

EDITORIALE / EDITORIAL

ALESSANDRO BERNASCONI

Riformare la giustizia penale nell'epoca delle corporazioni / <i>Reforming the Criminal Justice System in the Age of Interest Groups</i>	1
---	---

SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (CARLA PANSINI).....	9
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (DANIELA VIGONI).....	14
<i>De jure condendo</i> (MARCELLO D'AIUTO).....	20
Corti europee / <i>European courts</i> (FRANCESCO TRAPPELLA).....	22
Corte costituzionale (ANGELA PROCACCINO).....	28
Sezioni Unite (TERESA ALESCI).....	33

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Omessa motivazione sulla responsabilità civile dell'imputato prosciolto in appello per prescrizione e giudice competente per il nuovo esame	37
Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 settembre 2013, n. 40109.....	37
Prescrizione del reato, vizio di motivazione e rinvio al giudice civile: quali implicazioni sul <i>favor innocentiae</i> ? / <i>Offence's statute of limitations, lack of reasoning and transfer of the case to the civil court: what impact on favor innocentiae?</i> (CATERINA SCACCIANOCE).....	43
Incompatibile il Giudice dell'esecuzione che si sia già pronunciato su reato continuato o concorso formale	53
Corte costituzionale, sentenza 3 luglio 2013, n. 183.....	53
Incompatibilità del Giudice e Costituzione: colpita la disciplina del reato continuato e del concorso formale in esecuzione / <i>Judge's incompatibility and Constitution: affected the rules of continued and formal concurrence offences in executivis</i> (MARCO PIERDONATI).....	57
L'avvocato e il diritto di difendersi da sé	68
Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 16 luglio 2013, n. 40715.....	68
Autodifesa e difesa tecnica: un binomio inscindibile anche per l'imputato-avvocato / <i>Self defence and technical defence: inseparable also for the accused-lawyer</i> (DANILO CERTOSINO).....	74
Divieto di <i>reformatio in peius</i> e giudizio di comparazione	81
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 2 agosto 2013, n. 33742.....	81
Circostanze del reato e divieto di <i>reformatio in peius</i> : brevi note su una pronuncia / <i>Crime circumstances and prohibition of reformatio in peius: short considerations</i> (ADA FAMIGLIETTI).....	85

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRACTICE

ALESSANDRO DIDI

Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere / <i>The new Law on gender-based violence: advantages and drawbacks</i>	91
--	----

FRANCESCO TRAPPELLA

La revisione (o revoca?) della sentenza estradizionale / *The "revisione" of judgment of extradition* 112

**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

ROSALBA NORMANDO

Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore / *Alternative models of justice in criminal law: the intervention of the mediator* 125

PIERLUIGI SIMONE

Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle "sentenze pilota" / *Decisions of the European Court of Human Rights and national legal system: The effects of "pilot judgments"* 133

INDICI / INDEX

Autori / *Authors* 145

Provvedimenti / *Measures* 146

Materie / *Topics* 146

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Carla Pansini

DIRITTO ALL'INTERPRETAZIONE E ALLA TRADUZIONE
(L. 6 agosto 2013, n. 96)

La l. 6 agosto 2013, n. 96 contiene una delega al Governo per l'attuazione di una serie di direttive europee, analiticamente specificate, tra le quali la Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. Tale Direttiva (pubblicata sulla *G.U.* della UE del 26 ottobre 2010 ed entrata in vigore il 15 novembre 2010) vincolava gli Stati membri ad adottare entro il 27 ottobre 2013 misure di attuazione di tipo legislativo, regolamentare e amministrativo, idonee a tutelare il diritto dell'imputato all'interpretazione e alla traduzione degli atti nel corso del procedimento penale sin dalla fase delle indagini preliminari.

Trattasi "solo" di una legge di delega e, quindi, di legge che investe altri del compito di confezionare un prodotto normativo, ancorché «secondo le procedure, i principi e i criteri direttivi di cui agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234». Però, la portata e l'importanza di essa si comprende facendo un passo indietro e considerando come la Direttiva da attuare, finalizzata – grazie alla previsione di norme comuni minime – al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sotto il profilo processuale per facilitare la cooperazione di polizia giudiziaria e penale e, in particolare, il reciproco riconoscimento delle decisioni, contenga una vera e propria «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali» ("considerando" n. 10), che dovrebbe articolarsi in cinque punti concernenti a) il diritto alla traduzione e all'interpretazione; b) il diritto a informazioni relative ai diritti e all'accusa; c) il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita; d) il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari; e) garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili.

La Direttiva 2010/64/UE concerne il primo punto, ovvero il diritto alla traduzione e all'interpretazione, richiamando, nella sua premessa, la necessità di attuare i diritti a un processo equo e alla difesa, sanciti dalla Cedu e dalla Carta di Nizza ("considerando" n. 5). Proprio allo scopo di rispettare la individuata "tabella di marcia" per il rafforzamento di tali diritti, la Direttiva individua delle "norme minime comuni nell'ambito dell'interpretazione e della traduzione nei procedimenti penali" ("considerando" n. 12), precisando come il diritto all'interpretazione e alla traduzione per gli imputati all'interrogatorio – essenziale per un processo equo ("considerando" n. 14) – deve essere assicurato a spese degli Stati membri ("considerando" n. 15) e comunque a prescindere dall'esito del procedimento.

I due profili del diritto tutelato, ovvero l'interpretazione e la traduzione di documenti fondamentali, vengono considerati singolarmente e specificati in maniera analitica (rispettivamente art. 2 e art. 3 della Direttiva). Si precisa, tra l'altro, che l'assistenza linguistica deve essere "adeguata" e "gratuita" ("considerando" n. 17 e art. 4 della Direttiva), oltre che tempestiva (l'interprete deve essere presente "senza indugio"); la traduzione deve essere effettuata "entro un periodo di tempo ragionevole" ("considerando" n. 18 e artt. 2, § 1 e 3, della Direttiva), nella lingua madre oppure in lingua parlata o compresa dall'interessato ("considerando" n. 22).

Un punto di particolare rilievo, anche per i riflessi nella prassi giurisprudenziale interna, riguarda la parte in cui si sottolinea che il diritto all'interpretazione dovrebbe abbracciare anche le comunicazioni tra l'imputato e il difensore quando direttamente correlate a interrogatori o audizioni ed anche in occasione di presentazione di un ricorso o un'altra richiesta procedurale ("considerando" nn. 19 e 20 e art. 2, § 2 della Direttiva).

Altro punto particolarmente rilevante in un'ottica interna concerne l'identificazione di un elenco

minimo di documenti processuali che devono essere sempre tradotti, quanto meno nelle parti rilevanti, perché fondamentali ai fini della difesa ("considerando" n. 30), mentre l'essenzialità di eventuali, ulteriori documenti sarà stabilita dalle legislazioni nazionali. In particolare, l'art. 3, § 2 della Direttiva definisce «fondamentali» le decisioni che privano della libertà personale, gli atti contenenti i capi di imputazione e le sentenze; secondo il successivo § 3, invece, in tutti gli altri casi l'essenzialità dovrà essere stabilita dall'autorità giudiziaria, anche sulla base di richiesta motivata dell'imputato o del suo difensore; secondo gli artt. 2, § 7 e 3, § 6, deve essere assicurata l'interpretazione nel procedimento e la traduzione del mandato di arresto europeo eseguito a carico di persona che non comprenda o non parli la lingua di emissione del MAE o la traduzione predisposta dallo Stato di esecuzione.

Ancora, sotto differente profilo, va sottolineato come, al precipuo scopo di assicurare la qualità del servizio di traduzione, richiesta in diverse disposizioni della Direttiva (ad es. artt. 2, § 8, 3, § 9 e 5), gli Stati membri dovranno istituire dei registri di traduttori e interpreti «indipendenti e debitamente qualificati», tenuti alla riservatezza rispetto al servizio fornito (art. 5, §§ 2 e 3). Inoltre, la formazione dei magistrati e del personale giudiziario coinvolti nei procedimenti penali deve rendere gli stessi consapevoli dell'importanza e della specificità della comunicazione assistita da un'interprete in modo da garantirne "l'efficacia e l'efficienza" (art. 6).

Il compito richiesto al legislatore delegato, quindi, è un notevole sforzo di adeguamento della normativa interna alle indicazioni contenute nella Direttiva che, ancorché recepisca esiti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di facilitare l'applicazione della prassi del diritto all'assistenza linguistica riconosciuto dall'art. 6, § 3, lettera e) Cedu, in realtà contiene "significative novità, sia sul versante del contenuto e della natura del diritto, sia su quello della sua estensione oggettiva".

Sotto il primo profilo, va ricordato come la Corte delle leggi sia intervenuta, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 102 d.p.r. 115/2002 («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia»), per contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevedeva la possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non comprende la lingua italiana, di nominare un proprio interprete, atteso che siffatto diritto rientra nelle garanzie costituzionali del diritto di difesa e al giusto processo, in quanto l'imputato deve poter

comprendere il significato degli atti e delle attività processuali svolte nei suoi confronti (C. cost., sent. 6 luglio 2007, n. 254).

Ben più rilevante è il profilo oggettivo del diritto, considerato sotto due aspetti. Innanzitutto, l'estensione del diritto all'interpretazione gratuita dei colloqui con il difensore. Si tratta di una disposizione fortemente innovativa, poiché sul punto la Corte e.d.u. non ha preso posizione esplicita, pur investita del tema (sent. 14 gennaio 2003, *Lagerblom c. Svezia*; 17 Maggio 2001, *Gungor c. Germania*); il "considerando" n. 19 sottolinea che gli indagati o imputati devono «poter spiegare all'avvocato la loro versione dei fatti, segnalare eventuali dichiarazioni con cui sono in disaccordo e mettere il loro avvocato a conoscenza di eventuali circostanze da fare valere a loro difesa» direttamente correlati a un atto processuale.

