensione della misura cautelare emessa in sua violazione. Si rileva inoltre

che l'assoluzione di reati che hanno giustificato l'estradizione non consentiva una procedura di "estradizione suppletiva".

- la violazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. *b)* ed *e)*, in relazione all'art. 275 c.p.p., comma 3, per mancanza di motivazione sulle deduzioni difensive sviluppate dalla difesa in ordine alla insussistenza delle esigenze cautelari.

Con atti depositati il 27 aprile e il 26 maggio 2011, il ricorrente, oltre ad illustrare ulteriormente i suddetti motivi, articola ulteriori motivi, denunciando la nullità della ordinanza impugnata per:

- la violazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. *c)* e *b)*, in relazione agli artt. 33 e 177 c.p.p., art. 178 c.p.p., comma 1, lett. *a)* e art. 179 c.p.p., comma 1, artt. 696 e 720 e ss. c.p.p., e all'art. 26 della legge m.a.e. e all'art. 14 della Convenzione europea di estradizione, nonché dell'art. 24 Cost. e degli artt. 1, 5, 6, 13 Cedu, per difetto assoluto di capacità del giudicante nazionale, derivante dalla violazione del principio di specialità, trattandosi di fatti precedenti alla consegna. Tale principio comporterebbe la preclusione non solo dell'emissione della misura cautelare, ma anche della sentenza che ne costituisce il presupposto.

Inoltre, il m.a.e., sulla base del quale il *omissis* era stato consegnato alle autorità italiane, alla data della emissione del nuovo titolo custodiale, risulterebbe privo di efficacia, per l'assoluzione dell'indagato dai reati per il quale era stato emesso, ed è quindi inidoneo a motivare un supplemento della procedura di consegna. Tutto ciò avrebbe determinato, secondo il ricorrente, la evidente violazione delle norme nazionali ed internazionali citate.

Pertanto, il Tribunale avrebbe dovuto annullare la misura cautelare e non meramente sospenderla.

- la violazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. *c)* e *b)*, in relazione all'art. 274 c.p.p., comma 1, lett. *c)* e art. 275 c.p.p., comma 3, in quanto l'ordinanza appare solo apparentemente motivata in ordine alle esigenze cautelari.

### Motivi della decisione

1. Il ricorso va rigettato.

2. Devono ritenersi infondate le doglianze con le quali si denuncia la nullità, per violazione del "principio di specialità", della sentenza di condanna emessa il 17 febbraio 2011 nei confronti del ricorrente dal Tribunale di Napoli per i reati di partecipazione ad associazione camorristica ed estorsione, che ha precluso in sede cautelare la possibilità di valutare nei suoi confronti la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

Deve preliminarmente osservarsi, in tema di "principio di specialità" nella disciplina del mandato di arresto europeo, che la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002, pur ribadendo in via generale la regola già contenuta nella Convenzione europea di estradizione del 1957, secondo cui la persona consegnata non può essere sottoposta a un procedimento penale, condannata o altrimenti privata della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è stata consegnata, ha previsto una serie di importanti eccezioni, innovative rispetto alla previgente normativa pattizia.

La decisione quadro ha invero adottato un criterio di "specialità attenuata", ragionevolmente giustificato da un "elevato grado di fiducia tra gli Stati membri", derivante dalla omogeneità di sistemi giuridici e dalla garanzia equivalente dei diritti fondamentali, circoscrivendo l'incidenza del suddetto principio alle sole situazioni in cui viene in gioco la privazione della libertà personale della persona consegnata, così da impedirne la coercizione personale - ma non il perseguimento penale - per altri reati, commessi anteriormente alla consegna e diversi da quelli che l'hanno giustificata.

E' infatti espressamente consentito allo Stato di emissione di procedere penalmente nei confronti della persona consegnata qualora si tratti di reati "diversi ed anteriori" per i quali, indipendentemente dal tipo di pena, la procedura non comporti l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale dell'interessato (art. 27, par. 2, lett. c), d.q.: il principio di specialità non si applica quando "il procedimento penale non da luogo all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale").

Per chiarire quale sia la effettiva portata della norma europea è intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia del primo dicembre 2008, ric. Leymann-Pustovarov (G.U.U.E. serie C 44 del 21 febbraio 2009), che ha stabilito che è consentito allo Stato di emissione, senza l'assenso dello Stato di esecuzione, "incriminare e condannare" la persona consegnata per un reato diverso da quello che ha determinato la sua consegna e per il quale è prevista una pena o una misura privativa della libertà, a condizione che la persona - in base alla legge o anche solo "per valutazione" dell'autorità giudiziaria - non sia ristretta né durante tale procedimento né in conseguenza di questo.

In altri termini, secondo la Corte di giustizia, la persona consegnata può essere legittimamente sottoposta a procedimento penale per "fatti anteriori e diversi", purché non sia privata della libertà personale, dovendo diversamente lo Stato di emissione - in assenza di altre eccezioni al principio di specialità - attivare la prescritta procedura per ottenere l'assenso dallo Stato di esecuzione. Ciò non esclude naturalmente, come ha utilmente precisato la Corte di giustizia nella citata sentenza, che la persona sia contemporaneamente sottoposta ad una misura restrittiva della libertà, prima che venga ottenuto l'assenso, qualora tale restrizione sia legalmente giustificata dai reati contenuti nel mandato di arresto europeo.

La decisione della Corte di Giustizia e il diritto dell'Unione, interpretato dalla Corte in maniera autoritativa con effetto diretto per tutti gli Stati membri e le rispettive giurisdizioni, incidono sul sistema normativo nazionale, comportando, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di "interpretazione conforme" del diritto nazionale (Corte di Giustizia, 16/06/2005, ric. Pupino, in G.U.U.E. serie C 193 del 6 agosto 2005, pag. 3). Ne deriva che il giudice, nell'applicare il diritto nazionale, deve interpretarlo in modo conforme alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo 6<sup>o</sup> del Trattato UE, ovviamente entro i limiti stabiliti dai principi generali del diritto e sempre che attraverso tale metodo esegetico non si pervenga ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

Pertanto, il giudice italiano, nell'applicazione del diritto nazionale, deve ricercare - nei limiti sopra evidenziati - una interpretazione "conforme" alla lettera ed allo scopo della decisione quadro, che è quello di creare un sistema semplificato di consegna delle persone condannate o imputate, eliminando le complessità ed i potenziali ritardi inerenti alla disciplina dell'estradiizione (Corte cost. n. 143 del 2008).

Orbene, esaminando la normativa nazionale, deve constatarsi che l'ipotesi in esame di eccezione al principio di specialità, prevista dalla decisione quadro, è stata recepita nella L. 22 aprile 2005, n. 69, che a tal riguardo stabilisce che il principio di specialità non si applica quando "il procedimento penale non consente l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale" (art. 26, comma 2, lett. c) e art. 32).

Ancorché la norma nazionale sia formulata in modo parzialmente diverso dalla disposizione contenuta nella decisione quadro, la *ratio* della norma coincide perfettamente con la nuova disciplina del principio di specialità introdotta dalla decisione quadro, escludendone l'applicazione quando la persona consegnata sia sottoposta a procedimento penale per fatti anteriori e diversi senza la privazione della libertà personale, sia essa inibita dal titolo del reato, dalla

valutazione dell'autorità giudiziaria ovvero dallo stesso divieto contenuto nell'art. 26, comma 1, della legge (il divieto appunto di assoggettare la persona consegnata a qualsiasi misura privata della libertà personale).

D'altra parte, il legislatore nazionale ha da tempo regolato il principio di specialità nell'estradizione individuando una tutela minima ed inderogabile della persona consegnata - applicabile in assenza di più pregnanti obblighi internazionali - costituita dal divieto dell'applicazione nei suoi confronti di qualsiasi misura di coercizione personale per un reato diverso ed anteriore alla sua consegna (art. 721 cod. proc. pen.). E' infatti legittimo, secondo il codice di rito, procedere penalmente nel contraddittorio dell'imputato, purché quest'ultimo non venga sottoposto a misure restrittive della libertà personale.

Deve pertanto affermarsi il seguente principio di diritto: "in tema di mandato di arresto europeo, il principio di specialità, dettato dalla L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 32, non osta a che l'autorità giudiziaria italiana proceda nei confronti della persona consegnata a seguito di mandato di arresto europeo per reati diversi da quelli per i quali la stessa è stata consegnata e commessi anteriormente alla sua consegna. Tuttavia, per i suddetti reati deve ritenersi precluso, in assenza del consenso dello Stato di esecuzione, sottoporre la persona consegnata a misure restrittive della libertà personale né durante il procedimento né in esito a questo".

3. Venendo al caso in esame, deve constatarsi che il *omissis* è stato consegnato dalla Spagna il 24 marzo 2009 per i reati di tentato omicidio e detenzione illegale di armi, per i quali è stato sottoposto a misura cautelare carceraria nel corso del relativo procedimento, conclusosi con la sentenza del 17 febbraio 2011, con la quale la Corte di cassazione ha annullato senza rinvio la sentenza del 16 luglio 2009 emessa dalla Corte d'appello di Napoli nella parte in cui aveva ritenuto costui responsabile dei suddetti reati.

Nel frattempo, il *omissis* è stato processato "in stato di libertà" in un diverso procedimento per i reati di associazione di stampo camorristico e estorsione, commessi in epoca antecedente alla consegna, per i quali è stato condannato in primo grado con sentenza del 22 aprile 2010.

Pertanto, alla luce della normativa testé richiamata e del principio di diritto sopra affermato, nessuna violazione di legge si è verificata in relazione al suddetto procedimento penale, in quanto l'autorità giudiziaria italiana poteva legittimamente procedere nei confronti del *omissis* per "reati anteriori e diversi", non avendo applicato per essi nessuna misura restrittiva della libertà personale.

4. Anche la censura relativa all'illegittimità dell'ordinanza cautelare emessa nei confronti del *omissis* dal Tribunale di Napoli in data 25 marzo 2011 è infondata.

Deve osservarsi che, una volta che non sia più giustificabile la restrizione della libertà personale per i reati che hanno giustificato la consegna, lo Stato di emissione, se intende applicare nei confronti della persona consegnata una misura coercitiva per reati "anteriori e diversi", deve ottenere dallo Stato di esecuzione il previsto assenso, necessario fintanto non sia del tutto cessato quel "legame" tra la persona consegnata e lo Stato di esecuzione (efficacemente descritto dalla dottrina come una sorta di "*longa manus*") che giustifica la regola della specialità. Il che si verifica in particolare, allorquando la persona liberata, pur avendone avuto la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato di emissione decorsi quarantacinque giorni dalla sua definitiva liberazione (L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 26, comma 2, lett. a)).

Pertanto, correttamente il Tribunale del riesame ha disposto la liberazione del *omissis*, la cui privazione della libertà non era più giustificata, una volta definitivamente assolto dai reati che ne avevano motivato la consegna, e altrettanto correttamente ha ritenuto di condizionare l'effi-

cacia del nuovo titolo cautelare all'assenso dello Stato di consegna, non essendo ancora cessata con la sola liberazione del *omissis* la preclusione derivante dal principio di specialità.

Quanto al rilievo difensivo circa la legittimità dell'emissione di un titolo restrittivo al fine di ottenere l'assenso dello Stato di esecuzione, deve rammentarsi che la procedura di assenso prevista dalla normativa sul mandato di arresto europeo prevede che lo Stato di emissione trasmetta una richiesta "corredata delle informazioni di cui all'art. 8, paragrafo 1" della decisione quadro, tra le quali "la indicazione dell'esistenza di una sentenza esecutiva, di un mandato d'arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza" (art. 27, par. 4, decisione quadro cit.). Sul punto, deve constatarsi che tanto la normativa italiana (artt. 26 e 32 legge cit.) che quella spagnola rilevante nel caso in esame (art. 24 "*Ley 3/2003 sobre la orden europea de detencion y entrega*"), hanno recepito la norma europea non discostandosi dallo standard informativo che deve caratterizzare la richiesta di assenso.

Ciò comporta quindi che lo Stato istante debba emettere - se pur al solo fine di instaurare la procedura di assenso - il previsto titolo restrittivo.

Non vi è dubbio, sulla base del principio affermato nel precedente paragrafo, che, non ostando il principio di specialità all'esercizio dell'azione penale, nessuna preclusione sussiste all'emissione di una misura cautelare siffatta. Tra l'altro, già questa Corte, relativamente alla più stringente disciplina del principio di specialità contenuta nell'extradizione convenzionale, era pervenuta all'affermazione della legittimità della emissione del provvedimento cautelare coercitivo personale, fermo restando la sua non esecutività (Sez. 4, n. 24627 del 07/04/2004, Bianco, Rv. 228843).

Pertanto nel caso in esame deve ritenersi legittima, nella vigenza della regola della specialità, l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale non eseguibile.

5. Inammissibili sono infine le restanti doglianze.

L'iter argomentativo contenuto nel provvedimento impugnato è esente da censure con riferimento alla ritenuta sussistenza delle esigenze cautelari, avuto riguardo, da un lato, alla presunzione stabilita dall'art. 275 c.p.p., comma 3, e, dall'altro, all'omessa acquisizione di elementi obiettivi comprovanti l'avvenuta rescissione dei legami con l'associazione per delinquere di stampo camorristico, all'interno della quale il ricorrente ha rivestito un preminente ruolo, come capo e promotore. Il Tribunale ha invero fornito logica risposta ai rilievi difensivi, valutando in particolare ininfluenza la assoluzione del *omissis* dai reati di tentato omicidio e detenzione di armi, in quanto non oggettivamente dimostrativa dell'impossibilità dell'imputato di continuare a fornire il suo contributo all'organizzazione per conto della quale ha operato.

Deve ribadirsi che la Corte di cassazione non ha alcun potere di rivalutazione delle condizioni soggettive dell'indagato in relazione alle esigenze cautelari, trattandosi di apprezzamenti di merito rientranti nel compito esclusivo del giudice che ha applicato la misura e del tribunale del riesame. Il controllo di legittimità è quindi circoscritto all'esame del contenuto dell'atto impugnato per verificare, da un lato, le ragioni giuridiche che lo hanno determinato e, dall'altro, l'assenza di illogicità evidenti, ossia la congruità delle argomentazioni rispetto al fine giustificativo del provvedimento.

6. Conclusivamente, il ricorso va rigettato con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

ROBERTO PUGLISI

*Dottore di ricerca in Procedura penale - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

## Mandato di arresto europeo: principio di specialità e misure cautelari nella procedura attiva di consegna

### *European arrest warrant: specialty rule and precautionary measures in surrender procedure*

(Peer reviewers: Prof. Piermaria Corso; Prof. Giulio Garuti)

---

Nell'enunciare la regola della specialità, l'interpretazione data dalla Corte di giustizia alla normativa europea e la lettura della disciplina interna di attuazione non coincidono. Salve talune fattispecie di reato non punibili con pene restrittive, la legge n. 69 del 2005 non autorizza l'azione penale per un reato diverso da quello oggetto della procedura di consegna, né l'applicazione di misure cautelari. Viceversa, la decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto, così come letta dalla Corte di giustizia, sembra ispirarsi ad un'impostazione più flessibile del principio di specialità: l'unico limite riguarderebbe esclusivamente l'esecuzione del provvedimento cautelare emesso per un reato anteriore e diverso. Tuttavia, il principio di interpretazione conforme sembra qui difficilmente applicabile, occorrendo privilegiare l'intervento della Corte costituzionale laddove l'esegesi della disciplina europea si riveli in contrasto con la norma interna e determini un più ridotto standard delle garanzie fondamentali.

*The specialty rule is not the same according to Court of Justice interpretation and internal implementation discipline. Except a category of cases not punishable by restrictive punishment, the Law 69 of 2005 does not authorize the power of action against the person for an offense different from that interesting process of delivery or the application of precautionary measures. Conversely, the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant, as read by the Court of Justice, seems inspired by a more flexible approach to the principle of specialty: the only limit is concerned only with the execution of the injunction issued for an offense committed prior and different. However, the principle of consistent interpretation here seems difficult to apply and preference should be given the intervention of the Constitutional Court where the exegesis of the European regulation may prove inconsistent with the domestic legislation and determines a smaller standard of fundamental guarantees.*

---



## Mandato d'arresto europeo e "limiti" di procedibilità

Il caso all'attenzione della Corte di cassazione riguarda la consegna (tramite mandato di arresto europeo) dalla Spagna all'Italia di un soggetto poi assolto per il reato presupposto. Nelle more di tale processo - è qui il *punctum dolens* - si instaurava nei confronti del medesimo soggetto un altro processo per un reato anteriore e diverso (non previsto nel MAE). Intervenuta l'assoluzione definitiva per il primo fatto (oggetto del MAE), veniva successivamente emessa un'ordinanza di custodia cautelare per l'altro reato<sup>1</sup>. Viene in gioco, dunque, una restrizione della libertà personale tesa a soddisfare esigenze connesse ad un episodio distinto rispetto a quello per il quale il soggetto era stato consegnato.

La questione sul tappeto è la valenza del principio di specialità in tema di mandato di arresto europeo con riferimento all'applicazione di misure coercitive *ante iudicatum*.