Il secondo aspetto di rilievo concerne il diritto alla traduzione degli atti, in parte direttamente enumerati nella Direttiva (art. 3, § 2) e in parte lasciati alla discrezionalità dell'autorità procedente. Tra i tre atti che dovranno essere sempre tradotti, ovvero le decisioni che privano la persona della libertà, gli atti contenenti i capi di imputazione e la sentenza. Quest'ultima dovrà essere particolarmente presa in considerazione dal legislatore delegato, palesandosi ancora in corso un contrasto tra quella parte di giurisprudenza di legittimità che nega che la sentenza rientri tra gli atti per i quali è prescritta la traduzione a favore dell'imputato che non comprende la lingua italiana, ritenendo che la Direttiva 2010/64/UE, pur entrata in vigore, non abbia alcun effetto interno (Cass., Sez. III, 7 luglio 2011, n. 26703, *K.H.*) e quella opposta (Cass. Sez. III, 4 febbraio 2013, n. 5486, *F.C.F.*) secondo cui, pur non essendo ancora operativa nell'ordinamento italiano la Direttiva 2010/64/UE, debba comunque procedersi «ad un'interpretazione della normativa interna orientata secondo i principi espressi dalla Direttiva UE».

In ultimo, va sottolineato come un quarto atto che necessita traduzione è indicato nell'art. 3, § 6, ed è rappresentato dal mandato di arresto europeo (anche questa novità assoluta, poiché la Corte e.d.u. ha ritenuto che almeno nella fase esecutiva tale procedimento non è coperto dalla garanzia di cui all'art. 6, § 3 lettera e) Cedu), sempre che il documento sia redatto in una lingua (quella dello Stato emittente o quella dello Stato di esecuzione) non parlata o compresa dall'interessato.

Spetta, ora, solo al Governo mettere mano in tempi brevi alle modifiche per completare il panorama normativo interno secondo le indicazioni della Direttiva.

* * *

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

ACQUISIZIONE E DETENZIONE DI ARMI
(D.lgs. 29 settembre 2013, n. 121)

Il 5 novembre scorso è entrato in vigore il d.lgs. 29 settembre 2013, n. 121, recante «*Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 26 ottobre 2010, n. 204*», concernente l'attuazione della direttiva 2008/51/CE, che modifica la direttiva 91/477/CEE relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi. Il decreto legislativo ha apportato alcune modifiche al t.u. delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773, come modificato dal d.lgs. 26 ottobre 2010, n. 204, recante attuazione della direttiva 2008/51/CE, a sua volta modificatrice della direttiva 91/477/CEE relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi.

Per quanto di nostro interesse, la lett. c) dell'art. 1, comma 1 del decreto in esame aggiunge un comma all'art. 39 t.u.l.p.s., riconoscendo ad ufficiali e agenti di pubblica sicurezza il potere di immediato ritiro cautelare di «armi, munizioni e materie esplosive» alle persone ritenute capaci di abusarne». Siffatto potere, esercitabile dalle forze dell'ordine in casi di urgenza, «dandone immediata comunicazione al prefetto», si aggiunge al potere di quest'ultimo di vietare proprio alle persone ritenute capaci di abusarne «la detenzione delle armi, munizioni e materie esplosive», da questi denunciate all'ufficio locale di pubblica sicurezza o, in mancanza, al comando dei Carabinieri (art. 38 t.u.l.p.s.).

La modifica colma un vuoto normativo da più parti segnalato all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 204/2011 che, pur avendo apportato rilevanti ritocchi alle norme in materia di armi, non aveva specificato quali fossero i poteri di intervento possibili per la polizia, nelle more delle determinazioni del prefetto. Trattandosi di attività di prevenzione, legata all'urgenza di impedire tempestivamente eventuali abusi nell'uso delle armi, questa consiste in qualcosa di diverso dalle garanzie di sicurezza dei locali, a cui è comunque tenuto il titolare delle armi, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 38 t.u.l.p.s.; sicché, allora, per "ritiro cautelare" dovrà intendersi anche il temporaneo spossessamento.

* * *

SVUOTACARCERI

Il decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 in materia penitenziaria (in vigore dal 24 dicembre scorso e attualmente in esame al Senato per la conversione in legge) introduce un pacchetto di misure nel dichiarato intento di diminuire, in maniera selettiva e

non indiscriminata, il numero delle persone ristrette in strutture carcerarie e migliorare la condizione dei detenuti. Tale obiettivo viene perseguito attraverso due direttrici: innanzitutto, operando sul flusso dei detenuti in ingresso e in uscita dalle "patrie galere". In secondo luogo, rafforzando la tutela dei diritti dei ristretti, in particolare per rimediare alla violazione dei diritti dovuta proprio al sovraffollamento, così come richiesto dalla sentenza pilota della Corte EDU del gennaio 2013 *Torreggiani vs. Italia*.

Nell'alveo del primo obiettivo vanno ricondotte *in primis* le disposizioni dirette ad ampliare l'ambito di operatività delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari. Così, ad esempio, con un intervento "chirurgico" in materia di spaccio di sostanze stupefacenti di lieve entità (responsabile della presenza in carcere di un numero elevatissimo di persone), operato abbassando il limite di pena alla "reclusione da uno a cinque anni e alla multa da euro 3.000 a euro 26.000" (art. 2), si mira ad incidere sui flussi in ingresso negli istituti di pena.

In secondo luogo, si incide sul flusso in uscita dal circuito penitenziario, estendendo l'opportunità di accesso all'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario che terapeutico: l'art. 3 del decreto, al comma 8, lett. c) introduce la possibilità che l'affidamento in prova ai servizi venga concesso al condannato che debba «*espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio*» prognostico positivo di rieducabilità. Sicché, pur restando invariati i presupposti soggettivi (ossia la idoneità della misura a contribuire alla rieducazione del reo e a prevenire il pericolo di commissione di altri reati), l'applicabilità di essa ai condannati a pene detentive fino a 4 anni presuppone un periodo di osservazione della personalità più lungo di quello ordinario, dovendosi avere riguardo al comportamento serbato dal condannato almeno "nell'anno precedente alla presentazione della richiesta"; osservazione, tuttavia, che come già previsto nell'art. 47 ord. penit., non deve svolgersi necessariamente entro le mura del carcere, potendosi fare riferimento anche alla condotta tenuta dal soggetto in libertà.

Sempre al fine di incentivare l'accesso all'affidamento in prova nei confronti dei condannati già detenuti, il decreto stabilisce - novellando il comma 4 dell'art. 47 ord. penit. - che, in caso di istanza della parte, il magistrato di sorveglianza ha il potere non più di sospendere la pena, ma di applicare prov-

visoramente la misura alternativa, analogamente a quanto avviene per la detenzione domiciliare, la semilibertà e l'affidamento terapeutico. Il provvedimento del magistrato – che presuppone un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, un *fumus boni iuris* sulla sussistenza dei presupposti e l'assenza del pericolo di fuga - ha efficacia sino alla decisione definitiva del tribunale di sorveglianza, che dovrà intervenire entro 60 giorni.

Tra gli interventi diretti ad ampliare l'operatività delle misure alternative va inclusa anche l'abolizione del divieto, di cui al comma 5 dell'art. 94 d.p.r. 309/1990, di applicare per più di due volte l'affidamento in prova terapeutico per condannati tossicodipendenti ed alcool dipendenti. A tale scelta si è arrivati sulla base dei dati esperienziali, che rivelano un rilevante rischio di ricaduta nell'abuso di sostanze da parte dei tossicodipendenti e alla conseguente conclusione secondo cui appare più ragionevole evitare rigide preclusioni e rimettere alla valutazione giudiziale la possibilità di concedere a tali soggetti (che rappresentano circa il 25% del totale della popolazione detenuta) di proseguire un cammino di recupero attraverso l'accesso a programmi di esecuzione extramuraria della pena detentiva.

Su quest'ultimo binario, va ricondotta anche la introduzione della c.d. "Liberazione anticipata speciale" (art. 4), che amplia a 75 giorni per ciascun semestre la riduzione per la liberazione anticipata "classica"; non si determina una scarcerazione immediata (in massa) di un numero rilevante di detenuti, ma la fuoriuscita dal carcere è spalmata nel tempo e comunque sottoposta alla rivalutazione del giudice che deve verificare il corretto comportamento dei detenuti. Difatti, anche sotto questo profilo, resta invariato il presupposto soggettivo, posto che la misura continua a concedersi sulla base della prova della partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, così come previsto nella forma ordinaria. Inoltre, per i reati più gravi previsti dall'art. 4 bis ord. penit. è richiesta una motivazione rafforzata per giustificare la riduzione: occorrerà la prova che, nel corso del periodo detentivo, ci sia stato "un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità" del beneficiante (art. 4.4).

Peraltro, posto che la finalità della misura, in uno con lo scopo precipuo dell'intervento normativo, è quella di consentire la più rapida fuoriuscita dei detenuti dagli istituti penitenziari, ne è esclusa l'applicazione, contrariamente a quanto previsto dalla legge per la liberazione anticipata ex art. 54 ord. penit., a coloro che si trovano in affidamento in prova

e in detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative.

Benché non menzionata *expressis verbis*, l'esclusione sembrerebbe riguardare anche i condannati a cui è applicata la misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio, di cui all'art. 1 l. 199/2010: una tale interpretazione ci sembra trovare sostegno oltreché nello spirito di fondo della novella, nel dato normativo, giacché l'art. 1, comma 8, l. 199/2010 rimanda, per quanto non disposto, alla disciplina della detenzione domiciliare, così sancendo una sostanziale equiparazione delle due misure. Il punto, forse, meriterebbe una specificazione in sede di conversione in legge del decreto.

Peculiare è, poi, il carattere temporaneo e retroattivo di siffatta nuova misura: essa, difatti, è destinata ad operare solo in un arco di tempo compreso tra il 1° gennaio 2010 e il dicembre 2015.

Si stabilizza, inoltre, l'istituto della esecuzione della pena presso il domicilio, prevista dalla legge n. 199 del 2010 (art. 5) e vengono ampliate le possibilità di utilizzo del c.d. "braccialetto elettronico" nel luogo di dimora e per la detenzione domiciliare (art. 3, comma 8, lett. h)). Al di là delle personali perplessità sulla reale entrata a regime di una siffatta modalità esecutiva di misure alternative alla detenzione - che comporta un notevole impiego di uomini e costi per la sua gestione - questa, qualora effettiva e disposta in misura superiore a quanto non sia stato fatto sino ad oggi, rappresenterebbe una sicura garanzia in ordine al mantenimento di adeguati *standard* di controllo istituzionale sugli autori di reato.

Il decreto rafforza, altresì, gli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute. In questa ottica viene istituita la figura del *Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà* (art. 7), possibile destinatario, tra l'altro, di istanze o reclami provenienti dai detenuti; viene anche previsto un nuovo procedimento giurisdizionale di reclamo, in udienza, davanti al magistrato di sorveglianza e caratterizzato da meccanismi diretti a garantire l'effettività delle decisioni giudiziarie, nella prassi troppo spesso ineficace (art. 3). Vengono, poi, introdotte norme dirette a semplificare la trattazione di alcune materie di competenza della magistratura di sorveglianza (art. 1, comma 1, lett. b) e c)): ad esempio, con riguardo alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito e alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata o, ancora, nelle materie relative alle richieste di riabilitazione ed alla valutazione sull'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale, il

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

tribunale o il magistrato di sorveglianza procedono senza formalità, con ordinanza comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato «a norma dell'articolo 667 comma 4» c.p.p.

Si interviene anche sulla disciplina della espulsione dei detenuti extracomunitari, attraverso un ampliamento dei potenziali destinatari della misura, mediante un più efficace coordinamento dei vari organi coinvolti nell'iter procedurale e anticipando le procedure di identificazione (art. 6).

Una novella, quindi, significativa, che si muove su più fronti, prendendo peraltro ispirazione in larga misura dalle soluzioni contenute nella "Proposta di interventi in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione", elaborata dalla Commissione Giostra, e che però rischia di essere una mera panacea all'attuale situazione di emergenza se, entro tempi brevi, non venga affiancata da una riforma strutturale che tenga in debito conto l'attuale situazione di edilizia penitenziaria, le comunità di recupero e i centri di accoglienza.

* * *

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI FILIAZIONE

Il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante «Revisione delle disposizioni in materia di filiazione a norma dell'ar-

ticolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219» (la cui entrata in vigore è prevista per il 7 febbraio 2014), in un contesto di rilevanti innovazioni concernenti precipuamente il campo civilistico, presenta alcuni riflessi anche per il diritto penale e per il diritto processuale penale.

In particolare, viene operata una sostituzione dell'espressione "potestà dei genitori" con "responsabilità genitoriale", della quale all'art. 39 del decreto viene fornita una definizione (e che sarà inserita nell'art. 316 c.c.). L'art. 93 del decreto individua analiticamente le norme del codice penale interessate da tale modifica. Il successivo art. 94 disciplina, poi, l'analoga modifica che interessa la rubrica e il testo dell'art. 288 c.p.p., ora rubricato "Sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale".

Una seconda modifica interessa, invece, solamente due norme del codice penale, ed è conseguenza dell'equiparazione, anche nominalistica, dei figli 'naturali' ai figli nati in costanza di matrimonio, non più identificati come figli "illegittimi": all'art. 540 c.p. ("Rapporto di parentela"), la parola "illegittima" è sostituita da "fuori del matrimonio", e la parola "legittima" è sostituita da "nel matrimonio", mentre all'art. 568 ("Occultamento di stato di un figlio"), le parole della rubrica "fanciullo naturale o riconosciuto" sono sostituite da "figlio", e l'espressione "legittimo o naturale riconosciuto" contenuta nel corpo dell'articolo è sostituita da "nato nel matrimonio o riconosciuto".

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di Daniela Vigoni

LA "CODIFICAZIONE EUROPEA" DELLE REGOLE MINIME PER LA TUTELA DEI DIRITTI DELLA DIFESA

Se la Cedu, con la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rappresentano la comune piattaforma per la tutela dei diritti processuali, è però maturata nel tempo l'esigenza di meglio definire, nei contenuti e nella portata, le regole di *fair trial*: e ciò nella consapevolezza di dover affiancare, alle azioni dirette a garantire la sicurezza ed a intensificare la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, ulteriori iniziative volte a implementare norme espressione di valori condivisi.

È, in particolare, il potenziamento dei diritti della difesa a porsi quale obiettivo primario, considerato essenziale per rafforzare non solo la "fiducia reciproca" fra i Paesi, ma anche lo "spirito di affidamento" dei cittadini nei confronti dell'Unione europea e nei sistemi di giustizia penale degli Stati membri.

Il Consiglio aveva, a suo tempo, predisposto una Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali (*Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, G.U.U.E., C 295, 4 dicembre 2009*), poi fatta propria dal *Programma di Stoccolma* adottato il 10 dicembre 2009, relativo alle priorità dell'UE per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel periodo 2010-2014 (*G.U.U.E., C 115, 4 maggio 2010*).

In questa tabella s'indicavano taluni diritti processuali fondamentali, in rapporto ai quali l'impegno di azione risultava prioritario, per facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni penali, conformemente a quanto previsto dall'art. 82, § 2 TFUE. Se ne ricorda l'elenco: (Misura A) traduzione e interpretazione; (Misura B) informazioni relative ai diritti e all'accusa; (Misura C) consulenza legale e assistenza legale gratuita; (Misura D) comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità con-

solari; (Misura E) garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili; (Misura F) Libro verde sulla detenzione preventiva.

Rispetto a quel percorso tracciato, oltre all'esperienza del *Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione* (COM (2011) 327), sono state completate alcune frazioni attraverso le direttive corrispondenti alle Misure A), B), in parte alla C), ed E).

Non solo nella più recente Direttiva 2013/48/UE, dove il diritto all'assistenza tecnica assume valenza prioritaria, ma anche nelle precedenti Direttive 2010/64/UE e 2012/13/UE, che traducono altri impegni del Programma, il difensore e le sue prerogative sono specifico oggetto di attenzione.

Tutte le direttive citate, che hanno stabilito regole minime comuni nei settori considerati, riguardano, in generale, l'indagato/imputato, dal momento in cui è posto a conoscenza del procedimento alla sua conclusione, ossia fino alla sentenza definitiva. Esse si riferiscono poi anche, in particolare, al procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo.

A) Una prima frazione della *road map* diretta a favorire il reciproco riconoscimento delle decisioni penali, relativa alla Misura (A), è rappresentata dalla *Direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali* (*G.U.U.U., L 280, 26 ottobre 2010*; al riguardo v. M. Gialuz, in *questa Rivista*, 2011, n. 2, 9; v. anche Id., *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale - Direttive europee e ritardi italiani*, *Riv. dir. processuale*, 2012, 1193). Il termine ultimo per conformarsi a questa direttiva è scaduto il 27 ottobre 2013, senza che l'Italia abbia, al momento, ancora adempiuto agli impegni assunti: infatti, la legge delega 6 agosto 2013, n. 96 per il recepimento delle direttive europee (*G.U.*, 20 agosto 2013, n. 194) non è stata ancora attuata.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

La garanzia dell'assistenza per coloro che «non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale» (art. 2, § 1) è intesa, in questa direttiva, nei termini di diritto all'interprete (art. 2) e di diritto alla traduzione dei documenti fondamentali per l'esercizio del diritto di difesa e per la tutela dell'equità del procedimento (art. 3).

Sotto il primo profilo, si sottolinea la necessità che gli Stati assicurino un'assistenza linguistica per comunicare non solo con le autorità inquirenti e giudiziarie, ma anche con l'avvocato per ciò che sia «direttamente» correlato a «qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento» o alla «presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale» (art. 2, § 2).

Sotto il secondo profilo, se è ritenuta imprescindibile la traduzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, degli atti relativi ai capi d'imputazione, della sentenza, e del mandato d'arresto europeo (art. 3, §§ 2 e 6), viene segnalata la possibilità di far tradurre, se del caso, altri documenti da ritenersi fondamentali, anche su richiesta motivata dell'indagato o imputato oppure del suo avvocato (art. 3, § 3).

La rinuncia al diritto di traduzione di documenti, oltre ad essere inequivocabile e volontaria, deve essere consapevole: è, infatti, condizionata alla «previa consulenza legale» o comunque al fatto di aver avuto in altro modo piena conoscenza delle sue conseguenze. (art. 3, § 8).

B) Successivamente, è intervenuta la *Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali* (G.U.U.E., L 142, 1° giugno 2012; al riguardo v. L. Camaldo, in *questa Rivista*, 2012, n. 5, 16 ss.), in corrispondenza alla Misura (B), che deve essere recepita dagli Stati membri entro 2 giugno 2014. Anche quest'atto è ricompreso nella citata legge delega n. 96 del 2013, e non ha avuto ancora attuazione.

Nella direttiva si prevedono talune garanzie funzionali all'esercizio effettivo dei diritti di difesa delle persone indagate o imputate, che riguardano: in generale, il diritto all'informazione dei diritti processuali (art. 3), e, in particolare, il diritto alla comunicazione dei diritti per chi sia arrestato (art. 4), anche i fini dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo (art. 5); il diritto a conoscere dell'accusa (art. 6); il diritto ad accedere agli atti d'indagine e a tutti gli elementi probatori (art. 7).

Fra le informazioni minime necessarie fornite all'indagato o imputato si menzionano quelle relative al diritto a un avvocato e alle condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio (art. 3, § 1, lett.

a e b), e, in particolare nei confronti dell'arrestato, quelle riguardanti il diritto di informare le autorità consolari e un'altra persona (art. 4, § 2, lett. b). All'arrestato e al suo difensore dev'essere consentito l'accesso alla documentazione relativa all'indagine, per ciò che è «essenziale» all'impugnazione finalizzata al controllo della legittimità dell'arresto o della detenzione (art. 7, § 1); è altresì previsto che all'indagato, o imputato, e al suo avvocato debba essere assicurato l'accesso a «tutto il materiale probatorio», sia a carico che a discarico, «in tempo utile per consentire l'esercizio effettivo dei diritti della difesa e al più tardi nel momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria» (art. 7, §§ 2 e 3): tutto questo a garanzia di un giusto processo e per consentire di predisporre un'adeguata difesa.

Gli Stati membri devono comunque assicurare agli interessati e ai loro difensori, nei casi di rifiuto di fornire le informazioni o di mancata comunicazione delle medesime, il diritto all'impugnazione (art. 8, § 2).

C) Da ultimo, è intervenuta la *Direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari* (G.U.U.E., L 294, 6 novembre 2013): non vi sono vincolati Regno Unito e Irlanda (considerando n. 58); per tutti gli altri Stati membri, il termine ultimo per recepire la Direttiva è il 27 novembre 2016.

Quest'atto del Parlamento europeo e del Consiglio si compone di 18 articoli, preceduti da una corposa serie di 59 "considerando", da cui è possibile trarre, come di consueto, al di là dei richiami alle fonti normative di riferimento, un prezioso contributo interpretativo circa le ragioni, il significato e la portata di alcune previsioni normative.