La Corte di cassazione conferma la legittimità dell'applicazione della cautela così adottata, salva la sospensione della sua esecuzione fino all'ottenimento dell'assenso dallo Stato di esecuzione del mandato di arresto. I motivi della decisione risiedono nell'asserita compatibilità tra il principio di specialità vigente in materia e l'esercizio dell'azione penale; nessun ostacolo, di conseguenza, all'applicazione di una misura cautelare, salva la sua sospensione esecutiva, invocandosi, al riguardo, il rispetto delle procedure previste in tema di rapporti con le autorità giudiziarie straniere. A fare da sfondo, una particolare interpretazione dei principi espressi dalla Corte di giu-

stizia europea sui rapporti tra normativa sovranazionale e sistemi interni<sup>2</sup>.

## Il principio di specialità

Diverse fonti, interne e sovranazionali, hanno regolato nel tempo il *self restraint* giudiziario per il reato diverso da quello oggetto di consegna estradizionale. Prima di registrare l'evoluzione di tale divieto, occorre tenere presente come lo stesso oscilli, da sempre, tra limite di procedibilità e mero impedimento a restrizioni *de libertate*<sup>3</sup>.

L'art. 14 della Convenzione europea di estradizione (Parigi, 13 dicembre 1957, ratificata con la legge 30 gennaio 1963, n. 300) si occupa del rapporto trilatero (Stato richiedente - estradando - Stato consegnante), garantendo che l'individuo «non sarà né perseguito né giudicato né detenuto in vista dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza né sottoposto ad altre restrizioni della sua libertà personale». *Ratio* della norma è la tutela dell'individuo perseguita assicurando allo Stato richiesto un controllo permanente sui motivi della consegna. Non si vuole che la collaborazione prestata dallo Stato dove si trova l'extradando si traduca in rinuncia alla tutela della sua persona. Infatti, appare in linea con tale obiettivo lo scarso elenco delle eccezioni al divieto, in sostanza riconducibili al consenso dello Stato richiesto ovvero dell'individuo medesimo. Eppure, dubbi interpretativi sono sorti al riguardo. Dinanzi a quanti rilevavano come «qui la *nominatio delicti* operata dall'extradante costituisce condizione di procedibilità»<sup>4</sup>, si è reso comunque

<sup>1</sup> La scansione processuale è la seguente: 24 marzo 2009, consegna dalla Spagna tramite MAE; 22 aprile 2010, condanna in primo grado per il reato diverso; 17 febbraio 2011, assoluzione senza rinvio per il reato presupposto del MAE; 25 marzo 2011, emissione ordinanza cautelare in carcere per il reato diverso; 11 aprile 2011, il tribunale del riesame conferma l'ordinanza, sospendendo la misura e liberando l'imputato.

<sup>2</sup> V., C. giust. CE, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, <http://curia.europa.eu>.

<sup>3</sup> Sul tema, Delogu, *Clausola di specialità della estradizione e potere giurisdizionale dello Stato richiedente*, Riv. it. dir. proc. pen., 1980, 517; Marchetti, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova, 1990, 175 ss.; Perchinunno, *Natura limiti ed effetti del principio di specialità dell'extradizione*, Riv. it. dir. proc. pen., 1974, 333.

<sup>4</sup> Così, Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 1259.

necessario un intervento risolutore delle Sezioni Unite che, definitivamente, ostruivano il varco a possibili analogie con l'impostazione estensiva dettata dall'art. 721 c.p.p.<sup>5</sup>. Sarà utile, nel prosieguo, tenere presente tale dibattito poiché la Corte di cassazione sembra rievocare la più restrittiva delle tesi in contrasto<sup>6</sup>.

La panoramica prosegue con il disposto codicistico che, occupandosi in via residuale dei rapporti con le autorità straniere non regolati convenzionalmente, all'art. 721 c.p.p., tra le varie accezioni del principio di specialità, ha scelto quella meno restrittiva: solo il divieto di imporre limitazioni personali e non anche la preclusione all'esercizio dell'azione penale<sup>7</sup>.

L'art. 10 della Convenzione del 27 settembre 1996 elaborata dal Consiglio europeo ai sensi dell'art. K.3 TUE affronta la materia in una prospettiva opposta: è stabilito ciò che lo Stato richiedente può fare senza il consenso dello Stato richiesto. Salvo il caso della rinuncia al principio di specialità espressa dall'interessato, il criterio seguito è l'espansione del potere giudiziario dello Stato richiedente nella misura in cui lo stesso non "implichi" restrizioni alla libertà personale. Il riferimento è duplice: sia alla possibilità di perseguire per reati non punibili con pene detentive, sia alla possibilità di incardinare procedimenti penali dai quali non conseguano restrizioni personali.

Il cammino prosegue con la Decisione quadro del Consiglio europeo relativa al mandato d'arresto e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI del 13 giugno 2002), intervenuta nella materia con il dichiarato intento di sostituire il sistema multilaterale di

estradizione con un meccanismo basato su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri (MAE). Con tali premesse, il principio di specialità è enunciato riprendendo, in massima parte, la Convenzione elaborata nel 1996. Tuttavia, l'espresso dettato normativo porta con sé una mutazione letterale di rilievo; per quanto qui interessa, infatti, l'art. 27, par. 3, lett. c), Decisione 2002/584/GAI include tra le eccezioni i procedimenti che non diano luogo all'"applicazione di una misura restrittiva". Così, la lettura della disciplina suggerisce di (continuare ad) affermare l'esistenza di una causa di improcedibilità per i fatti che in astratto comportano l'adozione di una misura restrittiva<sup>8</sup>; il riferimento alle nozioni di "azione penale" e "sottoposizione a procedimento penale" riduce lo spazio per sostenere che viga solo il divieto di eseguire atti coercitivi nei confronti del consegnato senza il consenso.

Le ricadute sistemiche della scelta tra l'una e l'altra dimensione del principio di specialità non sono di carattere meramente teorico. Catalogando tale regola tra le cause di improcedibilità, infatti, si pone un limite che *a priori* frena l'intervento giudiziario e il cui rispetto non è consegnato alla discrezionalità dell'autorità richiedente; in questa maniera, non sono consentite "a monte" privazioni della libertà personale del consegnato per reati non contemplati nella richiesta comunitaria di arresto.

### Disciplina interna

Occorre, a questo punto, conoscere la posizione assunta dal legislatore interno sulle proce-

<sup>5</sup> V. Cass., sez. un., 28 febbraio 2001, n. 8, *Dir. pen. proc.*, 2001, 866.

<sup>6</sup> È vero che la decisione richiamata si innesta in un contesto normativo antecedente e diverso, ma la linea di continuità che si scorge nell'evoluzione del principio di specialità rende le affermazioni di principio fatte dalle Sezioni Unite riferibili al dibattito attuale.

<sup>7</sup> V. Marchetti, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 957.

<sup>8</sup> V. Caianiello, *Il principio di specialità*, Bargis-Selvaggi (a cura di), *Mandato di arresto europeo: dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, 214; Chelo, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, 166; Cuoco, *Disciplina della procedura attiva di consegna*, Pansini-Scalfati (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, 212; Iuzzolino, *La procedura attiva*, Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Spangher (diretto da) *Trattato di procedura penale*, Vol. VI, Torino, 2009, 547 ss.; Marchetti, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna*, cit., 958.

dure di consegna con la legge n. 69 del 2005 (d'attuazione della citata decisione quadro sul mandato di arresto europeo).

Per il principio di specialità, gli artt. 26 e 32 adottano un formula ancor più significativa (rispetto alla decisione quadro) nel panorama normativo del processo penale<sup>9</sup>. Il divieto non riguarda quei procedimenti che non consentono "l'applicazione" di restrizioni. Risulta, allora, difficile limitare il divieto solo alle limitazioni concretamente imposte, considerato il riferimento in termini generali e astratti a una determinata categoria; a questa appartengono quei procedimenti la cui disciplina processuale non prevede la possibilità di porre limitazioni all'accusato. Il controllo sulla specialità, dunque, non è demandato al singolo giudice (che, come nella fattispecie, potrebbe anche sbagliare).

In questo modo, il principio di specialità assume valore assoluto di causa di improcedibilità che si traduce in un *self restraint* delle normali facoltà giudiziarie statuali. Prima dell'emissione del mandato di arresto, non vi sono limiti all'azione penale nei confronti di chi non è presente sul territorio (eventualmente applicando anche cautele non eseguibili); contumacia e latitanza sintetizzano il discorso. Con l'attivazione della procedura di consegna, invece, lo Stato richiedente rinuncia (per espresso volere convenzionale) alle pretese punitive su fatti antecedenti. Una simile sfasatura risponde a un'esigenza di chiarezza e linearità nelle relazioni internazionali.

Non è dubitabile, perciò, che il legislatore nazionale confermi le opinioni (sorte già con la Decisione quadro sul mandato di arresto) secondo le quali il principio di specialità determina limiti alla procedibilità. Del resto,

<sup>9</sup> Sul principio di specialità introdotto dalla l. n. 69 del 2005, Marchetti, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna*, cit., 957, per l'affermazione di continuità con l'art. 14 della Convenzione di estradizione del 1957 e l'inquadramento del principio quale condizione di procedibilità. Nello stesso senso, anche Barazzetta-Bricchetti, *Assenso rapido alla consegna ad altro Stato*, *Guida dir.*, 2005, 19, 105.

dopo l'entrata in vigore della l. n. 69 del 2005, era difficilmente contestabile tale interpretazione, anche alla luce dell'accennato consolidamento giurisprudenziale in materia<sup>10</sup>.

Argomenti di carattere letterale e sistematico suggeriscono, dunque, di non limitare il principio di specialità a mero vincolo per il giudice nella gestione delle cautele (eseguibili) nei confronti della persona consegnata.

### Parametri europei

A una migliore analisi del *decisum* in esame si perviene considerando il ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nel suo compito di integrazione della normative nazionali. Gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria costituiscono, del resto, il sostrato concettuale sul quale è fondata la posizione assunta dalla Corte di cassazione.

Si pone, innanzitutto, in primo piano la questione pregiudiziale proposta sull'esatta interpretazione del principio di specialità contenuto nell'art. 27 della Decisione quadro 2002/584/GAI<sup>11</sup>. Più specificamente, in quell'occasione il giudice del rinvio chiedeva come dovesse essere interpretata l'eccezione alla regola della specialità stabilita all'art. 27, n. 3, lett. c), della decisione quadro 2002/584/GAI. Il quesito sorgeva dal dubbio sulla possibilità o meno di incriminare e condannare una persona – non assoggettata a misure restrittive della libertà personale – per un «reato diverso» da quello determinante la consegna, prima di aver ricevuto l'assenso richiesto allo Stato membro di esecuzione. Si era posto il problema, inoltre, se il fatto che l'interessato sia comunque detenuto per altri capi di imputazione che giustificano legalmente la sua detenzione influisca sulla possibilità di incriminare costui per un «reato diverso».

<sup>10</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 28 febbraio 2001, n. 8, cit.

<sup>11</sup> C. giust. CE, 1° dicembre 2008, C388/08 PPU, Leymann-Pustovarov.

Per il giudice europeo sono, al proposito, decisivi tre aspetti: l'economia generale, l'oggetto e la finalità della decisione. Dando prevalenza alla prima esigenza, è affermato che i limiti connessi al principio di specialità non ostano a che la persona consegnata sia incriminata e condannata per il reato diverso purché nessuna restrizione derivi dal relativo procedimento. Quindi, non sussiste, per lo Stato richiedente, alcun divieto di accertamento.

Le opinioni nate sull'onda delle affermazioni delle Sezioni Unite non sono confermate, dunque, dalla Corte di Giustizia (richiamata dalla Corte di legittimità a sostegno delle proprie conclusioni), laddove chiarisce l'assenza di limiti *europei* all'esercizio dell'azione penale o del potere cautelare in concreto<sup>12</sup>. Il ridimensionamento della specialità, ispirato da esigenze di maggiore avvicinamento tra i membri dell'Unione porta con sé un'attenuazione della tutela individuale offerta dalla diversa impostazione (ingiustificata, forse, all'interno dello spazio comunitario); ma le perplessità riguardano il metodo, applicando al processo penale un principio nato, nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, per accelerare l'attuazione del primo pilastro.

A questo punto, però, prima di impiegare tale principio – profilo che richiama l'influenza dell'esegesi della decisione quadro 2002/584/GAI sulla normativa nazionale, – è opportuno considerare un secondo parametro sovranazionale: l'incidenza delle "decisioni" comunitarie sul diritto interno. Si tratta di terreno che non offre saldi punti di appoggio, essendo costituito da un panorama normativo composito, teso a orientare differenti ordinamenti verso un obiettivo comune.

Nel 2008, il giudice di Lussemburgo ha affrontato il tema dettando utili spunti di riflessione<sup>13</sup>. Rammentando «l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto

di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale», la Corte europea ribadisce il necessario rispetto dei «principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza e di non retroattività. Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni». Da tale impostazione consegue l'illegittimità di un'interpretazione che contrasti le esplicite statuizioni del diritto nazionale. In quell'occasione, fu demandato al giudice nazionale (italiano) il compito di verificare la possibilità di pervenire a un'interpretazione del diritto interno alla luce della Decisione quadro.

### **Troppo rapidamente verso orizzonti comunitari**

È riscontrabile perlomeno una discrasia tra i principi enucleabili dalla Decisione quadro sul mandato di arresto europeo e la disciplina attuativa interna. Forse, il legislatore nazionale non ha colto in pieno i propositi che hanno guidato la predisposizione di un sistema europeo di collaborazione giudiziaria da sostituire ai meccanismi multilaterali di estradizione; ma la chiarezza delle eccezioni poste al principio di specialità dall'art. 26, l. n. 69 del 2005 sono difficilmente compatibili con l'interpretazione conforme dettata dalla Corte di giustizia, che, come detto, limita l'operatività della regola alle restrizioni concretamente eseguibili.

Tale situazione, sicuramente, alza il tasso di problematicità di una materia ove si dividono il campo regole processuali interne e principi di diritto internazionale.

La sentenza qui esaminata fa proprie le convinzioni del giudice europeo sul principio di specialità per adeguare la legislazione nazionale in tema di MAE a quella europea

<sup>12</sup> Corte giust. CE, 1° dicembre 2008, cit.

<sup>13</sup> V. C. giust. CE, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, cit.

e, *expressis verbis*, all'art. 721 c.p.p. In realtà, considerato l'ambito applicativo extraconvenzionale dell'art. 721 c.p.p. – per espressa previsione legislativa (art. 696 c.p.) – la disciplina codicistica non è in grado di supportare letture in tema di mandato d'arresto europeo. Il richiamo all'impostazione minimale imposta alla regola della specialità dal codice di rito riconduce lo stato delle cose, invero, alla situazione che precedeva la menzionata decisione delle Sezioni Unite del 2001<sup>14</sup>. Alla luce di ciò, l'operazione produce un'evoluzione (rispetto alla sentenza Pupino) del principio di interpretazione conforme e ripropone vecchie tesi già respinte *illo tempore*.

Dinanzi a un panorama normativo interno ancora refrattario (in parte) alle accelerazioni comunitarie, si perviene, di fatto, all'applicazione diretta della normativa europea. Ma il percorso argomentativo seguito desta perplessità anche in considerazione del *trend* giurisprudenziale inauguratosi sull'onda dell'interpretazione conforme<sup>15</sup>. Il principio

<sup>14</sup> V. Cass., sez. un., 28 febbraio 2001, n. 8, cit.

<sup>15</sup> Cfr. Calò, *In claris non fit interpretatio? Una pronuncia della Cassazione in tema di mandato di arresto europeo*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 711, in commento a Cass., sez.

di interpretazione conforme è una formula escogitata dal giudice di Lussemburgo per riconsegnare nelle mani del giudice di rinvio l'onere di verificare la possibilità di adeguare la normativa interna ai parametri comunitari, nei limiti in cui l'esegesi non fosse in aperto contrasto con la disciplina interna. Non si può impiegare lo stesso strumento per agganciare l'ordinamento interno ai principi sovranazionali senza che la norma nazionale lo consenta; altrimenti, il principio di interpretazione conforme si traduce in un camuffato affidamento di efficacia diretta anche alla normativa comunitaria di principio<sup>16</sup>.

Laddove la normativa interna risulti diversa dalla decisione-quadro, al giudice comune non rimane che affidare la questione alla Corte costituzionale affinché si proceda al vaglio di legittimità costituzionale<sup>17</sup>.

VI, 27 dicembre 2010, n. 45524.

<sup>16</sup> Cfr. Bargis, *Riflessioni in tema di mandato di arresto europeo*, *Riv. dir. processuale*, 2009, 619, cui *adde* Manes, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.

<sup>17</sup> Si legga C. cost., sent. 21 giugno 2010, n. 227, *Giur. cost.*, 2010, 2623.

ERNESTO AGHINA

*Giudice, Tribunale di Napoli – Componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*

## Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzative

### *Effects of judging body changing between trial rigidity and organizational deficiencies*

(Peer reviewers: Prof. Piermaria Corso; Prof. Giulio Garuti)

---

Dalla congenita mobilità dei giudici negli uffici derivano, in virtù degli effetti del principio di immutabilità del giudice del dibattimento che abbia assunto la prova, presidiato dall' art. 525, comma 2, c.p.p., innegabili diseconomie processuali, conseguenti alla necessaria e periodica reiterazione delle prove testimoniali già acquisite da giudice diverso. Tanto non può che incidere sui tempi di definizione dei giudizi in sede di merito. Acquisita l'interpretazione della Cassazione sul tema, e superato il vaglio di costituzionalità della norma rispetto alle esigenze di ragionevole durata del processo, occorre interrogarsi (in uno alle perduranti perplessità sulla ragionevolezza del dettato normativo) se nella prassi si affronti il problema con adeguati ed efficaci interventi sul versante dell' organizzazione degli uffici giudiziari.