Nel quadro, e a difesa, di diritti e principi fondamentali riconosciuti dalla Carta europea, che non sono soltanto inerenti al giusto processo, ma riguardano anche la proibizione di trattamenti inumani e degradanti, le garanzie di libertà e sicurezza, il rispetto della vita privata e familiare, la tutela del minore e delle persone vulnerabili (*considerando* n. 52), la direttiva contiene dettagliate "regole minime". Ciò implica che nelle legislazioni interne degli Stati non possa prevedersi un grado inferiore di tutela rispetto a quello prospettato dallo strumento e dalle Carte europee, ma sia consentito

predispone maggiori garanzie, che non dovrebbero costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie (*considerando* n. 54). In virtù della “clausola di non regressione” anche qui enunciata – come nelle altre direttive 2010/64/UE (art. 8) e 2012/13/UE (art. 10) – sono da escludere interpretazioni delle disposizioni della direttiva che comportino limiti o deroghe ai diritti e alle garanzie processuali riconosciute dalla Carta dei diritti dell’Unione europea, dalla CEDU o da altre pertinenti fonti internazionali, o dalla disciplina interna degli Stati che assicurino un livello di protezione più elevato (art. 14).

Riguardo all’ambito soggettivo, le regole si rivolgono: agli indagati o imputati di un reato, a prescindere dal fatto che essi siano privati della libertà personale (art. 2, § 1), a coloro che siano stati arrestati in esecuzione di un mandato di arresto europeo (art. 2, § 2), a persone non indagate o imputate, che però diventino tali nel corso di un interrogatorio da parte della polizia o di altre autorità di contrasto (art. 2, § 3).

Al pari delle precedenti direttive, si riscontra altresì (v. art. 1, § 3 Direttiva 2010/64/UE e art. 2, § 2 Direttiva 2012/13/UE) una clausola limitativa dell’operatività delle previsioni, fermo restando il diritto a un equo processo, in relazione ai c.d. reati minori, ossia a specifiche infrazioni, quali sono quelle relative al codice della strada, ai regolamenti comunali e all’ordine pubblico, che assumano rilievo penale (*considerando* n. 17). In relazione a tali ipotesi, qualora gli Stati prevedano la competenza a provvedervi in capo a un’autorità diversa da quella penale o non possa essere imposta come sanzione la privazione della libertà personale, si può prescindere dalle garanzie previste dalla direttiva, che si applica soltanto quando si tratti di procedimenti davanti a una giurisdizione competente in materia penale (art. 2, § 4).

Innanzitutto, si stabilisce il diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale (art. 3): il termine comprende «qualsiasi persona che è qualificata e autorizzata conformemente al diritto nazionale, ad esempio mediante abilitazione da parte di un organo preposto, a fornire consulenza e assistenza legale a indagati o imputati» (*considerando* n. 15).

A questa garanzia di carattere generale, si affiancano, inoltre, per coloro che siano privati della libertà personale, ulteriori specifici diritti: di informare un terzo della privazione della libertà personale (art. 5), di comunicare con terzi (art. 6) e di comunicare con le autorità consolari (art. 7).

In tutti i casi, il ripetuto richiamo alla tempestività («senza indebito ritardo») identifica un presup-

posto comune, che condiziona l’esercizio di ogni diritto riconosciuto.

Con riguardo al diritto di avvalersi del difensore, si segnala la necessità che gli Stati assicurino agli indagati e agli imputati l’assistenza tecnica «in tempi e secondo modalità» tali da consentire l’esercizio dei diritti di difesa «in modo concreto ed effettivo» (art. 3, § 1).

Al di là del riferimento alla necessità che non vi sia indebito ritardo, vengono identificati alcuni momenti a partire dal primo dei quali l’esercizio del diritto si configura (art. 3, § 2), e cioè:

- a) prima dell’interrogatorio da parte della polizia o di altra autorità di contrasto o giudiziaria;
- b) in occasione degli atti investigativi o altri atti di carattere probatorio che s’individuano nelle ricognizioni di persone, nei confronti e nelle ricostruzioni della scena del crimine, quando la legge nazionale li preveda e richieda o consenta all’indagato, o all’imputato, di essere presente (art. 3, § 3, lett. c);
- c) rimarcandone oltremodo la tempestività, dopo la privazione della libertà personale, pur prevedendo la possibilità di una deroga temporanea «in circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo», a motivo della «lontananza geografica dell’indagato o imputato» (art. 3, § 5);
- d) una volta che siano chiamati a comparire di fronte al giudice penale, «a tempo debito» prima di tale occasione.

L’accenno all’interrogatorio, peraltro, va inteso in senso lato, tenendo conto dei contenuti sostanziali dell’atto: comprende perciò ogni audizione con l’autorità procedente, fatta eccezione per quei momenti funzionali all’identificazione, o deputati alla verifica per ragioni di sicurezza, o legati a finalità preventive (v. il *considerando* n. 20, in cui si accenna, oltre all’attività diretta a verificare il possesso di armi, a quella di controllo su strada o di carattere periodico e casuale).

Del diritto ad avvalersi del difensore, il cui esercizio gli Stati s’impegnano ad assicurare anche attraverso informazioni generali che soccorrano per la sua individuazione e adottando le disposizioni necessarie per renderlo effettivo in rapporto a coloro che siano privati della libertà personale (art. 3, § 4), la direttiva non manca di enunciare peculiari contenuti e profili funzionali.

Si delinea così: il diritto degli indagati/imputati di incontrare privatamente e di comunicare con il difensore «anche prima dell’interrogatorio» (art. 3, § 3, lett. a); il diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del difensore all’atto dell’interrogatorio (art. 3, § 3, lett. b); il diritto alla presenza anche del difensore limitatamente agli atti investigativi e pro-

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

batori sopra citati, sempre che la legislazione interna richieda o consenta la presenza dell'indagato o imputato a quegli atti (art. 3, § 3, lett. c).

La possibilità di derogare temporaneamente a tali diritti, che sono espressione e corollario della generale garanzia di assistenza tecnica, è limitata a «circostanze eccezionali», consentita «solo nella fase che precede il processo», e prevista soltanto qualora sia motivata da «necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona» oppure da «necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale» (art. 3, § 6).

Acquista poi significativamente autonomo rilievo la disposizione relativa alla riservatezza delle comunicazioni, che comprendono «gli incontri, la corrispondenza, le conversazioni telefoniche e le altre forme di comunicazione consentite ai sensi del diritto nazionale» (art. 4); solo nei *considerando* n. 33 e n. 34, pur ritenendo la riservatezza fondamentale per garantire l'effettivo esercizio dei diritti della difesa, si ammettono deroghe in relazione ad ipotesi di favoreggiamento, a legittime operazioni di sorveglianza dei detenuti e all'esigenza di salvaguardare la sicurezza interna e l'ordine pubblico.

Viene altresì prevista la possibilità di rinunciare al diritto di avvalersi del difensore (anche con riguardo alla procedura relativa al mandato d'arresto europeo), sempre che la legislazione interna non ne imponga la presenza o l'assistenza. Tale rinuncia implica che l'imputato sia stato previamente informato, oralmente o per iscritto, con un «linguaggio semplice e comprensibile» e in modo chiaro e sufficiente, circa il «contenuto del diritto in questione» e le «possibili conseguenze della rinuncia» (art. 9, § 1, lett. a). Quest'ultima deve essere, oltre che consapevole, «volontaria ed inequivocabile» (art. 9, § 1, lett. b); può esprimersi in forma orale o scritta, e va verbalizzata, con l'indicazione delle circostanze in cui è avvenuta (art. 9, § 2). L'indagato/imputato deve essere anche informato che ha comunque la possibilità di revocare la rinuncia al diritto di avvalersi del difensore «in qualunque momento nel corso del procedimento penale»; tale revoca ha effetto dal momento in cui è espressa (art. 9, § 3).

Disposizioni specifiche in merito al diritto di avvalersi di un difensore si riscontrano a proposito del procedimento di esecuzione del mandato di arresto, per cui è prevista la duplice garanzia dell'assistenza tecnica nello Stato di esecuzione (art. 10, comma 1) e nello Stato di emissione del mandato (art. 10, commi 4-6). Posto che il diritto di avvalersi

del difensore da parte delle persone ricercate nello Stato di esecuzione va garantito in termini effettivi e in modo sollecito (art. 10, § 2, lett. a), si accenna all'incontro e alla comunicazione con il difensore, nonché alla presenza e alla partecipazione del medesimo all'audizione della persona ricercata (art. 10, § 2, lett. b e c). Si richiamano anche le norme di cui agli artt. 4, 5, 6, 7, e 9 – rispettivamente relative alla riservatezza e ai diritti, che spettano a chi sia privato della libertà personale, di informare terzi e di comunicare con terzi e con le autorità consolari – e all'art. 8, con riguardo alla deroga temporanea, prevista dall'art. 5, § 3, del diritto di informare un terzo della privazione della libertà personale (art. 10, § 3). In capo allo Stato di esecuzione, sussiste pure l'obbligo sia di informare «senza indebito ritardo» le persone arrestate del diritto di nominare un difensore nello Stato di emissione, il quale li assista ai fini dell'effettivo esercizio dei diritti previsti dalla decisione quadro 2002/584/GAI, sia, qualora tali persone intendano esercitare quel diritto, di informare immediatamente l'autorità competente dello Stato di emissione. Quest'ultimo Stato è a sua volta impegnato, sempre «senza indebito ritardo», a fornire informazioni per agevolare la nomina di un difensore (art. 10, commi 4 e 5). L'esigenza di garantire l'esercizio dei diritti di difesa va in ogni caso coniugato con il rispetto dei termini e delle condizioni per la consegna previsti dalla citata decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo (art. 10, comma 6).

Sul piano generale, trova poi specifico riscontro negli artt. 5-7 della direttiva il riconoscimento di taluni diritti nei confronti di chi si trova privato della libertà personale.

Innanzitutto, si accenna al diritto degli indagati/imputati, «se lo desiderano», di informare tempestivamente «almeno una persona» da loro indicata, quale può essere un parente o un datore di lavoro, della privazione della libertà (art. 5, § 1). Si ha anche cura di precisare che, quando si tratti di un minore, debba essere informato il titolare della potestà parentale, o, nel caso in cui ciò sia «contrario all'interesse superiore del minore», un «altro adulto idoneo» (art. 5, § 2).