Undeniable procedural inefficiencies stem from the highly probable fact of judges' mobility from one court to another; in fact, under the principle, enshrined in art. 525 comma 2 c.p.p., of immutability of the judge who has presided over taking of testimonial evidence, a judge's transfer is apt to result into frequent and necessary rehearings of witnesses before the new judge. This is obviously likely to affect the timeframe needed to conclude the proceeding. Taking into account the interpretation that the Supreme Court gives to this rule, which has been held conforming to the Constitution as to the standard imposing a reasonable duration for judicial proceedings, and while doubts still exist about the reasonableness of this discipline, the question should be addressed whether, in practice, problems arising from the same are faced through adequate and effective interventions on organization of courts.

---

## Il regime processuale del mutamento del giudice

Periodiche polemiche, prevalentemente legate alla trattazione dibattimentale di processi ad alto tasso di impatto mediatico, ripropongono all'attenzione (non solo dei tecnici del diritto) il tema delle conseguenze processuali derivanti dal mutamento dell'organo giudicante.

Si tratta, come è noto, dell'ormai annoso problema collegato alle esigenze di economia processuale e di conservazione dell'attività processuale già svolta (vigendo il principio di cui all'art. 525 c.p.p. che sancisce, a pena di nullità assoluta, che alla deliberazione della sentenza debbano partecipare gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento)<sup>1</sup>.

Il rigore dell'interpretazione dettata in materia dalla Cassazione ed avallata dalla Corte Costituzionale (cui si è generalmente uniformata la giurisprudenza di merito), va coniugato con l'ampiezza del fenomeno della mobilità dei giudici, determinando una ricaduta negativa in termini di gestione dei processi di rilevante portata.

Il fenomeno del mutamento della persona fisica del giudice durante il processo risulta da ultimo amplificato per l'applicazione del principio della temporaneità nella posizione tabellare introdotto dalla riforma ordinamentale del 2006.

L'analisi del disposto normativo, allargato alle cause che ne determinano l'applicazione ed ai conseguenti effetti, non può però esaurire il dibattito in materia, che generalmente contrappone l'avvocatura (gelosa custode dei

principi che governano le modalità di assunzione della prova dichiarativa) e la magistratura (sovente insofferente e critica verso quella che ritiene una garanzia meramente formale e foriera di speciose dilazioni processuali), che deve essere pragmaticamente ampliato ai necessari interventi di natura organizzativa intesi a ridurre le indiscutibili diseconomie derivanti dalla rinnovazione del dibattimento.

## L'analisi giurisprudenziale della disciplina di riferimento

Come si è avuto modo di anticipare, l'analisi delle regole vigenti in tema di rinnovazione dibattimentale derivata dal mutamento dell'organo giudicante, si è sviluppata nel tempo pervenendo al consolidamento di una serie di principi che governano la fattispecie<sup>2</sup>.

I termini della questione possono essere schematicamente riepilogati, preferendosi concentrare l'analisi sui più utili rimedi attuabili in concreto rispetto alle conseguenze derivanti dall'applicazione del disposto codicistico di cui si dirà di seguito.

Muovendo dalla premessa per cui una piena attuazione del canone del contraddittorio nella formazione della prova richiede come ineludibile presupposto il rispetto dell'oralità e della immediatezza, si ritiene che il mutamento del giudice, spesso imposto da mere esigenze organizzative, non persegua il fine dell'accertamento dei fatti, ma anzi può ostacolare tale finalità<sup>3</sup>.

A tal fine si rende necessario predisporre uno strumento, quale la rinnovazione del dibattimento, tesa al recupero del principio dell'immediatezza.

La disposizione che traduce il principio di

<sup>1</sup> Sul principio dell'immutabilità del giudice vedi tra gli altri: Tamietti, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, Cass. pen. 2006, 699; Menna, *Immediatezza e principio di immutabilità del giudice*, Giur. it., 1994, IV, 187; Calamandrei, voce *Immediatezza (principio di)*, Dig. pen., VI, Padova, 1992, 149; Maiorca, *L'esercizio della funzione giurisdizionale penale e l'immutabilità del giudice nel dibattimento*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1966, 1204.

<sup>2</sup> Sull'argomento: Renon, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione dei dibattimenti*, Torino, 2008; Pezzella, *La rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, AA.VV., *Atti dell'incontro di formazione del C.S.M. per gli uditori giudiziari*, Roma, 10 novembre 2005.

<sup>3</sup> Cfr. Conti, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, Dir. pen. proc., 2003, 746.

immutabilità dell'organo giudicante è sancita a pena di nullità assoluta dall'art. 525, comma 2, c.p.p. (che va correlata, per quanto qui interessa, alla disciplina delle letture dettata dall'art. 511, comma 2, c.p.p.<sup>4</sup>).

L'art. 525, comma 2, c.p.p. costituisce espressione del principio - tipico del processo accusatorio - dell'immediatezza nel rapporto fra giudice e prova: la decisione finale deve essere emessa soltanto dal giudice che ha provveduto all'ammissione e all'assunzione delle prove.

Si tratta di principio che non ha rilevanza costituzionale (nè del resto la carta costituzionale prevede l'affermazione del principio di oralità del giudizio e di immutabilità del giudice del dibattimento), e che viene imposto dall'art. 525, comma 2, c.p.p. (in caso di mutamento della persona del giudice del dibattimento) con riferimento all'aspetto "centrale" dell'assunzione della prova<sup>5</sup>, comportando come corollario l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, ma che presenta significative deroghe ad es. in tema di incidente probatorio o di utilizzazione di prove formatesi in procedimenti diversi, ecc.<sup>6</sup>.

La più dibattuta questione collegata alla rinnovazione del dibattimento in caso di mutamento dell'organo giudicante deriva dall'assenza di specifiche indicazioni relative alle modalità di riassunzione delle prove (testimoniali) già acquisite in precedenza nonchè

dalla previsione della lettura come modalità di assunzione della prova quando l'esame incrociato "non abbia luogo" (art. 511, comma 2, c.p.p.) senza una chiarificazione che riguardi questa ultima circostanza.

La difforme interpretazione giurisprudenziale inizialmente formatasi sull'argomento ha trovato composizione, anche in virtù della sanzione processuale della nullità assoluta derivante dal disposto dell'art. 525, comma 2, c.p.p., nei principi fissati dalle sezioni unite della Cassazione nella dibattuta sentenza Ian-nasso del 1999<sup>7</sup>, che ha dettato i criteri operativi nel quotidiano giudiziario di merito, in cui la necessità di rinnovare il dibattimento per il mutamento dell'organo giudicante si presenta con un'incidenza statistica tutt'altro che marginale.

Le regole di diritto dettate dalle sezioni unite sono note:

- nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale, la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa avere luogo e sia stato richiesto da una delle parti<sup>8</sup>;
- l'ipotesi che l'esame "non abbia luogo" po-

<sup>4</sup> Si riporta di seguito il testo delle norme: art.525, comma 2, c.p.p.: «Alla deliberazione della sentenza concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento»; art. 511.2: «La lettura dei verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo».

<sup>5</sup> Quanto al principio dell'immutabilità del giudice non come corollario del principio di oralità, ma piuttosto principio autonomo del processo, cfr. Iacoviello, *Contestazioni e letture nel processo penale*, in AA.VV., *Linee di tendenza del processo penale alla luce d'oltre un decennio di sperimentazione. Atti dell'incontro di studio del C.S.M. del 27 marzo 2000*.

<sup>6</sup> Cfr. in giurisprudenza ad es. Cass., sez. I, 8 maggio 2000, n. 8854, *CED Cass.*, 216897.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. sez. un., 15 gennaio 1999, n.2, *Cass. pen.* 1999, 1429, nonché *ivi*, 2501 con nota di Paulesu, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*. Per ulteriori commenti alla sentenza cfr. Balducci, *Dibattimento rinnovato per mutata composizione del giudice: letture consentite soltanto dopo il riesame del dichiarante*, *Dir. pen. proc.*, 1999, 482; Di Chiara, *L'immutabilità del giudice e la prova*, *Foro it.*, 1999, II, 145; Patané, *L'immutabilità del giudice e la prova*, *Giust. pen.*, 1999, III, 257. Vedi anche: Ruta, *Note in materia di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per mutamento del giudice*, *Giur. it.* 2000, 1699.

<sup>8</sup> Un'interpretazione sistematica (fondata anche sulla lettera dell'art. 190bis c.p.p.) induce a ritenere che la richiesta possa essere avanzata indifferentemente da una delle parti, anche quindi da quella che non ne aveva in origine richiesto l'esame. Cfr. sul punto, tra gli altri: Gallucci, *La rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, *Cass. pen.* 2004, 1444.



stula che l'esame non si compia o per volontà, espressamente manifestata ovvero implicita nella mancata richiesta di riaudizione del dichiarante, o per sopravvenuta impossibilità della riaudizione

- va escluso (all'infuori dell'ipotesi eccezionale di cui all'art.190 bis c.p.p.) che quando l'ammissione della prova sia nuovamente richiesta, il giudice che la ammetta ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p. abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente, alla quale non consentano entrambe le parti, senza previo riesame del dichiarante.

Fatta salva la fase predibattimentale, viene pertanto prefigurata la rinnovazione della prova dichiarativa come diritto delle parti, per cui il (secondo) giudice è tenuto a disporla laddove intervenga una richiesta espressa, potendosi solo successivamente procedere alla lettura (con conseguente utilizzabilità) delle precedenti dichiarazioni che, parte integrante del fascicolo del dibattimento in quanto compendio di attività legittimamente compiuta, potranno essere utilizzate anche ai fini delle contestazioni nel corso del nuovo esame incrociato<sup>9</sup>.

Come espressamente ricordato dalle sezioni unite, la disciplina processuale della rinnovazione del dibattimento è diversa per l'ipotesi di operatività dell'art. 190bis c.p.p., che introduce un'eccezione al principio di diritto alla prova (e alle conseguenze dettate in tema di mutamento dell'organo giudicante) limitata ai soli procedimenti per reati di criminalità organizzata poi estesa ai reati sessuali e su minori, per eludere il pericolo di usura delle fonti dichiarative "deboli"<sup>10</sup> e la loro intimidazione<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. C. Cost. 17 novembre 2004, n. 418, *CED Cass.* 28975.

<sup>10</sup> Cfr. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile*, [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it).

<sup>11</sup> Sull'applicazione dell'art. 190bis, comma 1bis (introdotta con l. 3 agosto 1998, n. 269 e successivamente

In questi casi la ripetizione dell'esame testimoniale è prevista solo su circostanze diverse dalle precedenti o sul presupposto dell'assoluta necessità, dedotta dalla parte e valutata dal giudice.

Il vaglio di costituzionalità dell'art. 525, comma 2, c.p.p., operato reiteratamente dal giudice delle leggi, ha confermato la compatibilità costituzionale del disposto normativo, anche in riferimento al principio della ragionevole durata del processo sancita dal novellato art. 111 Cost.<sup>12</sup>

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha rilevato come detto principio debba essere temperato, alla luce dello stesso richiamo al concetto di "ragionevolezza" che compare nella formula normativa, con il complesso delle altre garanzie costituzionali, rilevanti nel processo penale: *in primis* il diritto di difesa, comprensivo del diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere<sup>13</sup>.

Analoghe valutazioni sono espresse in ri-

te modificato dalla l. 6 febbraio 2006, n. 38) all'ipotesi di rinnovazione del dibattimento, cfr. Cass. sez. VI, 12 maggio 2010, n. 20810, *CED Cass.*, 247395; Cass. sez. VI, [MANCA IL NUMERO] 20 aprile 2005, *CED Cass.*, 233087; Cass. sez. I, 18 giugno 2003, n. 26119, *CED Cass.*, 228300; Cass. sez. I, 12 giugno 2001, n. 29826, *CED Cass.*, 219626; Cass. sez. V, 4 aprile 2001, n. 3172, *CED Cass.*, 219635.

<sup>12</sup> La riproposizione della questione di costituzionalità relativa alla disciplina della rinnovazione del dibattimento per mutamento della persona fisica del giudice, costituisce palese sintomo della volontà di eludere le dilazioni processuali (ed i connessi disagi) derivate sui tempi di definizione dei processi; cfr.: C. Cost. 10 giugno 2010, n. 205, *CED Cass.*, 34728; C. Cost. 9 luglio 2008, n. 318, *CED Cass.*, 32791; C. Cost. 10 gennaio 2007, n. 67, *CED Cass.*, 31077; C. Cost. 12 febbraio 2003, n. 73, *CED Cass.*, 27620; C. Cost. 30 gennaio 2002, n. 59, *CED Cass.*, 26806; C. Cost. 21 novembre 2001, n. 431, *CED Cass.*, 26714; C. Cost. 24 ottobre 2001, n. 399, *CED Cass.*, 26671.

<sup>13</sup> Efficacemente si rileva come «non è possibile ipotizzare un conflitto tra questi due principi, perché deve ritenersi necessariamente ragionevole, per definizione costituzionale appunto, la durata del processo dovuta alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti», così: Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo*, *Cass. pen.*, 2002, 1542.

ferimento alla concorrente esigenza di non vanificare l'accertamento dei fatti di reato disperdendo i mezzi di prova.

Esplicitamente sollecitata con riferimento ad una dedotta, irragionevole differente disciplina del rinnovamento del dibattimento tra l'art. 525, comma 2, c.p.p. ed i casi previsti dall'art. 190bis c.p.p., la Corte costituzionale ha rimarcato che quest'ultima norma deroga ai principi generali di oralità e immediatezza per il suo intrinseco carattere di eccezionalità, e non può pertanto essere estesa oltre i casi espressamente previsti<sup>14</sup>.

In ogni caso la Corte ha chiarito come la disciplina sull'ammissione della prova vada mantenuta distinta da quella sulla modalità di assunzione dei mezzi di prova (tra cui rientra la regola dell'art. 511, comma 2, c.p.p.), per cui compete pur sempre al giudice il potere di deliberazione in ordine all'ammissione delle prove che permane, secondo i principi generali dettati dall'art. 190 c.p.p., anche in caso di richieste avanzate in sede di rinnovazione del dibattimento<sup>15</sup>.

Si è detto come l'analisi giurisprudenziale sin qui esposta debba intendersi come del tutto prevalente, pur se non mancano pronunzie di merito intese a ricavare dalle disposizioni del codice di rito, in caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento dell'organo giudicante, più ampi spazi che consentano a quest'ultimo, pure in caso di richiesta specifica, di non dover pedissequamente disporre la reiterazione degli esami testimoniali già operati in precedenza<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. C. Cost. 17 novembre 2004, n. 418, *cit.*

<sup>15</sup> Da tanto consegua in concreto come il (secondo) giudice possa operare una valutazione preventiva sulla necessità e rilevanza della prova sulla base degli atti presenti nel fascicolo del dibattimento e che, di conseguenza, la richiesta di rinnovazione della prova dichiarativa debba essere convenientemente motivata (fermo restando il divieto di utilizzazione mediante lettura della prova non ammessa).

<sup>16</sup> Cfr.: Trib. Nola, 30 settembre 2009, [www.iussit.it](http://www.iussit.it), secondo cui, laddove il giudice rigetti le nuove istanze di prova per manifesta inutilità, può dare lettura dei verbali precedentemente acquisiti a norma dell'art. 511 c.p.p. sul-

l'è noto altresì come la decisione delle sezioni unite sia stata oggetto di valutazioni critiche, da parte di chi ritiene insussistente l'obbligo da parte del (nuovo) giudice di risentire i testi già esaminati ove una delle parti lo richieda.

Muovendo dalla premessa che l'ipotesi di utilizzabilità dei verbali dei mezzi di prova assunti da un diverso giudice in una precedente fase dibattimentale trovi la sua disciplina dall'art. 511 c.p.p., (atteso che i relativi verbali fanno parte del fascicolo per il dibattimento), si rimarca la singolarità della lettura della norma offerta dalla sentenza Iannasso rispetto a quanto previsto dall'art. 190bis c.p.p. per cui, per fattispecie penali di maggiore gravità, la richiesta di ripetizione dell'esame sarebbe soggetta ad una deliberazione più rigorosa rispetto ai casi meno gravi, per i quali resta inibita al giudice qualsiasi tipo di valutazione sull'ammissione del mezzo di prova.

Al contempo si evidenzia come il principio di immutabilità del giudice, quale corollario del principio di oralità ed immediatezza del processo, non appaia diretta esplicazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, come regolati dalla norma di cui all'art. 111 Cost, rilevando quale semplice metodo di assunzione della prova, non rafforzato da alcuna copertura costituzionale, anche perché oggetto di numerose deroghe nel codice di rito (v. ad es. gli artt. 26, 33nonies, 238, 238bis, 403, 431 c.p.p.)<sup>17</sup>.

la base di una lettura "costituzionalmente orientata" della pronunzia delle Sez. Un. del 1999 (in quanto precedente alla modifica dell'art. 111 Cost.). In senso sostanzialmente analogo anche Cianfarini, *L'applicazione del principio dell'immutabilità del giudice penale nel diritto vivente: storia infinita o dilemma apparente*, [www.penale.it](http://www.penale.it) e Castiglia, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, *Cass. pen.*, 2007, 3182, per cui l'ipotesi di lettura dei verbali delle dichiarazioni già rese in precedenza se "l'esame non abbia luogo" di cui all'art. 511, comma 2, c.p.p. ricomprende anche il caso in cui il giudice, secondo i canoni previsti dall'art. 190 c.p.p., non abbia ammesso l'esame. Vedi anche: Di Dedda, *Mutamento del giudice dibattimentale e ne bis in idem istruttorio, alla luce dell'art. 111 Cost*, *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 274.