Una deroga temporanea al diritto di informare terzi è consentita, purché giustificata dalle «circostanze particolari del caso» e solo quando vi sia la «necessità impellente» «di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona» oppure «di prevenire una situazione suscettibile di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale» (art. 5, § 3). Se la deroga riguarda un minore, s'impone una specifica infor-

mativa all'autorità competente per la tutela del medesimo (art. 5, § 4).

Inoltre, è previsto, sempre in relazione allo stato restrittivo della libertà personale, il diritto dell'indagato o imputato di comunicare tempestivamente con «almeno un terzo, quale un parente», indicato dal medesimo (art. 6, § 1). Tale diritto può essere però limitato o differito per esigenze «imperative» o «operative proporzionate» (art. 6, § 2), quali possono essere sia la necessità di evitare «gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona» oppure «che sia pregiudicato un procedimento penale» o ancora che venga commesso «un reato», sia la necessità di «assistere a un'udienza» o di «proteggere le vittime di reato» (*considerando* n. 36).

Ancora, conformemente a quanto stabilito in via generale dall'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, si afferma il diritto dell'indagato/imputato di informare tempestivamente della privazione della libertà le autorità consolari e di comunicare con le medesime, se lo desidera, specificando che nel caso egli posseda più cittadinanze potrà scegliere quali autorità informare e con chi intenda comunicare (art. 7, § 1). Peraltro, è importante la disposizione che oltre a riconoscere, quale estrinsecazione del diritto di comunicare, quello di ricevere visite, conversare e corrispondere con l'autorità consolare, prevede anche il diritto di usufruire dell'assistenza legale predisposta dalla medesima autorità (art. 7, § 2).

Le deroghe temporanee relative al diritto di avvalersi del difensore (art. 3, §§ 5 e 6) e di informare un terzo della privazione della libertà (art. 5, § 3) restano tuttavia subordinate ad alcune condizioni generali. Ogni deroga deve infatti essere:

- a) «proporzionata»;
- b) «rigorosamente limitata nel tempo»;
- c) non basata «esclusivamente» sul «tipo» o sulla «gravità» del reato;
- d) non pregiudicante «l'equità complessiva del procedimento» (art. 8, § 1).

Sul piano procedurale, poi, mentre per le deroghe temporanee relative all'assistenza legale sono approntate maggiori garanzie – un'autorizzazione con decisione «debitamente motivata», adottata caso per caso dall'autorità competente, «verbalizzata» e suscettibile di controllo giurisdizionale (art. 8, § 2) – per quelle riguardanti il diritto d'informare un terzo della privazione della libertà personale, si considera sufficiente la specifica autorizzazione dell'autorità competente con un provvedimento soggetto a controllo giurisdizionale (art. 8, § 3).

Spetta agli Stati membri garantire sia «mezzi di ricorso effettivi» per la tutela dei diritti previsti dalla direttiva (art. 12, § 1), sia il rispetto dei «diritti della difesa» e della «equità del procedimento» nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati/imputati o delle prove raccolte in violazione del loro diritto ad avvalersi di un difensore o nei casi in cui sia stata autorizzata una deroga a tale diritto ai sensi dell'art. 3, § 6 della direttiva (art. 12, § 2).

Sempre agli Stati membri è fatto carico di tener conto delle «particolari esigenze di indagati e imputati vulnerabili», per ragioni legate a particolari condizioni personali, fisiche o mentali, in modo da favorire tali soggetti nell'esercizio effettivo dei diritti previsti dalla direttiva (art. 13; *considerando* n. 51).

D) Nel prossimo futuro si prospettano ulteriori traguardi, non soltanto nella direzione di completare il percorso stabilito dalla tabella di marcia, il cui ordine pone una sequenza meramente indicativa, e non di carattere esaustivo degli obiettivi da perseguire (come ricordava, prefigurando già possibili integrazioni, il *considerando* n. 12 della Risoluzione del Consiglio del 2009).

Un pacchetto che comprende tre proposte di direttive è stato presentato il 27 novembre 2013 dalla Commissione europea. Esse riguardano, rispettivamente: il rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (COM (2013) 821 *final*); le garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali (COM (2013) 822 *final*); l'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (COM (2013) 824 *final*).

A proposito del gratuito patrocinio, la Direttiva 2013/48/UE si limita a far salva la legislazione interna in materia, da applicarsi conformemente alla Carta europea e alla Cedu (art. 11), riservando quindi ad altro strumento una disciplina specifica in materia, a completamento della Misura (C).

Quanto ai minori, una specifica iniziativa al riguardo – la prima organica nel contesto dell'Unione europea – si colloca nell'ambito della Misura (E), che prospetta rafforzate garanzie e particolare tutela riguardo a indagati o imputati vulnerabili.

La presunzione d'innocenza è poi costante riferimento nei “considerando” di tutte le direttive ci-

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

tate (v. n. 11 Direttiva 2010/64/UE; n. 12 Direttiva 2012/13/UE; n. 10 Direttiva 2013/48/UE), quale ulteriore profilo da affrontare «per promuovere una migliore cooperazione» in materia dei diritti processuali minimi.

Saranno questi, quindi, i nuovi orizzonti, che corrispondono alle azioni legislative da intraprendere per costruire, nel rispetto delle peculiarità di ciascun sistema giuridico, un'identità comune della giustizia penale.

DE JURE CONDENDO

di Marcello D'Aiuto

TERRORISMO INTERNAZIONALE

È all'esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 1609, recante «*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e al codice di procedura penale, per l'istituzione della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e delle direzioni distrettuali antiterrorismo*».

Il progetto di legge in parola si propone di istituire uffici della procura specializzati nel contrasto al terrorismo, soprattutto di matrice internazionale. Il criterio perseguito è quello della specializzazione, già utilizzato per il contrasto alla criminalità mafiosa. Del resto, le più recenti forme di terrorismo richiedono conoscenze empiriche che consentano, già nella fase delle indagini, di adeguare l'attività investigativa alle modalità nuove di commissione dei reati. Per altro verso, la dimensione sovranazionale che ha assunto il fenomeno richiede un raccordo operativo tra magistrati di diversi Paesi che solo l'interazione di specifici soggetti riesce ad assicurare. È quindi necessario individuare una figura istituzionale che abbia compiti di coordinamento e che, pur non avendo competenza diretta nelle indagini, possa intervenire a pieno titolo e in rappresentanza di tutti i magistrati interessati.

Il d.d.l. si compone di quattro articoli, che si adagiano sulla disciplina antimafia vigente prevedendo uffici analoghi per il contrasto al terrorismo. Questi, poi, dovrebbero far riferimento, insieme alle direzioni distrettuali antimafia, ad un'unica direzione nazionale. Del resto non si tratta di competenze distanti, poiché già ora la DNA e le DDA svolgono compiti l'una di coordinamento, le altre di indagine su delitti – dal traffico di armi al sequestro di persona a scopo di estorsione – che sono ordinariamente consumati anche dalle organizzazioni terroristiche.

L'art. 1, pertanto, prevede che la Direzione nazionale antimafia assuma la denominazione di "Dire-

zione nazionale antimafia e antiterrorismo" e, contestualmente, estenda le sue competenze anche alle fattispecie di cui agli artt. 270-bis, 270-sexies c.p. nonché 51, comma 3 quater, c.p.p. Lo stesso articolo, al comma 2, prevede che per detti reati siano istituiti, presso le diverse procure della repubblica, specifici uffici specializzati con la denominazione di Direzioni distrettuali antiterrorismo.

L'art. 2, poi, disciplina la costituzione delle Direzioni distrettuali antiterrorismo. A tale fine la norma introduce, nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, l'art. 102-bis. Invero, la fattispecie in parola riproduce il medesimo contenuto dell'art. 102 del citato d.lgs. Come le direzioni distrettuali antimafia, anche quelle antiterrorismo sono costituite dal Procuratore della Repubblica presso il capoluogo del distretto nell'ambito del suo ufficio. Per fare ciò il procuratore individua i magistrati sulla base di attitudini individuali ed esperienze professionali e ne comunica, senza ritardo, i nominativi al Consiglio Superiore della Magistratura. Tali magistrati, salvo casi eccezionali, esercitano le funzioni di pubblico ministero nei procedimenti di cui ai reati di terrorismo. Le designazioni, così come le eventuali variazioni, devono essere comunicate preventivamente al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, a meno che si tratti di prima costituzione.

Contemporaneamente, lo stesso art. 2, alla lettera b), modifica l'art. 103 del codice antimafia. La disposizione in parola ha ad oggetto la composizione della Direzione nazionale antimafia e i requisiti per la nomina del Procuratore nazionale e dei sostituti. Invero, le modifiche attengono esclusivamente alle denominazioni, che si arricchiscono della dizione "antiterrorismo", ed alle competenze, estese anche ai reati di cui agli artt. 270-bis, 270-sexies c.p. nonché 51, comma 3 quater, c.p.p. Restano, viceversa, invariate le funzioni del Procuratore nazionale, per le quali la norma rimanda all'art. 371-bis c.p.p., così come la procedura di nomina dello stesso.

Da ultimo, l'art. 2 in oggetto modifica l'art. 105 del d.lgs. n. 159/2011. Anche in relazione ad esso, però, l'intervento riformatore importa semplicemente l'estensione della disciplina antimafia anche ai reati di terrorismo. In questo modo, il Procuratore nazionale può, quando si tratta di procedimenti di particolare complessità o che richiedono specifiche esperienze e competenze professionali, applicare temporaneamente alle procure distrettuali i magistrati appartenenti alla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e quelli appartenenti alle Direzioni distrettuali antimafia e a quelle antiterrorismo nonché, con il loro consenso, magistrati di altre procure della Repubblica presso i tribunali.

L'art. 3 del d.d.l. in oggetto modifica l'art. 371-bis c.p.p., al quale il codice antimafia rimanda per stabilire le competenze del Procuratore nazionale. Come accennato, le competenze restano invariate, ma estese anche ai reati di terrorismo. Pertanto il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo esercita funzioni di impulso nei confronti dei procuratori distrettuali al fine di rendere effettivo il coordinamento delle attività di indagine, di garantire la funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni e di assicurare la completezza e la tempestività delle investigazioni. A tale scopo i suoi poteri sono tanto pervasivi da consentirgli l'avocazione delle indagini quando non hanno dato esito le riunioni disposte al fine di promuovere o di rendere effettivo il coordinamento e questo non è stato possibile a causa della perdurante e ingiustificata inerzia nell'attività di indagine o della ingiustificata e reiterata violazione dei doveri previsti dall'articolo 371 c.p.p. ai fini del coordinamento delle indagini.