<sup>17</sup> Per una rassegna di giurisprudenza difforme dalle Sez. Un. cfr. Tribunale di Napoli, 11 marzo 1999, *Giur.*

Occorre dar conto anche della giurisprudenza della Cassazione successiva alla sentenza Iannasso che, senza modificarne gli assunti di base, ha tuttavia valorizzato la volontà e il consenso delle parti, ritenendo non violato l'art. 525, comma 2, c.p.p. laddove la difesa non abbia tempestivamente eccepito l'inutilizzabilità delle dichiarazioni irritualmente acquisite<sup>18</sup>, ovvero che il consenso alla lettura possa anche non essere espresso in modo formale<sup>19</sup>.

Così regolata la disciplina delle letture in caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento dell'organo giudicante, la consapevolezza delle diseconomie derivanti dalla necessaria (se richiesta) reiterazione delle prove testimoniali, ha indotto i giudici di merito a soluzioni acceleratorie che hanno trovato l'avallo della Cassazione.

E' stato quindi ritenuto legittimo, disposta (su richiesta) la rinnovazione della prova dichiarativa, nell'acquiescenza delle parti, che il teste confermi *per relationem* il contenuto del precedente verbale, riportandosi integralmente al suo contenuto<sup>20</sup>.

*merito*, 2000, 648; Trib. Fermo, 1 giugno 1999 e Trib. Cassino, 9 aprile 1999, entrambe *Foro it.*, 1999, II, 531; Trib. Roma, 13 maggio 1999, *Cass. pen.* 2000, 196; Pret. Foggia, 7 dicembre 1999, *Cass. pen.*, 2000, 1801, con nota critica di Riviezzo, *Mutamento del giudice e necessità di rinnovare l'esame delle persone già sentite: la ricerca di una soluzione tra garanzia ed efficienza*; Trib. Locri, 3 novembre 2000, [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com). In dottrina: Fanuli - Laurino, *In quali casi è possibile dare lettura dei verbali di prove assunte dal collegio in diversa composizione?*, *Riv. pen.*, 1999, 417; Cipolla, *Mutamento del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante lettura di verbali di prove dichiarative e rilevanza del consenso delle parti*, *Cass. pen.*, 2003, 3069; Tetto, *Principio di immutabilità del giudice e «circolazione probatoria» endoprocesuale: alcune brevi riflessioni sulla reale portata applicativa dell'art. 511 comma 2 c.p.p.*, *Giur. merito*, 2003, 2353.

<sup>18</sup> Secondo Cass. sez. I, 22 gennaio 2000, n. 781, *CED Cass.*, 215107, ove sia mancato il consenso delle parti alla lettura, la difesa deve rilevare l'inutilizzabilità con il primo atto mediante il quale si abbia la possibilità di farlo, essendo da escludere la sua rilevanza in ogni stato e grado del procedimento.

<sup>19</sup> Cass. sez. I, 10 maggio 2011, n.18308, *CED Cass.*, 250220; Cass. sez. I, 7 dicembre 2001, n. 17804, *CED Cass.*, 221694.

<sup>20</sup> Cass. sez. V, 26 marzo 2009, *CED Cass.*, 243894;

Il percorso interpretativo si snoda, in tutta evidenza, nella ricerca di individuare un (difficile) equilibrio fra gli interessi di rilevanza costituzionale in gioco.

L'esperienza giudiziaria evidenzia come la rinnovazione del dibattimento sia dinamica reiterata anche più volte nel corso dello stesso giudizio e che, particolarmente in processi complessi, può determinare un notevole dispendio di tempo e risorse, confliggendo con l'esigenza di efficienza del servizio giustizia.

Per non parlare del disagio derivante ai testimoni, costretti a ripetute peregrinazioni presso le aule di giustizia dopo aver reso una dichiarazione che sovente si limitano a confermare, comprensibilmente ignari delle motivazioni che presiedono a quella che appare come una sterile iterazione.

Si è sostenuto che la *ratio* dell'art. 525.2 c.p.p. si fonda sulla necessità «... di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione.»<sup>21</sup>.

Cass. Sez. I, 20 ottobre 2004, n. 41095, *CED Cass.*, 230624. Per l'inutilizzabilità in caso di opposizione alla lettura, vedi: Cass. sez. I, 7 luglio 2004, *CED Cass.*, 229791.

<sup>21</sup> Così C. Cost. 10 giugno 2010, n. 205, cit. Vedi anche in proposito Ubertis, voce *Dibattimento*, *Dig. pen.* III, Torino, 1989, 462, per cui: «*si illumina soltanto un profilo dell'immediatezza processuale: quello relativo alla garanzia che il convincimento del giudice sulla ricostruzione di un fatto passato si formi attraverso un'acquisizione probatoria avvenuta al suo cospetto, senza l'operare di intermediari riguardo alla rappresentazione che dell'avvenimento oggetto del processo venga offerta dalle fonti di prova e dalle stesse parti*».

Se certamente il valore dell'efficienza non può in alcun modo compromettere, sul piano soggettivo, le garanzie dell'imputato e, sul piano oggettivo, la qualità dell'accertamento processuale<sup>22</sup>, è ragionevole interrogarsi tuttavia sull'intensità delle garanzie supplementari effettivamente derivate dalla reiterazione dell'ascolto di un teste – peraltro operato a ulteriore distanza di tempo dai fatti oggetto di giudizio – rispetto alla lettura del contenuto di un verbale stenotipico che riporta fedelmente l'esito dell'esame operato in contraddittorio tra le parti<sup>23</sup>.

### **“Costi” della rinnovazione dibattimentale e ruolo dell'avvocatura**

Le conseguenze operative derivanti dalla lettura sin qui esposta dell'art. 525, comma 2, c.p.p. nei giudizi di merito, come è noto, non sono marginali.

Il frequente *turn over* dei giudici penali negli uffici comporta, con la peculiarità rappresentata dalla disciplina dell'art. 190<sup>bis</sup> c.p.p., la riproposizione periodica del problema dell'integrale rinnovazione del dibattimento ogni qualvolta intervengano cambiamenti della persona del giudice monocratico o della composizione del collegio.

Il problema può determinarsi (e per periodi diversificati) per una pluralità di ipotesi: infermità, trasferimento ad altra sezione o ad altro ufficio, maternità, ferie, nomina ad incarico direttivo o semidirettivo, trasferimento in Appello o in Cassazione, assunzione di funzioni che determinino lo status di fuori ruolo del magistrato, ecc.<sup>24</sup>

Anche se il dato statistico relativo alla mobilità “fisiologica” derivante dai trasferimenti

orizzontali dei giudici ovvero verticali (destinazione agli uffici di grado superiore o ad incarichi apicali), risulti solo modestamente incrementato dal mutamento di funzioni per effetto della più rigida disciplina prevista dalla riforma ordinamentale del 2006<sup>25</sup>, ove si consideri che ogni giudice può trasferirsi dopo tre anni di esercizio di funzioni, ma anche prima se la mobilità è circoscritta all'interno dell'ufficio, risulta intuibile come il mutamento dell'organo giudicante, concepito dal legislatore come fenomeno eccezionale, risulti invece incidere in modo rilevante nella prassi<sup>26</sup>.

Il derivato ritardo nella definizione dei giudizi, con conseguenti riflessi sulla decorrenza dei termini di prescrizione e di custodia cautelare, unito ai costi materiali per le notifiche e agli oneri per i testimoni, determinano il pagamento di un prezzo in termini di credibilità indubbiamente elevato per il servizio giustizia.

Non si intende con questo censurare la scelta difensiva intesa non di rado, con la richiesta di rinnovare l'istruzione dibattimentale dinanzi al nuovo giudice, ad avvicinare per il proprio assistito il traguardo della prescrizione.

Si tratta di una opzione defensionale del tutto comprensibile ed in qualche modo forse doverosa (specie ove sia prevedibile un esito negativo del processo per l'imputato)<sup>27</sup>, pur se

<sup>25</sup> Va ricordato come il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente, ai sensi dell'art. 13, comma 3, d.lgs 5 aprile 2006, n. 160 risulti fortemente disincentivato da una serie di condizioni: trasferimento di regione, almeno cinque anni di servizio continuativo nelle funzioni, giudizio di idoneità conseguito all'esito di un corso di qualificazione professionale, limite di quattro cambiamenti di funzioni nell'arco della vita professionale.

<sup>26</sup> L'endemica carenza di copertura dell'organico dei magistrati determina un'ulteriore incremento nella composizione di collegi di natura precaria, in cui il C.S.M. ha da ultimo (con la circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2012/2011, approvata con delibera del 21.7.2011) consentito anche la partecipazione di giudici onorari.

<sup>27</sup> Cfr. in proposito quanto osservato da Suraci, *Mu-*

<sup>22</sup> Cfr. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, cit.

<sup>23</sup> Sulle criticità derivanti dalla rinnovazione del dibattimento, vedi: Racanelli, *Riformare il processo e non i magistrati*, *La Magistratura*, 2008, n.2, 132.

<sup>24</sup> Sul tema in generale vedi: Cavallini, *Inamovibilità dei magistrati e funzionalità degli uffici giudiziari. tendenze in atto*, *Riv. dir. proc. civ.* 2003, 1043.

prassi dilatorie – non confinate nell’eccezionalità - intese a richiedere da parte dell’avvocato l’esame del teste già escusso da altro giudice per poi consentire l’utilizzabilità mediante lettura dei verbali precedenti, dopo aver avuto contezza della (rinnovata) presenza del teste all’udienza, non possono che determinare più di una perplessità.

Del tutto evidentemente, laddove il difensore non consenta all’utilizzazione delle prove dichiarative precedentemente assunte mediante semplice lettura, ravvisando la necessità della reiterazione dell’esame del teste già operata in precedenza da altro giudice (o da un collegio in diversa composizione), e poi si limiti all’ascolto della rituale “conferma di quanto precedentemente dichiarato”, si è in presenza di una mera rappresentazione virtuale del rispetto dei principi di immediatezza della deliberazione (e di oralità della prova) su cui si fonda il disposto dell’art. 525, comma 2, c.p.p., che appare più assimilabile ad un abuso del processo piuttosto che al diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost..

Sul tema in questione non sono mancati interventi dell’avvocatura associata che, con riferimento ad un monitoraggio operato sul territorio nazionale, ha dedotto la marginale incidenza statistica dell’azzeramento della trattazione del processo per mancato consenso del difensore alla lettura degli atti in caso di mutamento del giudice in corso di causa<sup>28</sup>.

Si tratta di dati che appaiono come contraddittori rispetto all’esperienza giudiziaria,

*tamento della persona fisica del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante lettura e necessità del consenso delle parti. Profili di incostituzionalità e prospettive di intervento della Corte costituzionale, Studium Iuris, 2004, 21, che richiama l’art. 36 del codice deontologico forense, laddove prevede che l’avvocato sia tenuto a difendere «...gli interessi della parte assistita nel miglior modo possibile...».*

<sup>28</sup> Il riferimento è al *Rapporto sul processo penale* redatto dall’Eurispes per conto dell’Unione Camere Penali Italiane nel 2008, che indica che l’ipotesi di diniego del consenso alla lettura degli atti da parte del difensore ricorra in circa nel 30% dei casi di rinnovazione del dibattimento (cfr. [www.eurispes.it](http://www.eurispes.it)).

ma che comunque, in quanto non numericamente trascurabili, non consentono di definire come “un falso problema” quello riconnesso al rapporto tra immutabilità del giudice e durata del processo.

### Il problema del limite decennale di permanenza tabellare

Le ricadute processuali conseguenti alla mobilità dei magistrati giudicanti nel settore penale, derivanti dalla svariate cause enumerate in precedenza, non possono trascurare gli effetti derivati dal regime di temporaneità dei magistrati nell’incarico introdotto dal primo comma dell’art. 19 del d.lgs. n. 160/2006.

Si tratta del divieto per i magistrati giudicanti di permanere nella stessa posizione tabellare (o nel medesimo gruppo di lavoro per i pubblici ministeri) per un periodo superiore a dieci anni<sup>29</sup>.

A ben vedere ci si trova di fronte ad una mobilità imposta dalla legge, atteso che ogni magistrato (e il riferimento per quel che qui interessa riguarda nello specifico i giudici addetti al dibattimento penale in primo grado) non può far parte della medesima sezione (e quindi dello stesso collegio) per più di dieci anni<sup>30</sup>.

La previsione normativa peraltro ha recepito un principio (quello della temporaneità delle attribuzioni) originariamente dettato da norme regolamentari del Consiglio Superiore della Magistratura, se pure in forma più contenuta (in quanto derogabile) e limitata ad

<sup>29</sup> L’indicazione temporale è stata dettata dal C.S.M., cui l’art. 19, comma 1, d.lgs. n. 160/2006 rimetteva la scelta in una forbice cronologica tra un minimo di cinque ed il massimo di dieci anni.

<sup>30</sup> La previsione normativa non investe i settori specializzati nella giurisdizione, quali la magistratura del lavoro, i tribunali per i minori e quelli di sorveglianza, pur se risulta arduo rinvenire motivazioni che consentano di settorializzare la portata di un principio (quello di temporaneità delle attribuzioni) fondato su esigenze di ordine generale.

alcuni, specifici settori giurisdizionali, per i quali si era ritenuto necessario limitare l'esercizio prolungato delle funzioni per evitare l'insorgere di fenomeni di personalizzazione e di condizionamenti<sup>31</sup>.

L'affermazione della temporaneità delle funzioni quale criterio cui improntare l'organizzazione del servizio giustizia (e la vita professionale del magistrato) si inquadra nell'ampio dibattito generatosi all'interno della magistratura associata sull'esigenza di ricordare il valore (di indiscutibile rilevanza) della specializzazione del giudice con la necessità di consentire la diffusione delle competenze e quindi un incremento della professionalità.

L'enfaticizzazione del rischio che una permanenza senza limiti nello stesso ruolo e nello stesso ufficio potesse portare a una giurisprudenza più cristallizzata e ad una minore capacità evolutiva della giurisdizione, nonché ad un affievolirsi dell'impegno derivante da una progressiva autoreferenzialità, sono alla base della scelta culturale operata dall'organo di governo autonomo della magistratura (se pure con decisioni adottate a maggioranza<sup>32</sup>),

<sup>31</sup> Il divieto di permanenza ultradecennale per i magistrati deriva originariamente dalla circolare del C.S.M. che dettava i criteri organizzativi per la formazione delle tabelle degli uffici giudiziari (ai sensi dell'art. 7bis del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) per il biennio 1994/1995, con la possibilità tuttavia di deroga nel caso di gravi motivi di servizio (esclusa con la circolare 1996/1997 per le sezioni fallimentari o societarie). Con la riforma del giudice unico (circolare 1998/1999), la possibilità di permanenza ultradecennale veniva altresì esclusa per i magistrati in servizio presso le sezioni distaccate (anche delle ex Preture). Il disposto regolamentare è rimasto inalterato in tutte le successive circolari sulle tabelle (art. 46), ampliandosi l'impossibilità di deroghe al divieto anche per i magistrati in servizio presso le sezioni del riesame dei tribunali aventi sede nel capoluogo di distretto ed alle sezioni distaccate di Corte d'Appello (circolare 2004/2005), ed alle sezioni G.I.P.-G.U.P. (circolare 2006/2007).

<sup>32</sup> Una componente minoritaria della magistratura associata ha sempre difatti rilevato come l'applicazione indifferenziata del limite decennale si ponga in contrasto con la (pur avvertita) esigenza di adeguata specializzazione del magistrato (vista nell'interesse dell'utente del servizio giustizia), finendo poi per supplire con un

superando anche il vaglio di costituzionalità rispetto sia al principio della riserva di legge stabilito in materia di ordinamento giudiziario dell'art. 108 della Costituzione, sia a quelli di inamovibilità dei magistrati (art. 107 Cost.) e di buon funzionamento nell'organizzazione dei pubblici uffici (art. 97 Cost.)<sup>33</sup>.

L'art. 19 cui si è fatto riferimento trova quindi solida ispirazione culturale endogena al corpo magistratuale, al contempo promotore anche dell'innovato regime di temporaneità degli incarichi direttivi e semidirettivi<sup>34</sup>, cui può essere attribuita un'ulteriore (se pur inferiore) rilevanza dilatoria nei tempi di definizione dei processi.