Da segnalare, infine, la disciplina transitoria contenuta nell'art. 4 del d.d.l. in esame, secondo cui l'incarico di Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo è assunto, alla data di entrata in vigore della legge, dal Procuratore nazionale antimafia.

VISITE DEI DETENUTI A FIGLI CON HANDICAP

Al cospetto della Commissione Giustizia della Camera è altresì la proposta di legge C. 1438, che comporta «*Modifiche all'articolo 21-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visite dei detenuti a figli affetti da handicap in situazione di gravità*».

L'art. 21-ter dell'ordinamento penitenziario ha ad oggetto le visite dei genitori detenuti al figlio minore in imminente pericolo di vita o in gravi

condizioni di salute. Il d.d.l. in esame si propone di integrare tale norma introducendo un'ulteriore previsione di legge che estenda la facoltà di visita ai figli, anche non minori, che versino in una situazione di *handicap* grave. Finora, infatti, il minore disabile grave può essere visitato dalla madre o dal padre solo qualora il magistrato di sorveglianza, con valutazione contingente, individui nello stato di disabilità una delle «gravi condizioni di salute» che costituiscono il necessario presupposto dell'autorizzazione alla visita all'esterno. Viceversa, il riconoscimento *ex lege* della disabilità grave come autonomo motivo di visita da un lato solleva il magistrato da valutazioni mediche anche complesse e, dall'altro, assicura, comunque, che tali valutazioni siano state compiute già a monte dall'organo specialistico cui spetta l'accertamento dello stato di gravità dell'*handicap*.

Il progetto di legge è diretta derivazione dei valori e dei principi sottesi alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 e ratificata in Italia ai sensi della legge n. 18 del 2009, nel cui preambolo si esprime, tra l'altro, la convinzione «che la famiglia sia il nucleo naturale e fondamentale della società e che abbia diritto alla protezione da parte della società e dello Stato, e che le persone con disabilità e i membri delle loro famiglie debbano ricevere la protezione ed assistenza necessarie a permettere alle famiglie di contribuire al pieno ed uguale godimento dei diritti delle persone con disabilità».

La nuova disciplina è contenuta in un solo articolo e si inserisce nel contesto normativo dell'art. 21-ter dell'ordinamento penitenziario. Al proposito la lettera a) stabilisce che i genitori condannati, imputati o internati sono autorizzati dal magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, dal direttore dell'istituto, a visitare il figlio affetto da *handicap* in situazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata a norma dell'articolo 4 della medesima legge. Il richiamo a quest'ultima disciplina, ed ai criteri in essa contenuti, esonera il giudice dall'effettuare un sindacato particolare, predeterminando i casi in cui l'autorizzazione può essere concessa.

La lettera b) del d.d.l. in esame estende, poi, il diritto per i genitori detenuti di assistere il figlio affetto da *handicap* in situazione di gravità, durante le visite specialistiche. In questo caso l'autorizzazione deve essere concessa dal magistrato non oltre le ventiquattro ore precedenti alla visita.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Francesco Trapella

ACCERTAMENTI TECNICI IN FASE INVESTIGATIVA E PARTECIPAZIONE DELL'INDAGATO

(Corte e.d.u., 17 ottobre 2013, ric. n. 36044/09, Horvatic c. Croazia)

Con pronuncia del 17 ottobre 2013 la Corte di Strasburgo affronta il tema delle garanzie dell'accusato nel corso di attività investigative alle quali la difesa non abbia preso parte; più in particolare, il punto è se l'indagato possa contestare il *modus operandi* degli inquirenti, denunciando, in caso di scorrettezze, la manipolazione degli elementi raccolti.

Il caso riguarda un cittadino croato, M.H., sospettato di rapina in banca; onde identificarlo, la polizia gli chiedeva di consegnare i propri indumenti, poi prelevando su di lui campioni biologici (capelli, peli e unghie). Gli investigatori verbalizzavano la consegna e il sequestro dei vestiti, ma non le attività successive.

A questo punto, in assenza di puntuale documentazione, le versioni del ricorrente e degli inquirenti divergono: per il primo, il personale di polizia, dopo averlo allontanato, avrebbe provveduto autonomamente a suddividere e a collocare vestiti e reperti in appositi contenitori; secondo il governo croato, l'operazione sarebbe invece avvenuta alla presenza di M.H. e di un ufficiale di polizia, e sarebbe stata compiuta da tecnici specializzati.

I campioni venivano inviati al *Centre for Forensic Analysis* di Zagabria: qui gli esperti comparavano i materiali raccolti sul ricorrente con altri, già rinvenuti sul luogo della rapina, così riscontrando una corrispondenza idonea – secondo il giudice di prime cure – ad attestare la responsabilità di M.H. per il crimine addebitatogli. Alla condanna in primo grado sono seguite, nei successivi, sentenze di conferma. Aspetto interessante è la lettura che i giudici europei danno dell'art. 6 Cedu: se è vero che si riferisce alla fase processuale, lo è del pari che esso «può rilevare prima del rinvio a giudizio, se e nella misura in cui l'equità del processo rischia di esse-

re seriamente compromessa da un errore iniziale [cioè della fase d'indagine, ndr.] che impedisca la conformità alle disposizioni della Carta» (cfr. la decisione in commento, §76, e, più risalente, Corte e.d.u., 27 novembre 2008, ric. n. 36391/02, *Salduz c. Turchia*, §50). In sostanza, se i presupposti dell'accertamento giudiziale sono viziati da condotte idonee a ridurre l'iniziativa o la difesa dell'accusato in fase d'indagine, risulta comunque infranto il parametro convenzionale sull'equo processo (cfr. anche Corte e.d.u., 24 novembre 1993, ric. n. 13972/88, *Imbrioscia c. Svizzera*, § 36).

Altra questione concerne il carattere *decisivo* della prova di cui il ricorrente lamenta l'assunzione mediante metodiche irrituali. Va premesso che, secondo costante orientamento, la Corte europea ritiene la violazione dell'art. 6 Cedu allorché la condanna risulti fondata in misura esclusiva (o preponderante) su prove acquisite in violazione dei canoni del giusto processo, anche nel significato di elementi assunti in giudizio previa indagini inique (cfr. Corte e.d.u., 20 novembre 1989, Serie A, n. 166, *Kostovsky c. Paesi Bassi* o, più recentemente, sulla violazione dell'art. 6 Cedu per mancato confronto diretto tra il ricorrente e il suo accusatore durante il processo e, prima, in fase d'indagine, Corte e.d.u., 18 maggio 2010, ric. n. 231/07, *Ogaristi c. Italia*).

Nel caso *de quoa* M.H. è mancata la possibilità di contestare l'autenticità degli elementi a suo carico: ciò ha cagionato una violazione delle regole di correttezza nella raccolta della prova; stabilisce, infatti, la Corte che «nel determinare se il procedimento si sia svolto nel suo complesso correttamente occorre valutare il rispetto del diritto di difesa. Deve guardarsi, in particolare, se al ricorrente è stata data la possibilità di contestare l'autenticità della prova e di opporsi al suo utilizzo. Deve, inoltre, considerarsi la qualità della prova e la sua affidabilità a dimostrare il fatto controverso» (cfr. la decisione che si annota, §78 e, un po' più risalenti, Corte e.d.u., 25 febbraio 2010, ric. n. 20100/06, *Lisica c. Croazia*, §49, o Corte e.d.u., 10

CORTI EUROPEE

marzo 2009, ric. n. 4378/02, *Bykov c. Russia*, §90). Insomma, il concetto di correttezza procedurale va esteso anche alla fase di raccolta delle prove ed impone di coinvolgere l'accusato nell'approvvigionamento degli elementi a suo carico (cfr. *ex plurimis*, Corte e.d.u., 1 marzo 2007, ric. n. 5395/02, *Heglas c. Repubblica Ceca*).

Il fatto che l'istante abbia fin da subito lamentato di non essere stato partecipe alla catalogazione delle prove, e quindi all'accertamento delle sue asserite responsabilità, porta la Corte ad accreditarne la tesi, condannando la Croazia per infrazione dell'art. 6, §1, Cedu: i giudici balcanici, infatti, non avrebbero dato seguito alle istanze di M.H., avallando l'operato dei poliziotti, pure in presenza di una palese violazione della *fairness* imposta dalla Cedu; d'altro canto, l'assenza di documentazione dell'attività svolta dagli inquirenti impedisce ai giudici strasburghesi di pronunciarsi diversamente.

* * *

CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE

(Corte e.d.u., 19 novembre 2013, ric. n. 69398/11, *El Kashif c. Polonia*)

Nell'attuale periodo, ove nel nostro Paese l'emergenza carceraria è avvertita in modo significativo (si pensi alla normazione d'emergenza che ha da ultimo portato al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, «*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*»; in tema cfr. pure la *Relazione del Massimario* sul d.l. n. 146 del 2013, del 7 gennaio 2014) e ci si interroga sui numeri elevati dei detenuti in stato custodiale (Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*), appare interessante una pronuncia dei giudici europei in tema di carcerazione preventiva.

Il ricorrente, E.K., cittadino polacco, veniva condannato in primo grado per il reato di esercizio abusivo del gioco d'azzardo *online*; su sua impugnazione, il giudice d'appello annullava la sentenza con rinvio. Al nuovo processo E.K. non compariva, senza addurre giustificazioni: ciò costringeva il tribunale a disporre la custodia cautelare in carcere per evitare fughe dell'accusato e per assicurarne la presenza al giudizio.

L'ordinanza applicativa della misura veniva, quindi, impugnata dal ricorrente, essendo egli incensurato, accusato di un reato non punibile con sanzione detentiva e risultando comunque reperibile al tribunale precedente nel corso di al-

tri giudizi a suo carico, condotti parallelamente a quello nel cui ambito veniva ristretto in detenzione.

Accoltene le ragioni, il ricorrente veniva liberato e sottoposto alla misura meno invasiva dell'obbligo di comparire presso la stazione di polizia. Oggetto di istanza alla Corte e.d.u. era, quindi, l'ingiusta detenzione custodiale subita da E.K. per causa di un provvedimento limitativo della libertà, espresso in spregio dell'art. 5, §1 Cedu.