L'assoluta inderogabilità del divieto di permanenza ultradecennale nelle funzioni tabellari (salvo una proroga *ad processum* di cui dirà più avanti), assistito da una proceduralizzazione (art. 19, comma 2bis) che prevede il traferimento di ufficio in caso di inottemperanza, pur non potendosi ritenere il disposto normativo applicabile ineludibilmente ad ogni magistrato (atteso che si tratta pur sempre di un arco temporale prolungato che può non essere raggiunto per scelta elettiva anticipata di trasferimento del singolo), costituisce tuttavia un elemento statisticamente apprezzabile nella valutazione complessiva della sfera di incidenza dell'art. 525, comma 2, c.p.p.<sup>35</sup>

Da tanto deriva che alle motivazioni discrezionali di mobilità individuali, si debba

cieco automatismo l'esigenza di effettivo e tempestivo controllo sulle patologie legate all'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

<sup>33</sup> Cfr. ad es. T.A.R. Lazio 7.2.1997, n. 209 I T.A.R. 1997, I, 818.

<sup>34</sup> Gli artt. 45 e 46 del d. lgs. 30 gennaio 2006, n. 26 prevedono che le funzioni direttive e semidirettive abbiano natura temporanea, e possano essere svolte per il periodo massimo di quattro anni, con la possibilità di conferma per un unico successivo quadriennio.

<sup>35</sup> Devesi segnalare in proposito come il C.S.M., nell'interpretare l'ambito di operatività della riforma ordinamentale, ha ritenuto che il computo della decennialità di cui all'art. 19 d.lgs. n.160/2006 operi *ex tunc*, e quindi anche in riferimento al periodo di servizio prestato dal magistrato prima della novella ordinamentale.

sommare quella “obbligatoria” derivante dal limite di permanenza nella sezione penale che, poichè intrinsecamente differenziata all’interno dello stesso collegio, ordinariamente investe periodicamente (ed anche a più riprese) la composizione dell’organo giudicante, amplificando le diseconomie processuali nella trattazione dei processi.

Per quanto nei tribunali di medio-grandi dimensioni il trasferimento dei giudici “ultradecennali” si attui nella prassi mediante un mero cambiamento di sezione nell’ambito del medesimo settore penale di appartenenza (per evitare i disagi legati ad un trasferimento territoriale ovvero ad una riconversione formativa in un settore diverso), tuttavia gli effetti sui dibattimenti già aperti legati al rispetto del principio dell’immediatezza della deliberazione risultano sostanzialmente inalterati.

Le conseguenze pratiche del principio di temporaneità delle attribuzioni giurisdizionali, nell’ampiezza che si è sin qui ricordata, sono proprio in questi mesi oggetto di dibattito all’interno della magistratura (e non solo), per le criticità derivanti da un automatismo che l’esperienza concreto ha rivelato inadeguato alla conservazione ed all’arricchimento di adeguate professionalità.

Per quanto prevalentemente legate all’imminente “smembramento” di gruppi di lavoro specializzati in uffici di Procura, il dibattito in corso è inteso a rivisitare complessivamente l’approccio olistico all’attività del magistrato, interrogandosi se il bilanciamento di costi/benefici della specializzazione possa trovarsi in soluzioni meno rigide di quelle attuali, che consentano comunque la valorizzazione della specializzazione per aree contigue e che impongano un “ricambio” programmato per uffici e non per scadenze automatiche.

È quindi il tema culturale di fondo della specializzazione che viene in rilievo, collegato alle criticità derivanti dalla dispersione di professionalità arricchitesi nel tempo, mentre

è trascurato il profilo legato alle conseguenze della mobilità sulla gestione dei ruoli dibattimentali.

Eppure l’esperienza induce a ritenere che l’aspetto organizzativo collegato al tema della mobilità dei giudici sia tutt’altro che marginale, anche e soprattutto perchè insufficiente l’attenzione ad esso riservata.

### I rimedi possibili sul versante organizzativo

Si è detto in precedenza come, adeguandosi all’interpretazione dell’art. 525.2 c.p.p. offerta dalla Cassazione (e validata come costituzionalmente compatibile dalla Corte Costituzionale), sarebbe ingeneroso attribuire alle strategie defensionali la responsabilità delle conseguenze derivanti dalla (accentuata) turnazione dei giudici penali sulla dilazione dei tempi di definizione dei giudizi.

In effetti la principale causa dell’inefficienza del sistema, e di tutte le diseconomie derivanti dalla ripetizione di acquisizioni testimoniali già acquisite, dipende da ragioni organizzative interne agli uffici giudiziari e, più in generale, dall’incapacità di gestire utilmente meccanismi gestionali certamente complessi, ma nei cui confronti il corpo magistratuale deve assumersi, senza alibi, adeguate responsabilità.

Pur nella consapevolezza della sostanziale impossibilità di eludere integralmente le criticità collegate ad una turnazione dei giudici penali che, come esaminato in precedenza, va oltre le (legittime) aspirazioni individuali, dev’essere rilevare come gli interventi intesi a fronteggiare gli effetti negativi (e distorsivi) delle limitazioni processuali probatorie imposte dall’art. 525, comma 2, c.p.p. debbano rilevarsi insufficienti.

Eppure adeguati interventi organizzativi preventivi risultano in tutta evidenza opportuni (se non necessari) per operare una virtuosa limitazione dei costi della rinnovazione del dibattimento.

Va realisticamente archiviata l'utopica prospettiva di operare una sistematica videoregistrazione dei dibattimenti (che consentirebbe di rivisitare i canoni ermeneutici di cui si è sin qui dato conto), ed anche l'ipotesi (pur astrattamente possibile) di far partecipare giudici supplenti (per cui opererebbe il regime di cui all'art. 525 c.p.p.) nei dibattimenti per cui possa prevedersi come probabile un mutamento del giudice in corso d'opera<sup>36</sup>. Prospettive entrambi che devono ritenersi di ardua praticabilità per le note carenze di risorse che affliggono la giustizia.

Ma esistono altri e più agevoli interventi organizzativi che potrebbero essere realizzati per ridurre o annullare i "costi" della rinnovazione.

Viene così in rilievo il tema della tempestività della sostituzione dei giudici e della lunga precarietà della composizione dei collegi, che potrebbe trovare maggiore attenzione nella gestione del personale giudiziario nei Tribunali.

Per quanto riguarda la mobilità obbligatoria è lo stesso legislatore, nel prevedere all'art. 19 del d.lgs. n. 160/2006 il divieto di permanenza ultradecennale nella stessa posizione tabellare, che si è fatto carico di contenere i disagi organizzativi per gli uffici, con una duplice disciplina avente oggetti diversi.

Così al primo comma dell'articolo 19, si è inteso garantire la conservazione delle testimonianze già acquisite in dibattimento, contemplando che «...il Consiglio superiore può disporre la proroga dello svolgimento delle medesime funzioni limitatamente alle udienze preliminari già iniziate e per i procedimenti penali per i quali sia stato già dichiarato aperto il dibattimento, e per un periodo non superiore a due anni».

Più in generale invece il comma secondo del medesimo articolo, prevedendo che «nei due anni antecedenti la scadenza del termine di

permanenza di cui al comma 1, ai magistrati non possono essere assegnati procedimenti la cui definizione non appare probabile entro il termine di permanenza nell'incarico», detta una disposizione "programmatica" di pratica utilità idonea a contenere al minimo i disagi derivanti dal mutamento del giudice, anche e specie nei giudizi di cognizione collegiale.

La prassi evidenzia però come le disposizioni summenzionate trovino una modesta, e sicuramente insufficiente applicazione.

All'ingente (e costante) numero di magistrati addetti nei Tribunali al settore giudicante penale costretti periodicamente al cambiamento (di sezione, di settore, di funzioni o di ufficio) per raggiungimento del limite decennale di permanenza tabellare, corrisponde un episodico intervento consiliare di *prorogatio*, mentre la ben più efficace regola organizzativa di cui all'art.19.2 trova eccezionale applicazione da parte dei presidenti dei Tribunali.

Lo stesso C.S.M., nell'approvare la circolare sulle tabelle, non interviene efficacemente sulla materia, su cui potrebbe dettare regole generali di indirizzo, preoccupandosi unicamente di garantire un'adeguata riconversione formativa ove il magistrato eventualmente destinato ad settore diverso da quello di precedente operatività<sup>37</sup>.

Così i problemi derivati dal trasferimento del giudice penale per i giudizi per cui sia stato già aperto il dibattimento (e disposto l'esame di testimoni), restano consegnati allo spontaneo organizzativo dei dirigenti degli uffici.

In assenza di direttive obbligatorie cui uniformarsi per regolare le modalità di trattazione dei ruoli del trasferendo giudice penale, generalmente si dispone che il magistrato

<sup>36</sup> In questo senso: Conti, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, cit.

<sup>37</sup> Il riferimento è all'art. 18, comma 3 della circolare del C.S.M. sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2012/2014, cit. in cui si prevede che «in ogni caso in cui vi siano esigenze di riconversione, il magistrato assegnato a una sezione civile o penale può essere a sua domanda coassegnato parzialmente ad altra sezione o a diverso settore, purché senza esonero dalla sezione di provenienza e per finalità formative».



debba tendenzialmente concludere i dibattimenti di cognizione collegiale (esclusi dalla sfera applicativa di cui all'art. 190bis c.p.p.) in avanzato stato di trattazione prima della sua nuova destinazione, e/o garantire (ove non sia intervenuto il consenso alla lettura dei verbali delle testimonianze già acquisite) l'originaria composizione collegiale sino al termine del giudizio, successivamente al trasferimento.

Trattasi peraltro di disposizioni discrezionali e non connotate da peculiare cogenza del disposto organizzativo, anche perché di disagiata applicazione dovendosi temperare le esigenze di conclusione dei dibattimenti già aperti con il nuovo ruolo attribuito al magistrato in sede di tramutamento (accentuandosi le difficoltà ove il trasferimento sia intervenuto per una diversa sede giudiziaria).

Quanto invece ai processi monocratici, quantitativamente maggiori rispetto a quelli collegiali (e del tutto esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 190bis c.p.p.), per tutelare le esigenze di economia processuale e di conservazione dell'attività dibattimentale già svolta in caso di mobilità del giudice (se pur limitatamente ai trasferimenti interni all'ufficio), solo raramente il dirigente interviene (e non senza resistenze interne all'ufficio) prevedendo che il magistrato trasferito ad altra sezione penale conservi integralmente il proprio ruolo monocratico "ad esaurimento"<sup>38</sup>.

Si potrebbe così evitare la rinnovazione del dibattimento quale conseguenza del mutamento del giudice perseguendo al contempo la duplice finalità sia di responsabilizzazione del giudice, sia di conservazione delle conoscenze processuali già acquisite.

Da ultimo occorre dar conto come risulti del tutto estranea alla cultura (auto)organizzativa dei magistrati penali, abituati ad una trattazione parallela dei giudizi, con rinvii an-

<sup>38</sup> L'effetto "pedagogico" di una disposizione organizzativa siffatta può consigliare di estendere il criterio anche oltre i processi per quali non sia stata già dichiarata l'apertura del dibattimento.

che lunghi e frazionati, il criterio di gestione dei processi (particolarmente opportuno per quelli di cognizione collegiale) che preveda, dopo una prima udienza destinata unicamente a verificare la regolarità della costituzione delle parti, il rinvio ad un'udienza che ne consenta una trattazione cd. sequenziale, secondo un calendario di udienze ravvicinate che preveda l'esaurimento in tempi brevi di gruppi di processi (selezionati in base agli ordinari criteri di priorità) prima di aprirne nuovi.

Si tratta di un metodo di lavoro che è stato proposto come idoneo a ridurre i tempi dei processi all'esito di una specifica ricerca sul campo, e che proprio sul versante degli effetti (*lato sensu* intesi) della mobilità dei giudici sembra presentare i vantaggi più interessanti<sup>39</sup>.

## Conclusioni

In conclusione non si ritiene inutile auspicare una rivisitazione normativa della disciplina degli effetti del mutamento della persona fisica del giudice sulla validità delle acquisizioni processuali, che contemperino in modo adeguato le esigenze di durata ragionevole del processo rispetto al diritto alla prova ed alla sua introduzione nel processo mediante la partecipazione alla sua acquisizione da parte del giudice terzo, prodromica alla sua valutazione ai fini della decisione da parte dello stesso giudice<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. sul tema lo studio di Ichino: *Misure per accelerare i processi a costo zero*, *Il Sole 24 ore* del 30 aprile 2010, in cui l'autore evidenzia, sulla base di una ricerca empirica, muovendo dall'intensa mobilità dei giudici sul territorio, che: «...lavorando in modo sequenziale, ossia tenendo "meno pentole contemporaneamente sul fuoco", la durata media di tutti i processi si ridurrebbe per ogni giudice e il carico pendente trasferito a un eventuale sostituto sarebbe inferiore a parità di altre condizioni. Andrebbe poi valutata sperimentalmente la possibilità di ridurre le nuove assegnazioni a un giudice di cui sia certo il trasferimento in una data futura, in modo che questi possa concentrarsi sullo smaltimento dell'arretrato. Andrebbe anche presa in considerazione la possibilità di ritardare il suo trasferimento fino all'esaurimento del suo carico pendente».

<sup>40</sup> Già la commissione Riccio, nel predisporre il progetto di riforma del codice di rito, alla direttiva 79 si

La stessa Corte Costituzionale ha affermato del resto: «... che è ben vero che il diritto della parte alla nuova audizione non è assoluto ma "modulabile" (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore ... facendo riferimento alla possibilità che siano introdotti presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio del diritto in questione...»<sup>41</sup>.

E' pertanto lecito ipotizzare che la richiesta di rinnovazione debba essere corredata da idonea motivazione per consentire una valutazione (e motivazione) adeguata del giudice che tenga conto anche delle ragioni della vittima del reato<sup>42</sup>, ovvero che si possa prospettare

---

era fatta carico del problema: da un lato prevedendo l'applicazione all'ufficio di provenienza, ove possibile, del giudice trasferito, per terminare la celebrazione dei dibattimenti iniziati; dall'altro distinguendo gli effetti processuali a seconda che il mutamento riguardasse un solo componente di un collegio giudicante, ovvero più componenti.

<sup>41</sup> C. Cost. 10 giugno 2010, n. 205, *cit.*, anche in riferimento alle ordinanze n. 318/2008 e n. 67/2007.

<sup>42</sup> Cfr. da ultimo: Tripodi, *Ragionevole durata del processo penale, principio di oralità e "abuso" del processo (ancora sulla rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice)*, Cass. pen. 2008, 3077 per cui: «c'è un grande assente ..... nel modo in cui i problemi della ragionevolezza delle regole di gestione del processo penale vengono affrontati ed è la vittima del reato, la cui linee essenziali di tutela (prima, du-

una sospensione del corso della prescrizione per il tempo necessario alla reiterazione delle acquisizioni testimoniali.

Al contempo però non si può passivamente restare inerti, in uno sterile rimpallo di responsabilità, di fronte alle gravi conseguenze che determinano sui processi la periodica (ed ineludibile) mobilità dei giudici sul territorio e negli uffici.

Qualcosa (e forse molto di più) è rimesso alla capacità di intervento del corpo magistratuale in tutte le sue componenti: dall'organo di autogoverno, ai dirigenti degli uffici, per finire al giudice singolo, in diverso modo chiamati ad interventi correttivi che l'esperienza della quotidianità giudiziaria impone come non più differibili.

L'ormai prossimo decollo della Scuola Superiore della Magistratura, cui il d.lgs. n. 26/2006 ha attribuito un'ampia attribuzione formativa, comprensiva anche dell'organizzazione degli uffici e l'auto-organizzazione dei ruoli di udienza, può costituire un'occasione per intervenire (anche) sul tema in questione.

---

rante e dopo il processo) sono state oggetto, ancora una volta, di rilevanti iniziative in ambito comunitario».

NICOLA TRIGGIANI

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Bari  
“Aldo Moro” (Sede di Taranto)*

## Responsabilità amministrativa degli enti e giudizio abbreviato: dubbi e perplessità tra norme codicistiche e disciplina speciale

*Administrative liability of corporate  
bodies and simplified and shortened  
proceedings: doubts and perplexities in  
Codes, regulations and special provisions.*

---

Il procedimento avviato per accertare la responsabilità amministrativa da reato degli enti può definirsi in via anticipata con il giudizio abbreviato. Ma il legislatore si è limitato a disciplinare espressamente soltanto alcuni profili dell'istituto: il rinvio alla disciplina codicistica e la clausola di compatibilità - dopo oltre dieci anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 - continuano a porre non pochi problemi nell'interpretazione della normativa, che solleva anche dubbi di legittimità costituzionale.

*The procedure to establish the administrative liability for crimes ascribable to corporate bodies can be previously defined by simplified and shortened proceedings. On the other hand the legislator has confine himself to regulating expressively just some of the aspects of that institution. The cross reference to the Codes and the compatibility clause - more than 10 years have passed by from the enforcement of the legislative decree no. 231, dated June 8, 2001 - keeps on causing problems in the interpretation of the legislative provisions, and throws doubt about its constitutional legitimacy.*

---

## Il rinvio alla disciplina codicistica del giudizio abbreviato e la riserva di compatibilità: problematiche interpretative

La disciplina del giudizio abbreviato nell'ambito del procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato risponde alla medesima finalità che caratterizza la normativa dettata dal c.p.p. in riferimento a tale rito, ossia garantire una più rapida definizione del procedimento e una maggiore efficienza al funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

Con una previsione di carattere generale, l'art. 62, comma 1, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 dispone che si osservano le disposizioni contenute nel titolo I del libro VI del c.p.p., «*in quanto applicabili*»: vengono, dunque, richiamati espressamente gli artt. 438 (in tema di legittimazione, forme e termini della richiesta), 441 e 441-bis (sullo svolgimento del giudizio), 442 (concernente la decisione), nonché 443 c.p.p. (in ordine all'appello della sentenza).