I giudici strasburghesi ricordano anzitutto che il primo requisito imposto dalla Convenzione in punto di misure *de libertate* è la *regolarità* della detenzione in rapporto al diritto interno: si tratta, però, di «*un punto essenziale, ma non decisivo*» (cfr. la sentenza *de qua*, §56 e, altre, Corte e.d.u., 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03, *Medvedyev e altri c. Francia*, §79; Corte e.d.u., 9 luglio 2009, ric. n. 11364/03, *Mooren c. Germania*, §76, o, più risalente, Corte e.d.u., 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, §50, Recueil 1996-III). Occorre, infatti, tenere conto della finalità dell'art. 5, §1 Cedu, che salvaguarda il detenuto da provvedimenti arbitrari, dovendo la misura custodiale «*costituire un'ultima ratio, essendo la libertà personale la regola, e la privazione della libertà su decisione giudiziale, una stretta eccezione*» (così, la sentenza in commento, §58).

Ne consegue che la misura detentiva dev'essere *proporzionata* alla gravità dell'addebito e *necessaria* alla corretta prosecuzione dell'accertamento (indagini o processo). Nel caso di specie – rilevano i giudici europei – tali requisiti non sussistono: E.K. risiede stabilmente in Polonia, non ha precedenti penali ed è accusato di un reato di relativa gravità. L'ordinamento polacco prevede, inoltre, misure meno afflittive di quella custodiale, applicabili al caso *de quo*, misure che i giudici interni sembrano non avere preso in considerazione.

Tali rilievi inducono la Corte strasburghese ad attestare l'irregolarità della detenzione patita da E.K., stante l'evidente contrasto con l'art. 5, §1, Cedu. Viene, così, fornita un'importante indicazione per una buona prassi, occorrendo considerare la custodia come *extrema ratio* e modulare il ricorso alle altre cautele in ragione delle effettive circostanze che le giustificano.

Guardando all'Italia, l'auspicio è di una maggiore fiducia verso le misure non carcerarie; ritornano le parole del Presidente della Camera, On. Boldrini che, a sei mesi dalla sentenza *Torreggiani*, durante una visita al carcere di Rebibbia (luglio 2013), ha confermato una triste statistica: «*il 40% dei detenuti è in attesa di sentenza definitiva*»; occorre – dice il Presidente – «*ripensare le misure cautelari*», riservando

il confinamento negli istituti di custodia ai soli casi più gravi e di maggiore pericolo.

* * *

(IR)RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

(Corte e.d.u., 26 novembre 2013, ric. n. 13431/07, *Quattrone c. Italia*)

Il sistema giudiziario nostrano torna all'attenzione della Corte strasburghese per l'eccessiva durata dei processi penali.

Il ricorrente, F.Q., aveva subito quattro procedimenti per reati di vario tipo; a cagione dell'irragionevole durata di due di essi, egli aveva richiesto il risarcimento del danno sulla base della legge Pinto (legge 24 marzo 2001, n. 89).

Con ricorso alla Corte e.d.u., F.Q. lamentava, tra le altre cose, l'eccessiva lunghezza di tre dei suoi giudizi penali e dei due ulteriori processi, fondati sulla legge Pinto. Denunciava, altresì, l'insufficienza della riparazione ottenuta ex l. n. 89 del 2001.

Deve, poi, aggiungersi che il ricorrente – cui era stata applicata la custodia cautelare e che aveva esperito il rimedio ex art. 314 c.p.p. – muoveva critica, altresì, verso la durata della procedura per l'ingiusta detenzione e si doleva della condanna alle spese inflittagli dalla Suprema Corte dopo il rigetto del ricorso volto ad assicurarsi la riparazione per l'eccessiva lunghezza di uno dei procedimenti penali a suo carico.

Con sentenza del 26 novembre 2013 la Corte condanna l'Italia per infrazione dell'art. 6, §1 Cedu: se, in linea di principio, la complessiva durata dei due gradi di giudizio per un procedimento ex legge Pinto non dovrebbe superare il biennio, salve circostanze eccezionali (cfr. Corte e.d.u., 27 settembre 2011, ricc. n. 41107/02 e 22405/03, *CE.DI.SA. Fortore s.n.c. Diagnostica Medica Chirurgica c. Italia*, §39), nel caso in questione, entrambe le procedure Pinto hanno oltrepassato il predetto limite, pur in assenza di un contesto idoneo a giustificare il ritardo.

Circa la condanna al pagamento delle spese del giudizio in cassazione, la Corte europea ha evidenziato come anch'essa avrebbe dovuto obbligatoriamente essere motivata; ciò che, nel caso *de quo*, non accadeva, rendendosi, così, arbitraria ed iniqua la decisione.

Infine, il fatto che F.Q. abbia esperito il rimedio ex l. n. 89 del 2001 solo per i ritardi di alcuni dei processi penali a suo carico, determina l'impossibilità di accogliere le doglianze relative alle lungaggini degli altri giudizi, non essendo stati per essi esauriti tutti i rimedi previsti dall'ordinamento interno.

Il caso porta alla luce una nota criticità del sistema giudiziario nostrano, che frustra ora l'efficace operato della magistratura, ora l'interesse della vittima – com'è, ad esempio, nel caso di proscioglimento per intercorsa prescrizione del reato a processo aperto –, ora l'esigenza di chi, riconosciuto non colpevole, voglia ottenere ragione del ritardo occorso ad ottenere una pronuncia favorevole.

Le statistiche rese note dal Ministro della Giustizia Cancellieri all'inizio del novembre 2013 non sono confortanti: nel 2012 il numero dei procedimenti penali è aumentato del 2,2% rispetto all'anno precedente. Ciò ha ovviamente inciso sulla durata media dei processi, aumentandola. Peraltro – come già sottolineato nella Relazione del Primo Presidente della Cassazione Lupo sull'amministrazione della Giustizia (2012) – «il nodo critico è rappresentato dalle corti d'appello, che continuano a far registrare un tempo di definizione assolutamente incompatibile con i parametri indicati dalla Corte Edu».

Insomma, il sistema attuale e la difficoltà di individuare soluzioni condivise a livello politico difficilmente consentiranno di evitare le condanne del giudice europeo.

Ancora una volta, infatti, l'indirizzo di Strasburgo impone di ripensare alla struttura (e alla prassi) del modello giudiziario interno: solo intervenendo sugli aspetti *normativo e organizzativo* – queste sono le parole utilizzate dal Presidente Lupo nella Relazione (2012) – sarà possibile ottimizzare tempi e risorse, assicurando positivi effetti sul piano della durata processuale.

In chiusura, pur estraneo al tema dei tempi del giudizio, qualche parola va spesa circa l'obbligo di motivare la condanna alle spese: «la decisione della Cassazione "Pinto" è priva di motivazione in punto di spese. Ciò impedisce di valutare se essa costituisce un ostacolo al rimedio "Pinto" o se abbia per caso ridotto in maniera importante il diritto alla riparazione "Pinto" riconosciuto dalla Corte d'appello di Catanzaro» (così, la sentenza in commento, §41). Atteso, quindi, l'obbligo del giudice di motivare ogni decisione – pur tenendo conto di volta in volta del tipo di pronuncia richiesta e delle circostanze concrete (Corte e.d.u., 9 dicembre 1994, *Hiro Balani c. Spagna*, série A no-303B, §27) –, il principio si applica anche alle condanne alle spese (Corte e.d.u., 22 novembre 2011, *The Association for the Defence of Human Rights c. Romania*, dec. n. 2959/11) e ad ogni altra ingiunzione relativa al carattere abusivo o temerario del processo (Corte e.d.u., 9 maggio 1994, ric. n. 15384/89, *G.L. c. Italia*); diversamente, infatti, stante l'arbitrarietà della decisione, ha luogo una violazione dell'art. 6 Cedu.

* * *

CORTI EUROPEE

DIVIETO DI TORTURA, LEGITTIMITÀ DELLA DETENZIONE E SCOMPARSA DELL'IMPUTATO
(Corte e.d.u., 12 dicembre 2013, ric. n. 77658/11, *Lapitov c. Russia*)

La sentenza in argomento è legata ad un fatto tanto singolare quanto ancora privo di spiegazione ufficiale.

Il ricorrente, A.K., ha lavorato come guardia del corpo di un *leader* dissidente tagiko dal 1992 per nove anni; entrato in territorio russo nel maggio 2001, le autorità del Tagikistan emettevano nei suoi riguardi un mandato d'arresto internazionale, nonostante l'amnistia pronunciata nel 1997 per i crimini connessi alla guerra civile tagika (1992-1997).

Oggetto del mandato era l'accusa ad A.K. di avere partecipato ad un'organizzazione criminale tra il 1998 e il 2001: con ogni probabilità, però, la misura era legata alla sua precedente vicinanza ad ambienti ritenuti sovversivi durante la guerra civile.

Nel 2010 il ricorrente veniva arrestato nella propria casa dalle autorità russe, e collocato in carcere in attesa di estradizione. Ciò motivava l'istanza alla Corte strasburghese, essendo l'eventuale consegna al Tagikistan lesiva dell'art. 3 Cedu, poiché avrebbe esposto il ricorrente al rischio di trattamenti inumani e degradanti.

Prima che i giudici europei potessero pronunciarsi sul ricorso, nel 2012, A.K. scompariva in circostanze misteriose: la difesa dell'istante sostiene che la sparizione abbia avuto luogo con il fondamentale contributo delle forze di sicurezza russe.

A cagione di un contesto così particolare la Corte non ha elementi per attestare l'infrazione dell'art. 3 Cedu da parte del governo di Mosca: i giudici europei hanno comunque chiesto all'esecutivo russo di produrre osservazioni in ordine all'obbligo gravante sullo Stato di proteggere il ricorrente contro il rischio di rapimento e di condurre un'indagine effettiva sulla sua scomparsa.

La sola violazione riconosciuta è quella dell'art. 5, §1 Cedu: il 21 agosto 2012, infatti, il giudice russo dichiarava un vizio di procedura nella decisione di trattenere il ricorrente in regime detentivo; in forza di ciò, A.K. avrebbe dovuto essere immediatamente rilasciato: ciò, però, avveniva solo due mesi dopo, il 15 ottobre 2012, rendendo, così, illegittimo il suo ultimo bimestre di prigionia.

La Corte affronta il difficile tema della cooperazione interstatale per il trattamento di dissidenti – o ritenuti tali –, rifugiatisi in altri Paesi.