In caso di procedimento attribuito alla cognizione del tribunale in composizione monocratica, per un illecito derivante da reato-presupposto che non contempli l'udienza preliminare, il rinvio, *ex art.* 62, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, è, «*secondo i casi*», alle norme degli artt. 555, comma 2, 557 e 558, comma 8, c.p.p.: il richiamo individua le modalità di attivazione del rito in oggetto con riferimento, rispettivamente, al procedimento monocratico instaurato a seguito di citazione diretta, al procedimento per decreto e al giudizio direttissimo.

La scelta del legislatore del 2001 è stata, insomma, quella di ribadire la generale clausola di operatività, nei limiti della compatibilità, delle disposizioni codicistiche, sottolineando ciò che si sarebbe potuto comunque desumere dalla lettura dell'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001: la portata dei primi due commi dell'art. 62 d.lgs. n. 231 del 2001 non sembra pertanto essere innovativa, né presenta alcun carattere di

autonomia rispetto al contesto in cui tali previsioni sono inserite<sup>1</sup>. Il comma 2 dell'art. 62, in particolare, non fa altro che ripetere la formula contenuta nell'art. 556, comma 2, c.p.p., norma riassuntiva che specifica, nell'ambito del rito innanzi al tribunale in composizione monocratica, quali siano le disposizioni applicabili nel corso del giudizio abbreviato laddove manchi l'udienza preliminare.

Il richiamo, tuttavia, appare, a ben vedere, del tutto lacunoso, e la riserva di compatibilità finisce, in ragione della sua genericità, per prospettare, di volta in volta, interrogativi circa la concreta applicabilità delle previsioni codicistiche. La disposizione di cui all'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, tra l'altro, trascura le ipotesi (anch'esse prive di udienza preliminare) in cui il giudizio abbreviato sia il frutto della conversione del giudizio immediato o direttissimo instaurato davanti al collegio; così come omette di affrontare la possibilità di accesso all'abbreviato in seguito all'opposizione al decreto penale riguardante illeciti dipendenti da reati che non siano di competenza del giudice monocratico<sup>2</sup>.

Peraltro, ragioni di ordine logico e di coerenza sistematica inducono a condividere l'orientamento dottrinale che ritiene ammissibile il giudizio abbreviato anche nei casi non espressamente contemplati nell'art. 62 d.lgs. n. 231 del 2001, valorizzando il richiamo generale al c.p.p. effettuato dall'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., tra gli altri, Mancuso, *sub art.* 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2010, 9770; Manzoni, *I procedimenti speciali e il giudizio*, Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 668.

<sup>2</sup> Cfr. Bonetti, *I procedimenti speciali*, Bernasconi (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, 2006, 312 s.; Piziali, *I procedimenti speciali nei giudizi per la responsabilità da reato degli enti collettivi*, Pisani (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, 2003, 670; Tirelli, *I procedimenti speciali*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 325.

<sup>3</sup> In tal senso, Bonetti, *I procedimenti speciali*, cit., 313; Giglioli, *I procedimenti speciali e il rito ordinario*, Di

Sicuramente, deve invece escludersi l'applicabilità di tutte le norme che disciplinano, nel rito abbreviato, la costituzione e la partecipazione al processo della parte civile, vista la non configurabilità di un'azione civile, analoga a quella legittimata dall'art. 185 c.p., nei confronti dell'ente chiamato a rispondere per la responsabilità amministrativa. È appena il caso di osservare, infatti, che all'ente non è imputato un "reato" e, di conseguenza, non può trovare applicazione la previsione ex art. 185 c.p.: risulta pertanto inammissibile la costituzione del danneggiato come parte civile nei confronti dell'ente, come ha avuto modo di confermare anche la Corte di cassazione nella prima decisione sull'argomento<sup>4</sup>.

### La scelta del giudizio abbreviato come possibile deroga alla regola del *simultaneus processus*

Prima di esporre più in dettaglio la disciplina del giudizio abbreviato nel processo *de socie-*

*tate*, al fine di evidenziarne le difficoltà esegetiche e i profili di criticità, appare opportuno svolgere qualche breve considerazione in ordine ai meccanismi di cumulo del procedimento per illecito penale a carico dell'imputato e di quello per illecito amministrativo nei confronti dell'ente collettivo, con riferimento al giudizio abbreviato e, più in generale, ai riti alternativi al dibattimento.

Premesso che l'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 stabilisce che «il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende», è necessario, tuttavia, ricordare che la regola del *simultaneus processus* ammette delle deroghe. In particolare, l'art. 38, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 231 del 2001 impone che si proceda separatamente per l'illecito amministrativo dell'ente quando il procedimento a carico dell'imputato persona fisica è stato definito con il giudizio abbreviato o con l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. o è stato emesso il decreto penale di condanna. Ora, tale disposizione, letta in combinato disposto con il cit. comma 1 del medesimo articolo, sembra ancorare la causa di separazione in esame soltanto al caso in cui sia l'autore del reato presupposto a ricorrere alla definizione del procedimento mediante il rito speciale, senza disciplinare espressamente l'ipotesi inversa<sup>5</sup>. Tuttavia, secondo parte della dottrina, poiché le disposizioni di cui agli artt. 62, 63 e 64 d.lgs. n. 231 del 2001 ammettono la possibilità per l'ente di definire il procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo con un rito alternativo, senza subordinarla al fatto che l'autore del reato presupposto abbia operato la medesima scelta processuale ovvero sia sottoposto a separato processo, è possibile ritenere che la causa di separazione

Amato (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, X, *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009, 754; Mancuso, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 9771; Ielo, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Palazzo-Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 2386; Manziona, *op. cit.*, 668. Esprime qualche perplessità circa la possibilità di dare attuazione alle norme che consentono di richiedere il rito abbreviato in sede di giudizio direttissimo (art. 452 c.p.p.) e di giudizio immediato (art. 458 c.p.p.) Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII, II, *Modelli differenziati di accertamento*, Torino, 2011, 1094, dal momento che tali disposizioni, come del resto quelle relative alla trasformazione del rito monitorio, sono collocate topologicamente fuori dal titolo I del libro VI c.p.p., al quale rinvia la lettera dell'art. 62, comma 1, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, *Proc. pen. giust.*, 2011, 3, 77, con nota adesiva di Ielo, *Non è ragionevole ammettere la parte civile nel processo agli enti*, cui si rinvia anche per una rassegna dei precedenti giurisprudenziali di merito conformi e di segno opposto. In dottrina, sull'inammissibilità della costituzione di parte civile cfr., altresì, Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un collegamento tra le giurisdizioni*, *Guida dir.*, 2008, 11, 80 ss.

<sup>5</sup> In questi termini, v., tra gli altri, Mancuso, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, *Aa.Vv., La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, 223.

di cui all'art. 38, comma 2, lett. b), cit. debba operare anche nel caso in cui sia l'ente e non l'autore del reato-presupposto a ricorrere alla definizione del procedimento mediante il rito speciale<sup>6</sup>.

Del resto, anche a non voler accogliere tale interpretazione, l'art. 38, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 231 del 2001 sancisce comunque che si debba procedere separatamente per l'illecito amministrativo quando «l'osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario», sicché, di fronte alla volontà dell'imputato di proseguire con il rito ordinario e a quella dell'ente di scegliere il rito alternativo, il giudice deve disporre la separazione delle *res iudicandae*<sup>7</sup>.

### La richiesta

In forza del rinvio operato dall'art. 62, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 al titolo I del libro VI c.p.p., il giudizio abbreviato può essere chiesto dall'ente nel corso dell'udienza preliminare, fino a che non siano state formulate le conclusioni ai sensi degli artt. 421 e 422 c.p.p.<sup>8</sup>.

In caso di contestazione dell'illecito nelle forme della citazione diretta a giudizio, il

termine per chiedere l'accesso al rito è quello indicato dall'art. 552, comma 1, lett. f), c.p.p.: l'ente dovrà avanzare istanza di rito abbreviato nel corso dell'udienza di comparizione, prima che venga dichiarato formalmente aperto il dibattimento. Nel caso, poi, di procedimento per decreto per reati di competenza del tribunale in composizione monocratica, la richiesta di giudizio abbreviato dovrà essere formulata con l'atto di opposizione al decreto penale di condanna; nel caso, infine, di giudizio direttissimo, non essendo evidentemente configurabile per l'ente l'arresto in flagranza, la richiesta dovrà essere presentata «prima che sia dichiarato aperto il dibattimento», ovvero entro il termine individuato dalle disposizioni dell'art. 452, comma 2, c.p.p., alle quali rinvia l'art. 558, comma 8, c.p.p.<sup>9</sup>.

La richiesta di accesso al giudizio abbreviato può essere formulata, oralmente o per iscritto, dal rappresentante legale dell'ente - che, ai sensi dell'art. 39, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001, non essendo imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, partecipa al procedimento - o per il tramite di un procuratore speciale all'uopo nominato dal medesimo rappresentante legale, secondo quanto disposto dall'art. 438, commi 2 e 3, c.p.p.<sup>10</sup>.

A tal proposito, ci si è chiesti se l'istanza possa essere avanzata anche dal difensore, il quale, a norma dell'art. 39, comma 4, d.lgs. n. 231 del 2001, «quando non compare il legale rappresentante», rappresenta l'ente costituito in giudizio. Tale disposizione ha la funzione di imporre la supplenza del legale rappresentante, creando una sorta di rappresentanza sostanziale dell'ente, sicché, secondo parte della dottrina, si dovrebbe concludere per la piena legittimazione del difensore dell'ente a

<sup>6</sup> In tal senso, v. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2009, 808; Coratella, *Aspetti processuali*, Croce-Coratella, *Guida alla responsabilità da reato degli enti. La prassi applicativa alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul D.Lvo. n. 231/2001*, Milano, 2008, 184; Spangher, *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del diritto ordinario*, Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 59.

<sup>7</sup> In tal senso v. Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 682; Bonetti, *I procedimenti speciali*, cit., 297; O. Bruno, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, 271; Ceresa Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, 22 s.; Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 281; Mancuso, *Autonomia di accertamento e simultaneous processus*, cit., 230; Id., sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 9769 s.; Piziali, *op. cit.*, 663; Tirelli, *op. cit.*, 323; Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 121.

<sup>8</sup> Cfr., tra gli altri, Bricchetti, *Il giudizio abbreviato*, *Resp. amm. soc.*, 2006, 1, 26; Tirelli, *op. cit.*, 330.

<sup>9</sup> Cfr. Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, cit., 1094.

<sup>10</sup> Cfr. Bricchetti, *op. cit.*, 38; Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, cit., 1093; Mancuso, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 9772; Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, 226; Tirelli, *op. cit.*, 332; Zacchè, *op. cit.*, 118 s.

proporre istanza di ammissione al rito abbreviato, senza la necessità di una ulteriore procura<sup>11</sup>.

Un diverso orientamento dottrinale ha condivisibilmente sottolineato come l'esigenza di un'assistenza difensiva per l'ente prescinde dalla scelta di costituirsi in giudizio; se opta per la costituzione, la società dovrà rilasciare al difensore una procura nelle forme dell'art. 100, comma 1, c.p.p.: tale procura incontra le limitazioni descritte dall'art. 100, comma 4, c.p.p., in virtù del quale «il difensore può compiere e ricevere, nell'interesse della parte rappresentata, tutti gli atti del procedimento che dalla legge non sono a essa espressamente riservati». Il difensore nominato, dunque, non è legittimato a compiere gli atti riservati personalmente all'ente e non può, di conseguenza, avanzare istanza di rito abbreviato, pur in assenza del legale rappresentante costituito, a meno che non gli sia stata conferita procura speciale a norma dell'art. 122 c.p.p.<sup>12</sup>.

La richiesta di giudizio abbreviato, pertanto, va presentata dal rappresentante legale ovvero dal procuratore speciale che rappresenta l'ente già costituito in giudizio: l'ente contumace non potrà, invece, accedere al rito abbreviato (né ad altri riti semplificati) per ottenere la definizione del procedimento.

Nel caso di circostanze idonee a mutare il soggetto interessato (trasformazione, fusione o scissione dell'ente originariamente respon-

sabile), l'art. 42 d.lgs. n. 231 del 2001 prevede che «il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative o beneficiari della scissione», sicché l'istanza per l'accesso al rito abbreviato potrà essere avanzata dal legale rappresentante - o suo equivalente - della entità sopravvenuta<sup>13</sup>.

Così chiariti i profili cronologici e di legittimazione alla richiesta di giudizio abbreviato, occorre precisare - sempre in virtù del rinvio alla disciplina codicistica contenuto nell'art. 62, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 - che l'ente potrà, anzitutto, avanzare "richiesta semplice" di accesso al rito abbreviato, chiedendo di essere giudicato sulla propria responsabilità "allo stato degli atti", a norma dell'art. 438, comma 1, c.p.p. Tale forma di giudizio abbreviato sarà evidentemente scelta dall'ente «allorquando sia in possesso di prove forti a suo vantaggio ovvero sia consapevole della scarsa difendibilità della propria posizione e voglia assicurarsi un importante sconto sanzionatorio»<sup>14</sup>.

Sulla richiesta semplice il giudice deciderà con ordinanza, disponendo il rito in base a un sindacato di mera legittimità, vale a dire dopo aver verificato esclusivamente la tempestività della domanda e la legittimazione di chi l'abbia formulata (art. 438, comma 4, c.p.p.).

L'istanza di accesso al rito abbreviato potrà, diversamente, essere subordinata a una integrazione probatoria che risulti «necessaria ai fini della decisione», secondo quanto disposto dall'art. 438, comma 5, c.p.p. La richiesta dovrà essere analitica e specifica, indicando in maniera esaustiva sia il mezzo di prova che l'oggetto dell'integrazione, in modo da consentire una più agevole delibazione giurisdizionale sulla stessa<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. Piziali, *op. cit.*, 674. L'opinione è condivisa da Degl'Innocenti-De Giorgio, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2006, 264 s.

<sup>12</sup> In tal senso, v. Bricchetti, *op. cit.*, 41; O. Bruno, *op. cit.*, 268; Coratella, *op. cit.*, 184 s.; Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., 287 s.; Mancuso, *sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 9772; Manzione, *op. cit.*, 661s.; Santoriello, *Procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, Santoriello-Giunchedi, *La giustizia penale differenziata, I, I procedimenti speciali*, Torino, 2010, 242; nonché Zacchè, *op. cit.*, 119, nota 62, il quale rileva che, diversamente opinando, «verrebbero vanificate le garanzie autodifensive riconosciute all'ente attraverso la sua parificazione all'imputato ex art. 35 d.lgs. n. 231 del 2001».

<sup>13</sup> Cfr. Bonetti, *I procedimenti speciali*, cit., 307; O. Bruno, *op. cit.*, 269.

<sup>14</sup> Così Bassi-Epidendio, *op. cit.*, 693. Analogamente, O. Bruno, *op. cit.*, 269, nota 30.

<sup>15</sup> Cfr. Bricchetti, *op. cit.*, 30; Mancuso, *sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 9773.

A fronte di una richiesta di questo tipo, il giudice dovrà compiere una duplice valutazione, di carattere discrezionale, per accertare se vi sia la necessità dell'integrazione probatoria - tenuto conto del materiale utilizzabile già a sua disposizione - e la compatibilità della stessa con le esigenze di economia processuale del rito, che vanno comunque salvaguardate. Nel caso in cui il giudice disponga l'integrazione probatoria richiesta dall'ente, il pubblico ministero potrà chiedere l'ammissione della prova contraria per contrastare il tema introdotto.

Alla luce della sentenza della Corte costituzionale 23 maggio 2003, n. 169<sup>16</sup>, in caso di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionata a un'integrazione probatoria, formulata nel corso dell'udienza preliminare, l'ente cui è stato contestato l'illecito potrà rinnovare l'istanza prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. In questo caso, il giudice del dibattimento potrà diversamente considerare l'opportunità del supplemento istruttorio già richiesto dall'ente e la compatibilità dello stesso con le esigenze di economia processuale, disponendo conseguentemente che il giudizio abbreviato si celebri in luogo del dibattimento<sup>17</sup>.

In ogni caso, il rigetto della richiesta condizionata di cui all'art. 438, comma 5, c.p.p. non impedisce la successiva proposizione di una nuova istanza di giudizio abbreviato, nei termini di legge, sia essa semplice, sia essa subordinata all'acquisizione di elementi di prova diversi da quelli precedentemente indicati (art. 438, comma 6, c.p.p.).

<sup>16</sup> C. cost., 23 maggio 2003, n. 169, *Giur. cost.*, 2003, 1336, con note di Oddi, *Possibilità di rinnovazione della richiesta di giudizio abbreviato prima dell'apertura del dibattimento*, e di Lozzi, *Un ripensamento della Corte costituzionale in tema di giudizio abbreviato*.

<sup>17</sup> Sul punto v. Bonetti, *I procedimenti speciali*, cit., 306; Mancuso, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 9773.

### L'ambito di operatività dell'istituto: profili critici e dubbi di legittimità costituzionale

L'art. 62, comma 4, d.lgs. n. 231 del 2001 introduce una limitazione di carattere oggettivo all'operatività del rito abbreviato, disponendo che «in ogni caso, il giudizio abbreviato non è ammesso quando per l'illecito amministrativo è prevista l'applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva». Lo scopo della disposizione menzionata è - secondo quanto esplicitato nella *Relazione governativa* al d.lgs. n. 231 del 2001 - quello di evitare che la «trasformazione della sanzione da definitiva a temporanea» frustri «l'esigenza a fondamento della previsione della definitiva inibizione di attività di enti che abbiano commesso, in via reiterata, gravissimi illeciti»<sup>18</sup>.

Al riguardo, sono state manifestate forti perplessità da parte della dottrina maggioritaria, la quale ha sottolineato come tale disciplina risulti assai difficilmente giustificabile rispetto a quella dettata dal codice di rito, laddove è consentito l'accesso al giudizio abbreviato anche per reati particolarmente gravi, punibili con la pena dell'ergastolo (art. 442, comma 2, c.p.p.)<sup>19</sup> e che, in tale ambito, non

<sup>18</sup> Così la *Relazione allo schema di decreto legislativo recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*, § 19. Tali argomentazioni sono sostanzialmente condivise da Paolozzi, *op. cit.*, 226, e da Tricomi, *Riti alternativi: obiettivo riduzione dei processi*, in *Guida dir.*, 2001, 26, 105.

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri, Bassi-Epidendio, *op. cit.*, 691; Ceresa Gastaldo, *op. cit.*, 76; Gennai-Traversi, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, 278; Lorusso, *La responsabilità "da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Perchinunno (a cura di), *Percorsi di procedura penale*, III, *Il sistema vigente tra tutela dell'individuo e nuove istanze di difesa sociale*, Milano, 2004, 163; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011, 654; Santoriello, *op. cit.*, 242; Varraso, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per reati societari: profili processuali*, Giarda-Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 808; Zacchè, *op. cit.*, 119. Non è superfluo, peraltro, ricordare che è in discussione presso la Commissio-



è stata avanzata l'obiezione che «la riduzione della pena frustra l'esigenza di una definitiva esclusione dalla società civile degli autori di crimini gravissimi»<sup>20</sup>.

Di più. Si è affermato che la disposizione in questione si espone a dubbi di legittimità costituzionale<sup>21</sup>: la norma «non è agilmente coniugabile con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., dato che il trattamento riservato all'autore di un illecito amministrativo appare, senza ragione, maggiormente penalizzato, rispetto a quello riservato al soggetto che si sia reso autore di reati connotati da rilevante gravità»<sup>22</sup>, considerato, tra l'altro, che la l. 16

---

ne Giustizia della Camera dei Deputati un disegno di legge, già approvato in prima lettura dalla Camera e, con modifiche, dal Senato, volto, tra l'altro, alla soppressione del secondo e terzo periodo dell'art. 442, comma 2. c.p.p.: si tratta del d.d.l. C. 668-B («Modifiche agli artt. 190, 238-bis, 438, 442 e 495 del codice di procedura penale e all'articolo 58-quater della legge 26 luglio 1975, n. 354»), sul quale cfr., volendo, Triggiani, *De jure condendo, Proc. pen. giust.*, 2001, 6, 17.

<sup>20</sup> Così Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 241, per il quale la motivazione della scelta operata dal legislatore delegato addotta nella Relazione governativa è «ragionevole, ma non decisiva». Secondo Bassi-Epidendio, *op. cit.*, 692, «una spiegazione a tale preclusione può forse essere rinvenuta nel fatto che la sanzione interdittiva applicata in via definitiva deve essere assimilata, più che all'ergastolo, a una sorta di pena di morte per l'ente, di tal che lo sbarramento *de quo* deve avere avuto, nelle intenzioni del legislatore, lo scopo di evitare che una facile scelta processuale potesse porre nel nulla le gravi esigenze special-preventive sottese alle sanzioni interdittive definitive, volte a rendere per sempre inattivi gli enti responsabili di reiterati illeciti». Analogamente, Orlandi, *Procedimenti speciali*, Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, 682, il quale osserva che, «evidentemente, l'esigenza specialpreventiva è qui avvertita in misura così intensa e preponderante, da risultare incompatibile con sconti di pena offerti in cambio delle parziali rinunce al diritto di difendersi provando, insite nelle richieste di questo rito speciale».

<sup>21</sup> In tal senso, Tirelli, *op. cit.*, 327, secondo la quale la scelta del legislatore è «segnata da sospetta demagogia e difficilmente resistibile a una censura di legittimità costituzionale».

<sup>22</sup> In questi termini, Bonetti, *I procedimenti speciali*, cit., 307; Id., sub art. 62, Presutti-Bernasconi-Fiorio (a

dicembre 1999, n. 479 ha trasformato la scelta del giudizio abbreviato in vero e proprio diritto dell'imputato, svincolato dall'assenso del pubblico ministero e dalla definibilità del processo «allo stato degli atti».

Sotto altro profilo, si è rilevato che la formulazione letterale della disposizione («quando per l'illecito amministrativo è prevista l'applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva») sembra imporre il divieto di accedere al rito abbreviato in tutti i casi in cui la legge contempra, tra le possibili conseguenze sanzionatorie, la sanzione interdittiva in via definitiva<sup>23</sup>. E l'esegesi parrebbe suffragata dalla lettura della diversa locuzione contenuta nell'art. 63, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001, in tema di applicazione della sanzione su richiesta, che fa riferimento ai casi in cui «il giudice» ritenga in concreto di dover applicare una misura interdittiva in via definitiva<sup>24</sup>.

In realtà, le sanzioni interdittive applicate in via definitiva non costituiscono una tipologia sanzionatoria stabilita a livello astratto dal legislatore: la determinazione della concreta durata della sanzione è, quindi, rimessa comunque alla valutazione pienamente discrezionale del giudice<sup>25</sup>. In altri termini, soltanto

---

cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 535. Analogamente, Bassi-Epidendio, *op. cit.*, 692; O. Bruno, *op. cit.*, 266 s.; Piziali, *op. cit.*, 673 s. Sul punto, cfr. pure Lorusso, *op. cit.*, 163, il quale evidenzia l'«indeterminatezza» della fattispecie limitativa, segnalando che «sarebbe stato meglio ancorare l'ammissibilità del rito a parametri meno mutevoli», come «l'individuazione dei reati-presupposto che non ostanto all'esperibilità del giudizio abbreviato»: soluzione quest'ultima già auspicata da Tricomi, *op. cit.*, 105, e che trova concorde O. Bruno, *op. cit.*, 267.

<sup>23</sup> Cfr. Bricchetti, *op. cit.*, 58.

<sup>24</sup> Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 818.

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. Giarda, *Procedimento di accertamento della "responsabilità amministrativa degli enti"*, Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., 1238, per il quale «la fattispecie non è di agevole realizzazione, atteso che, ai sensi dell'art. 16, l'applicazione della sanzione in via definitiva è il risultato della complessa valutazione di una pluralità di elementi costitutivi e

il giudice può decidere se disporre l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività o se applicare in via definitiva la sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero del divieto di pubblicizzare beni o servizi in base alla valutazione dei parametri dettati dall'art. 16, commi 1 e 2, d.lgs. n. 231 del 2001, laddove invece l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività *deve* essere necessariamente disposta (art. 16, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001) «se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità»<sup>26</sup>.

Proprio la previsione di un sindacato fortemente discrezionale ha suscitato le critiche di parte della dottrina, che ha sottolineato come soltanto una valutazione in concreto dei presupposti dell'illecito, che vagli i dati di fatto relativi al caso specifico, potrebbe consentire un giudizio prognostico sull'effettiva opportunità di comminare una sanzione interdittiva in via definitiva: ciò vale, evidentemente, anche con riferimento all'ipotesi di cui al cit. art. 16, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001<sup>27</sup>: allo stato, invece, diviene presupposto di ammissibilità al rito un elemento prognostico di dif-

ficile valutazione *ex ante* e, soprattutto, che potrebbe risultare smentito *ex post*, in esito al giudizio<sup>28</sup>.

Il quadro risulta ulteriormente complicato dall'esistenza di meccanismi riparatori destinati a incidere sulla risposta sanzionatoria: l'applicazione in via definitiva delle sanzioni interdittive è, infatti, esclusa in tutti i casi in cui tali condotte riparatorie abbiano avuto buon esito ai sensi dell'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001. Sennonché, al riguardo si registra un mancato coordinamento tra le disposizioni dettate per il giudizio abbreviato e l'istituto della riparazione delle conseguenze del reato: mentre il termine per la richiesta di giudizio abbreviato, come si è ricordato, è rappresentato dalla precisazione delle conclusioni in sede di udienza preliminare, la riparazione delle conseguenze del reato può essere svolta «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado» (art. 17, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 231 del 2001). Ciò comporta che la richiesta di rito abbreviato potrebbe essere stata ormai dichiarata inammissibile quando risulta ancora legittimamente possibile l'attività di riparazione<sup>29</sup>. Peraltro, l'unico modo per superare questa discrasia temporale è quello di provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato prima della scadenza del termine per la formulazione della richiesta di giudizio abbreviato<sup>30</sup>; a meno di non voler accogliere una interpretazione estensiva dell'art. 65 d.lgs. n. 231 del 2001, che consenta all'ente di poter ottenere una sospensione della fase introduttiva del giudizio, laddove richieda di riparare le conseguenze del reato, dimostrando di essersi trovato «nell'impossibilità» di adempiervi prima<sup>31</sup>.

non è oggetto di una prognosi facile. Secondo parte della dottrina la preclusione all'accesso al rito abbreviato si ha solo quando una espressa norma di legge preveda una sanzione interdittiva in via definitiva; *de iure condito* tale norma non esiste». Analoghe osservazioni sono espresse da Lorusso, *op. cit.*, 163; Paolozzi, *op. cit.*, 226; Piziali, *op. cit.*, 679.

<sup>26</sup> Cfr. O. Bruno, *op. cit.*, 264; Gennai-Traversi, *op. cit.*, 278; Manzione, *op. cit.*, 669; Tricomi, *op. cit.*, 105.

<sup>27</sup> Cfr. Manzione, *op. cit.*, 669 s., secondo cui la presenza di un parametro discrezionale destinato ad incidere non sulla graduazione della sanzione, bensì sulla applicabilità della stessa, è destinata a riverberare i suoi effetti proprio «sulla individuazione dei 'presupposti' di applicazione del rito»; Nuzzo, *Primi appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato*, *Arch. n. proc. pen.*, 2001, 461, che paventa come non remoto il rischio di «arbitrio giudiziale», poiché «restano aperti spazi di eccessiva discrezionalità valutativa»; Paolozzi, *op. cit.*, 225; Piziali, *op. cit.*, 680; Tricomi, *op. cit.*, 105.

<sup>28</sup> In questi termini, Piziali, *op. cit.*, 680.

<sup>29</sup> Rilevano il mancato coordinamento tra le disposizioni dettate per il giudizio abbreviato e l'istituto disciplinato dall'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, tra gli altri, Paolozzi, *op. cit.*, 226, e Piziali, *op. cit.*, 679 e 682.

<sup>30</sup> In questi termini, Paolozzi, *op. cit.*, 228.

<sup>31</sup> Tale soluzione interpretativa è condivisa da Bassi-Epidendio, *op. cit.*, 616; Bonetti, *sub art. 62, cit.*, 535; Pi-

Un altro elemento che suscita perplessità è costituito dal fatto che la riduzione della pena di un terzo prevista dall'art. 62, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001 si riferisce tanto alla sanzione interdittiva quanto alla pecuniaria, sicché l'ente collettivo viene privato anche della riduzione della pena pecuniaria nel caso in cui l'accesso al rito abbreviato gli sia precluso dalla contemporanea applicabilità della sanzione interdittiva definitiva<sup>32</sup>.

Merita di essere segnalato, poi, un ulteriore rilievo critico che è stato formulato, con riferimento alla limitazione dell'ambito operativo del giudizio abbreviato ex art. 62, comma 4, d.lgs. n. 231 del 2001, assai più radicale rispetto a quelli fin qui esaminati: si è osservato che, se la *ratio* che sorregge il limite posto all'abbreviato è quella indicata nella *Relazione governativa*, «riesce difficile ricondurre a ragionevolezza una archiviazione priva di controllo giurisdizionale», come prevede l'art. 58 d.lgs. n. 231 del 2001. Infatti, «a fronte del necessario controllo sul mancato esercizio dell'azione penale per un reato bagatellare per il quale è prevista sanzione ridottissima (verifica in ogni caso obbligatoria anche per i reati di competenza del giudice di pace), si sottraggono al vaglio giurisdizionale vere e proprie sanzioni capitali in relazione alle quali non è prevista trasformazione in sede di abbreviato (trasformazione ammessa, invece, per la 'meno grave' pena dell'ergastolo)»<sup>33</sup>.

In dottrina si è comunque posto il quesito circa la possibilità di adottare un rimedio per l'ipotesi di erronea previsione *ex ante* in ordine all'applicabilità di una sanzione interdittiva in via definitiva che precluda all'ente l'accesso al giudizio abbreviato. Si è prospettato, al riguardo, il possibile recupero del be-

ziali, *op. cit.*, 684 s., il quale, peraltro, auspica sul punto un intervento chiarificatore del legislatore; Ranaldi, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Gaito-Ronco (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009, 2401.

<sup>32</sup> Sul punto v. Degl'Innocenti-De Giorgio, *op. cit.*, 266 s.; Piziali, *op. cit.*, 682.

<sup>33</sup> Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., 654.

neficio premiale indicato dall'art. 62, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001 in esito al dibattimento di primo grado, riesaminando il diniego al rito abbreviato, in aderenza ai meccanismi introdotti dalla Corte costituzionale a mezzo delle sentenze 31 gennaio 1992, n. 23<sup>34</sup> e n. 169 del 2003<sup>35</sup> e sulla falsariga di un orientamento giurisprudenziale elaborato dalla Corte di cassazione in relazione all'art. 438, comma 5, c.p.p.<sup>36</sup>. Non si può, tuttavia, non rilevare come tale soluzione, benché conforme all'art. 24, comma 2, Cost., elimini il ruolo deflattivo del giudizio abbreviato, ridotto a mero diritto ad ottenere la riduzione della sanzione<sup>37</sup>.

Il caso contrario, relativo all'effettuata, ma illegittima, celebrazione del giudizio abbreviato, con errato presupposto interinalmente assunto circa l'inapplicabilità di una sanzione interdittiva definitiva, dovrebbe comportare una diseconomica pronuncia di «inammissibilità *ex post*», capace di travolgere, vanificandolo, quanto precedentemente svolto in indebito rito speciale<sup>38</sup>. Si tratta, peraltro, di «una revoca del provvedimento introduttivo non codificata e, per ciò stesso, in grado di provocare un palese *vulnus* all'esigenza di legalità»<sup>39</sup>.

## Le modalità di svolgimento

Nel giudizio abbreviato disposto a carico dell'ente si osservano le disposizioni previste

<sup>34</sup> C. cost. 31 gennaio 1992, n. 23, *Giur. cost.*, 1992, 109. A commento della decisione, v. Di Chiara, *Decidibilità allo stato degli atti e sindacato sulla decisione negativa in tema di abbreviazione del rito: note a margine della sentenza 23/92 della Corte costituzionale*, *Foro it.*, 1992, I, 1058 s.

<sup>35</sup> V. *retro*, nota 16.

<sup>36</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, *Guida dir.*, 2004, 49, 78, con nota di Leo, *Con l'intervento delle Sezioni Unite evitati nuovi incidenti di costituzionalità*. Sul punto v. Bonetti, *I procedimenti speciali*, cit., 305 s.; Bricchetti, *op. cit.*, 58; Degl'Innocenti-De Giorgio, *op. cit.*, 266; Piziali, *op. cit.*, 680; Ranaldi, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 2401.

<sup>37</sup> Il rilievo è di O. Bruno, *op. cit.*, 266.

<sup>38</sup> In questi termini, Bonetti, sub art. 62, cit., 536; Degl'Innocenti-De Giorgio, *op. cit.*, 266; Piziali, *op. cit.*, 681.

<sup>39</sup> Così O. Bruno, *op. cit.*, 266.

per l'udienza preliminare, secondo l'art. 441, comma 1, c.p.p. Ciò anche se il giudizio abbreviato sia celebrato nel corso del dibattimento ovvero a seguito della conversione di altro procedimento speciale<sup>40</sup>.

Il giudizio abbreviato si svolge in camera di consiglio, con la presenza necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'ente, nominato di fiducia o d'ufficio. Il giudice disporrà, tuttavia, che il procedimento si svolga in udienza pubblica, ex art. 441, comma 3, c.p.p., quando l'ente, giudicato separatamente, ne faccia richiesta<sup>41</sup>. In caso di simultaneo accertamento della responsabilità penale della persona fisica, la richiesta di udienza pubblica avanzata dall'ente non sarà invece sufficiente, dovendo quantomeno concorrere il consenso dell'imputato del reato presupposto.

Resta fermo che il giudice, anche d'ufficio, possa assumere «gli elementi necessari ai fini della decisione», ogniqualvolta ritenga di non poter decidere allo stato degli atti (art. 441, comma 5, c.p.p.): le prove saranno assunte applicando le disposizioni richiamate dall'art. 441, comma 6, c.p.p.<sup>42</sup>.

In dottrina si è posto il quesito dell'operatività, nell'ambito del giudizio abbreviato, dell'art. 423 c.p.p., in modo da consentire la modifica della contestazione allorquando siano state disposte nuove acquisizioni probatorie ai sensi degli artt. 438, comma 5, ovvero 441, comma 5, c.p.p.<sup>43</sup>.

Al riguardo si è affermato che la modifica è possibile in tutti i casi in cui muti una delle circostanze di fatto che sono descritte nell'atto di contestazione dell'illecito amministrativo (si pensi agli elementi identificativi dell'ente, all'enunciazione - in forma chiara e precisa - del fatto che può comportare l'applicazione di

una sanzione amministrativa, all'indicazione del reato presupposto, che potrebbe risultare diverso da quello oggetto di originaria contestazione, agli articoli di legge che si assumono violati, alle fonti di prova) ovvero nell'ipotesi in cui emerga una delle condizioni descritte dagli artt. 24, comma 2, e 25, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001, destinate ad aggravare la responsabilità dell'ente sotto il profilo dell'entità e della particolare gravità del danno arrecato.

La possibilità di una modifica della contestazione è stata invece esclusa laddove, a seguito dell'integrazione probatoria, emerga un illecito amministrativo connesso a quello contestato, ricorrendo le condizioni descritte dall'art. 12, comma 1, lett. b), c.p.p.: ciò in ragione della difficoltà di configurare un sistema di rapporti tra illeciti amministrativi sulla falsariga di quelli individuati dal legislatore per i reati presupposti, oltre che per la difficoltà di accertare in concreto il concorrere delle condizioni richieste dall'art. 12, comma 1, lett. b), c.p.p.<sup>44</sup>.

A fronte di una nuova contestazione, l'ente è messo in condizioni di optare per la prosecuzione del rito abbreviato, e l'eventuale ammissione di ulteriori prove in relazione alla fattispecie oggetto di modifica, ovvero per il ritorno al procedimento nelle forme ordinarie, secondo il disposto dell'art. 441-bis c.p.p.<sup>45</sup>.

### Gli esiti del procedimento e i profili premiali

Il materiale decisorio di cui potrà disporre il giudice nel valutare la punibilità dell'ente per l'illecito amministrativo derivante da reato è quello indicato dall'art. 442, comma 1-bis, c.p.p.: gli atti contenuti nel fascicolo trasmesso dal pubblico ministero al giudice dell'udienza preliminare unitamente alla richiesta di

<sup>40</sup> Cfr. Bricchetti, *op. cit.*, 42; Mancuso, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 9774.

<sup>41</sup> Lo sottolinea Tirelli, *op. cit.*, 332.

<sup>42</sup> Cfr. Mancuso, sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., 9775; Tirelli, *op. cit.*, 331 e 333.

<sup>43</sup> Cfr. Bassi-Epidendio, *op. cit.*, 693; Tirelli, *op. cit.*, 334.

<sup>44</sup> Per queste considerazioni cfr. Tirelli, *op. cit.*, 334 s.

<sup>45</sup> Cfr. Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, cit., 1093; Tirelli, *op. cit.*, 335.

rinvio a giudizio - inclusi gli atti d'indagine eventualmente compiuti *ex art. 415-bis c.p.p.* -, la documentazione dell'eventuale attività d'indagine successiva alla richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, comma 3, c.p.p.), le prove assunte nel corso dell'udienza preliminare; saranno ovviamente utilizzabili anche i risultati dell'eventuale incidente probatorio tenutosi nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare<sup>46</sup>.

Va segnalato che il giudice deve, altresì, porre a fondamento della propria decisione gli eventuali atti di investigazione difensiva che siano contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, ai sensi del combinato disposto degli artt. 391-*octies*, comma 3, e 433 c.p.p.: non è revocabile in dubbio, infatti, che anche il soggetto collettivo sia legittimato a farle svolgere a mezzo di difensori e investigatori privati<sup>47</sup>.

La pronuncia che chiude il giudizio abbreviato è del tutto equiparata a quella emessa a seguito di dibattimento. Il giudizio può, dunque, concludersi con una sentenza che esclude la responsabilità dell'ente (se l'illecito amministrativo contestato non sussiste oppure manca, è insufficiente o contraddittoria la prova dell'illecito: art. 66 d.lgs. n. 231 del 2001); ovvero con una sentenza che dichiara non doversi procedere in ordine all'illecito amministrativo (se il reato da cui dipende l'illecito amministrativo dell'ente è estinto per prescrizione o se la sanzione è estinta per prescrizione: art. 67 d.lgs. n. 231 del 2001); ovvero, ancora, con una sentenza di condanna (se l'ente risulta responsabile dell'illecito amministrativo contestato: art. 69 d.lgs. n. 231 del 2001). Con la precisazione che, in caso di trasformazione, fusione o scissione dell'ente responsabile, il giudice deve dare atto nel dispositivo che la

sentenza è pronunciata nei confronti degli enti risultanti dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiari della scissione, indicando l'ente originariamente responsabile, e che la decisione pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti degli enti ora indicati (art. 70 d.lgs. n. 231 del 2001).

In caso di condanna, il giudice dovrà determinare la pena da applicare in concreto, per poi ridurla nella misura "secca" di un terzo, come stabilito dall'art. 442, comma 2, c.p.p. L'art. 62, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001, come già accennato, dispone che la riduzione premiale è operata sulla durata della sanzione interdittiva e sull'ammontare di quella pecuniaria, ma si tratta di una precisazione pleonastica, poiché - una volta giudicata ammissibile la richiesta - non si vede su che cosa di diverso dalla sanzione interdittiva e dalla sanzione pecuniaria dovrebbe incidere la riduzione<sup>48</sup>.

Quanto alla sanzione interdittiva temporanea, essa, a norma dell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, può andare da un minimo di tre mesi ad un massimo di due anni: su tale durata, dunque, andrà operata la riduzione di un terzo.

Per quanto concerne, poi, il *quantum* della sanzione pecuniaria, esso è determinato, a norma degli artt. 10 ss. d.lgs. n. 231 del 2001, dalla individuazione del numero delle quote e dalla specificazione del valore monetario di ciascuna di esse, da scegliere all'interno di valori minimi e massimi. La riduzione di un terzo, pertanto, dovrà essere calcolata sulla sanzione pecuniaria risultante dall'incrocio dei due parametri: numero delle quote e valore prescelto<sup>49</sup>.

In mancanza di una espressa previsione di legge, deve ritenersi che il giudizio abbreviato non espliciti effetti premiali con riguardo alle altre sanzioni amministrative previste

<sup>46</sup> Cfr. Bassi-Epidendio, *op. cit.*, 693; Tirelli, *op. cit.*, 332.

<sup>47</sup> Cfr. Bassi-Epidendio, *op. loc. cit.*; Coratella, *op. cit.*, 105 s.; Varraso, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 249.

<sup>48</sup> Cfr. Lorusso, *op. cit.*, 162 s.; Manzione, *op. cit.*, 669; Piziali, *op. cit.*, 677.

<sup>49</sup> Cfr. Bricchetti, *op. cit.*, 57.

dall'art. 9 d.lgs. n. 231 del 2001 per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, vale a dire la confisca del prezzo o del profitto del reato o di una somma di denaro equivalente - che, a norma dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, deve essere "sempre disposta" con la sentenza di condanna - e la pubblicazione della sentenza<sup>50</sup>.

Da segnalare, poi, che la pronuncia di condanna viene riportata nei certificati dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato: così dispone l'art. 9 d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313 (recante il «t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti»), nel quale è stato trasfuso il contenuto dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, espressamente abrogato dall'art. 52 d.p.r. n. 313 del 2002.

### Il regime delle impugnazioni

Il tema dell'impugnazione della sentenza emessa nel procedimento a carico dell'ente a conclusione del giudizio abbreviato non sembra porre questioni interpretative di particolare rilievo: è sufficiente qui ricordare che è necessario distinguere a seconda che si tratti

<sup>50</sup> Cfr. Bricchetti, *op. loc. cit.*; O. Bruno, *op. cit.*, 264, nota 9; Mancuso, *sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit.*, 9776; Paolozzi, *op. cit.*, 229; Piziali, *op. cit.*, 678; Rinaldi, *sub art. 62 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit.*, 2401.

di declaratoria di proscioglimento o di condanna.

Nel primo caso, preclusa l'appellabilità da parte dell'ente, in ragione dell'attuale formulazione dell'art. 443, comma 1, c.p.p., deve al contrario ammettersi la proposizione del gravame da parte del pubblico ministero, a seguito della sentenza costituzionale n. 320/2007, con la quale l'art. 2 l. 20 febbraio 2006, n. 46 (c.d. "legge Pecorella") è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, modificando l'art. 443, comma 1, c.p.p., escludeva che il pubblico ministero potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse a seguito di giudizio abbreviato<sup>51</sup>.

Viceversa, nell'ipotesi di sentenza di condanna, l'ente deve ritenersi comunque legittimato ad appellare, mentre sul pubblico ministero graveranno i limiti derivanti dalle previsioni contenute nel c.p.p., che gli precludono l'appello, a meno che la decisione non abbia modificato il titolo del reato.

<sup>51</sup> Cfr. C. cost., 20 luglio 2007, n. 320, *Giur. cost.*, 2007, 3096, con nota di Caprioli, *Limiti all'appello del pubblico ministero e parità delle parti nel giudizio abbreviato*. A commento della decisione v., altresì, Matteucci, *La declaratoria di illegittimità costituzionale per i limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento nel giudizio abbreviato*, *Indice pen.*, 2008, 625 ss., nonché, volendo, Triggiani, *Giudizio abbreviato e limiti all'appello: vent'anni di riforme alla ricerca di un difficile equilibrio tra accusa e difesa*, *Aa.Vv., Studi in onore di Mario Pisani, I, Diritto processuale penale*, Piacenza, 2010, 866 ss.

# INDICI / INDEX

## AUTORI / AUTHORS

### **Ernesto Aghina**

Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzative / *Effects of judging body changing between trial rigidity and organizational deficiencies*..... 91

### **Lucio Camaldo**

Novità sovranazionali / *Supranational News* ..... 16

### **Donatello Cimadomo**

A metà del guado: alcune considerazioni in tema di presunzione di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere e di rimedi in fase esecutiva / *Work in progress: some considerations on the presumption of adequacy of imprisonment as precautionary measure and on remedies in the enforcement phase* ..... 49

### **Marilena Colamussi**

*De jure condendo* ..... 21

### **Donatella Curtotti**

Corte costituzionale ..... 32

### **Ada Famiglietti**

Novità legislative interne / *National Legislative News* ..... 13

Ricorso straordinario ed errore sulla prescrizione / *Extraordinary appeal and error on time-bar* ..... 60

### **Novella Galantini**

Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova / *Confronting Witnesses in Criminal Trials. In Quest of a Constitutional protection* ..... 1

### **Paola Maggio**

Sezioni Unite ..... 36

### **Diana Poletti**

Il termine perentorio di cui all'art. 324 c.p.p. garantisce il diritto dell'interessato ad impugnare il provvedimento di revoca della misura cautelare reale / *The deadline provided by art. 324 c.p.p. doesn't prejudice (harm) the parties concerned's right to appeal against the seizure's revocation* ..... 71

### **Roberto Puglisi**

Mandato d'arresto europeo: principio di specialità e misure cautelari nella procedura attiva di consegna / *European arrest warrant: speciality rule and precautionary measures in surrender procedure* ..... 83

### **Francesco Trapella**

Corti europee / *European Courts* ..... 27

**Nicola Triggiani**

Responsabilità amministrativa degli enti e giudizio abbreviato: dubbi e perplessità tra norme codicistiche e disciplina speciale / *Administrative liability of corporate bodies and simplified and shortened proceedings: doubts and perplexities in Codes, regulations and special provisions* ..... 107

**PROVVEDIMENTI / MEASURES***Corte costituzionale*

sentenza 16 dicembre 2011, n. 331 ..... 32  
sentenza 12 gennaio 2012, n. 1 ..... 34

*Corte di cassazione – Sezioni Unite civili*

sentenza 15 novembre 2011, n. 16203 ..... 39

*Corte di cassazione – Sezioni Unite penali*

sentenza 22 settembre 2011, n. 34475 ..... 43  
sentenza 29 settembre 2011, n. 155 ..... 36  
sentenza 29 settembre 2011, n. 491 ..... 38  
sentenza 17 ottobre 2011, n. 37505 ..... 56

*Corte di cassazione - Sezioni semplici*

Sezione II, sentenza 18 ottobre 2011, n. 37692 ..... 67  
Sezione VI, sentenza 28 ottobre 2011, n. 39240 ..... 78

*Corte europea dei diritti dell'uomo*

1° dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania* ..... 28  
13 dicembre 2011, *Ajdarić c. Croazia* ..... 30

*Corte di giustizia dell'Unione Europea*

6 dicembre 2011, Causa C-329/2011, *Achughbabian* ..... 29  
21 dicembre 2011, Causa C-507/2010 ..... 30

*Tribunale (Corte di giustizia dell'Unione Europea – ex Tribunale di prima istanza)*

23 novembre 2011, Causa T-341/07, *Sison c. Consiglio dell'Unione Europea* ..... 27

*Atti sovranazionali*

Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo ..... 16  
Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile ..... 19

*Norme interne*

Decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211 «*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*» convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9 «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*» ..... 13



De jure condendo

Disegno di legge del 16 dicembre 2011 recante « <i>Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili</i> » .....	21
Disegno di legge S. 3031 in tema di « <i>Nuove disposizioni per lo snellimento del processo penale</i> » .....	24

**MATERIE / TOPICS**

**Dibattimento**

• <i>principi</i>	
• <i>immutabilità del giudice</i>	
Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzative / <i>Effects of judging body changing between trial rigidity and organizational deficiencies</i> , di Ernesto Aghina .....	91

**Difesa e difensori**

• <i>deontologia</i>	
Cass., sez. un. civ., 15 novembre 2011, n. 16203 .....	39

**Immigrazione**

C. cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331 .....	32
Corte di giustizia UE, 6 dicembre 2011, Causa C-329/2011, <i>Achughbadian</i> .....	29

**Mandato d'arresto europeo**

• <i>principio di specialità</i>	
Nessun vincolo all'azione penale per reati non indicati nel mandato di arresto europeo (Cass., sez. VI, 28 ottobre 2011, n. 39240), con nota di Roberto Puglisi.....	78

**Minori**

Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile .....	19
---	----

**Misure cautelari personali**

• <i>adeguatezza e proporzionalità</i>	
L'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, quando riguarda fatti di lieve entità, è esclusa dal catalogo dei reati enunciato dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. (Cass., sez. un., 22 settembre 2011, 34475), con nota di Donatello Cimadomo .....	43

**Misure cautelari reali**

• <i>sequestro preventivo</i>	
L'interesse all'impugnazione della misura cautelare reale va valutato in concreto anche quando a proporla è l'imputato (Cass., sez. II, 18 ottobre 2011, n. 37692), con nota di Diana Poletti .....	67

**Misure pre-cautelari**

Decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211 « <i>Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri</i> » convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9 « <i>Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri</i> » .....	13
--	----

**Ordinamento penitenziario**

- *misure alternative alla detenzione*  
Disegno di legge del 16 dicembre 2011 recante «*Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*» ..... 21
- *trattamento del detenuto*  
Decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211 «*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*» convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9 «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*» ..... 13

**Pena**

- *conversione (delle pene pecuniarie)*  
C. cost., sent. 12 gennaio 2012, n. 1..... 34

**Persona offesa**

- *diritti nel processo*  
Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2011, Causa C-507/2010 ..... 30
- *tutela della vittima*  
Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo ..... 16

**Processo penale**

- *risarcimento del danno (a seguito dell'applicazione di misure restrittive antiterrorismo)*  
Trib. (Corte di giustizia UE – ex Trib. di prima istanza), 23 novembre 2011, Causa T-341/07, *Sison c. Consiglio dell'Unione Europea* ..... 27
- *semplificazione*  
Disegno di legge S. 3031 in tema di «*Nuove disposizioni per lo snellimento del processo penale*» ..... 24
- *sospensione*  
Disegno di legge del 16 dicembre 2011 recante «*Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*» ..... 21
- *violazione dei diritti fondamentali*
- *diritto alla libertà e alla sicurezza*  
Corte e.d.u., 1° dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania* ..... 28

**Prova**

- *contraddittorio*  
Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova/  
*Confronting Witnesses in Criminal Trials. In Quest of a Constitutional protection*, di Novella Galantini ..... 1

**Responsabilità amministrativa degli enti**

• *riti speciali*

Responsabilità amministrativa degli enti e giudizio abbreviato: dubbi e perplessità tra norme codicistiche e disciplina speciale / *Administrative liability of corporate bodies and simplified and shortened proceedings: doubts and perplexities in Codes, regulations and special provisions*, di Nicola Triggiani ..... 107

**Ricorso per cassazione**

• *ricorso straordinario per errore materiale o di fatto*

L'errore ostativo sui tempi della prescrizione è emendabile con ricorso straordinario (Cass., sez. un., 17 ottobre 2011, n. 37505), con nota di Ada Famiglietti ..... 56

**Sentenza**

• *termini per il deposito*

Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155 ..... 36

• *obbligo di motivazione*

Corte e.d.u., 13 dicembre 2011, *Ajdaric c. Croazia* ..... 30

**Spese processuali**

Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n. 491 ..... 38