Proprio su questi argomenti in Italia si è acceso il dibattito con la recente vicenda *Shalabayeva*: il punto è rinvenire il giusto bilanciamento tra l'obbligo del-

lo Stato ospitante di garantire la sicurezza di chi vi trova rifugio, l'esigenza di giustizia della Nazione che richiede la consegna del dissidente e il rispetto delle regole dell'assistenza giudiziaria internazionale.

Sulla base di siffatti rilievi, la Corte europea si appella agli Stati, ricordando, peraltro, che, dinanzi a casi dubbi come quello in argomento, in cui sussiste il sospetto di sparizioni illegittime o di azioni contrarie ai diritti consacrati nella Convenzione, gli Stati hanno l'obbligo di svolgere indagini complete quale strumento ultimo necessario a garantire le situazioni giuridiche espresse nella Cedu (cfr. Corte e.d.u., 29 marzo 2011, ric. n. 47357/08, *Alikaj c. Italia*, § 94 per cui, con riferimento al diritto alla vita – ma il discorso non cambia con le altre posizioni protette dal diritto convenzionale –, «quando vi è stata la morte di una persona in circostanze che possono coinvolgere la responsabilità dello Stato, l'obbligo di proteggere il diritto alla vita gli impone di assicurare, con tutti i mezzi di cui dispone, una reazione adeguata – giudiziaria o altra – affinché il quadro legislativo e amministrativo sopra menzionato sia effettivamente messo in atto e affinché, eventualmente, le violazioni del diritto in gioco siano represses e sanzionate». Più risalente, v. anche Corte e.d.u., 14 marzo 2002, ric. n. 46477/99, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, §54).

* * *

LEGITTIMITÀ DI UN'ASSOCIAZIONE DI VITTIME DELLA MAGISTRATURA

(Corte e.d.u., 14 gennaio 2014, ric. n. 47732/06, *Associazione delle vittime dei giudici rumeni c. Romania*)

Esiste in Romania un'Associazione di vittime dei giudici rumeni con funzione di «tutela dei diritti e degli interessi degli iscritti di fronte alle autorità nazionali dotate della capacità di gestire o rendere giustizia» (cfr. la sentenza *de qua*, § 5): alla base si pone un atteggiamento di sfiducia verso l'operato della magistratura, problema non estraneo all'Italia, segnata anch'essa – addirittura a livello politico – dalla frattura tra «sostenitori» e «detrattori» del potere giudiziario.

Nel 2005 l'ente in parola richiedeva la registrazione presso la Corte distrettuale di Bucarest, che rifiutava, ritenendo incostituzionale l'attività dell'associazione: essa, infatti, avrebbe incoraggiato il mancato rispetto delle pronunce giudiziali e, *de facto*, l'attacco contro un potere dello Stato.

L'appello contro la decisione della Corte distrettuale veniva rigettato nel 2006: ciò spingeva i vertici dell'associazione a ricorrere al giudice europeo.

Con sentenza del 14 gennaio 2014 la Corte e.d.u. accoglie l'istanza dell'ente, dichiarando il contrasto tra la posizione assunta dal giudice rumeno e l'art. 11 Cedu sulla libertà di associazione.

D'altro canto – specifica la Corte strasburghese – «la legge nazionale prevede la possibilità di sciogliere un ente qualora sia dimostrato che persegue finalità contrarie all'ordine pubblico» (così, la sentenza *de qua*, § 32 e, più risalente, Corte e.d.u., 12 ottobre 2004, *Bota c. Romania*, ric. n. 24057, §36).

Il rifiuto della registrazione dell'ente prim'ancora che quello cominciasse ad operare era del tutto ingiustificato: non esisteva, infatti, alcun «bisogno sociale imperativo» che motivasse una decisione siffatta, la quale si rivelava, così, sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito dal giudice nazionale di tutelare l'autorità della magistratura.

* * *

VISTI, IMMIGRAZIONE ILLEGALE E ORDINE PUBBLICO
(Corte di giustizia dell'Unione europea, 19 dicembre 2013, causa C-84/12 R.K. c. Germania)

La Corte di giustizia dell'Unione europea si esprime in tema di visti e immigrazione: si tratta di un argomento di enorme attualità, anche per l'Italia, che quasi ogni giorno vive il dramma degli sbarchi di clandestini sulle rive del meridione, e che recentemente è stata toccata dalla tragedia dei migranti morti sulle coste di Lampedusa nel disperato tentativo di raggiungere il nostro Paese (ottobre 2013).

Il caso è così riassumibile. Il ricorrente, R.K., chiedeva all'ambasciata tedesca di Teheran di rilasciare un visto per un viaggio in Germania. La domanda veniva respinta poiché l'istante non dimostrava di possedere i mezzi di sussistenza necessari per la durata del suo soggiorno e per il successivo ritorno in Iran.

Contro il rifiuto, R.K. promuoveva ricorso avanti al *Verwaltungsgericht Berlin* (Tribunale Amministrativo di Berlino) che a propria volta chiedeva alla Corte di giustizia U.E. di precisare le condizioni di rifiuto del rilascio di un simile visto.

Con sentenza del 19 dicembre 2013 i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che un visto può essere rifiutato solo per i motivi espressamente previsti dal c.d. *Codice visti UE* (Regolamento CE n. 810/2009 del Parlamento e del Consiglio (13 luglio 2009)), ma che in capo all'autorità nazionale sussistono ampi margini di discrezionalità per stabilire se, nel caso di specie, sussista uno o più dei motivi di rifiuto.

Come sottolineato dalla Corte, «l'intenzione del legislatore dell'Unione di lasciare un ampio margine discrezionale a dette autorità risulta, peraltro, dalla formulazione stessa degli articoli 21, paragrafo 1, e 32, paragrafo 1, di detto codice, disposizioni che obbligano tali autorità a procedere ad una «valutazione del rischio di immigrazione illegale» del richiedente, a prestare una «particolare attenzione» a determinati aspetti della situazione di quest'ultimo e a stabilire se ricorrano «ragionevoli dubbi» su determinati elementi» (così, la sentenza in nota, § 61).

Premesso questo, i giudici lussemburghesi passano ad interrogarsi circa la nozione di *ordine pubblico* applicabile al caso *de quo*.

Secondo il *Verwaltungsgericht Berlin*, l'unico dubbio è se R.K. costituisca una minaccia per l'ordine pubblico a causa dell'eventuale pericolo di immigrazione illegale. A tal proposito, il giudice del rinvio si chiede se la condizione per il rilascio di un visto relativa alla mancanza di rischi per l'ordine pubblico sia soddisfatta quando si è convinti che l'istante lascerà il territorio degli Stati membri prima della scadenza del permesso richiesto o se sia sufficiente che non esistano ragionevoli dubbi quanto all'intenzione dell'istante di lasciare detto territorio appena possibile.

A guardare l'art. 32 del *Codice visti UE* bisogna distinguere tra la «minaccia che il richiedente può costituire per l'ordine pubblico, la sicurezza interna o la salute pubblica di uno degli Stati membri» (art. 32, §1, lett. a), vi) e l'«eventuale non intenzione del richiedente di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto» (art. 32, §1, lett. b)). Il caso di R.K. rientra in quest'ultima ipotesi: a tal fine, per negare il visto, basta il ragionevole dubbio circa l'intenzione del richiedente di lasciare il territorio del Paese di destinazione prima della scadenza del permesso (così, la sentenza *de qua*, § 68).

In sintesi, quindi, considerato che la nozione di «ordine pubblico» va interpretata in relazione ai principi espressi dalla normativa europea e che l'immigrazione illegale costituisce senz'altro una minaccia al medesimo: (1) «le autorità competenti di uno Stato membro, in esito all'esame di una domanda di visto uniforme, possono rifiutare il rilascio di un simile visto a un richiedente soltanto nel caso in cui possa essergli opposto uno dei motivi di rifiuto di visto elencati in tali disposizioni [cioè, gli artt. 23, §4, 32, §1 e 35, §6 del Regolamento n. 810/2009, ndr.]. Dette autorità, quando esaminano tale domanda, dispongono di un ampio margine discrezionale per quanto riguarda le condizioni di applicazione di tali disposizioni e la valutazione dei fatti rilevanti, al fine di stabilire se al richiedente possa essere

CORTI EUROPEE

opposto uno di tali motivi di rifiuto»; (2) «l'obbligo delle autorità competenti di uno Stato membro di rilasciare un visto uniforme presuppone che non vi siano ragionevoli dubbi circa l'intenzione del richiedente di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto, considerata la situazione generale del paese di residenza del richiedente e le sue caratteristiche proprie, accertate alla luce delle informazioni da lui fornite»; (3) «il regolamento n. 810/2009 deve essere interpretato nel senso che non osta a una disposizione

della normativa di uno Stato membro, quale quella controversa nel procedimento principale, la quale prevede che, allorché ricorrono le condizioni di rilascio previste da tale regolamento, le autorità competenti abbiano il potere di rilasciare un visto uniforme al richiedente, senza precisare che vi sono obbligate, purché una disposizione del genere possa essere interpretata in modo conforme agli articoli 23, paragrafo 4, 32, paragrafo 1, e 35, paragrafo 6, di detto regolamento» (così, le conclusioni della sentenza in commento).

CORTE COSTITUZIONALE

di Angela Procaccino

RIESAME CAUTELARE E "CONTESTAZIONI A CATENA"
(C. cost., sent. 2 dicembre 2013, n. 293)

La Corte, chiamata a risolvere alcune delicate questioni applicative riguardanti l'istituto delle contestazioni a catena nell'ambito del procedimento del riesame cautelare, interviene con la suddetta pronuncia dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 309 c.p.p., in quanto interpretato nel senso che la deducibilità nel procedimento di riesame, della retrodatazione della decorrenza dei termini di durata massima della misura cautelari, prevista dall'art. 297, comma 3, c.p.p., sia subordinata – oltre che alla condizione che, per effetto della retrodatazione, il termine sia già scaduto al momento dell'emissione dell'ordinanza cautelare impugnata, – anche a quella che tutti gli elementi per la retrodatazione risultino dall'ordinanza.

La Corte, in effetti, si è trovata al cospetto di un ginepraio interpretativo, rappresentato dall'avvicinarsi di numerose pronunce che si erano occupate su un primo versante della deducibilità della retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare (anche) in sede di riesame, e, su un altro versante, e successivamente, della possibilità di configurare ulteriori condizioni per la deducibilità medesima.

Andando con ordine, va detto subito che è la stessa Corte, come di consueto, a ricostruire la storia giurisprudenziale delle norme sottoposte a vaglio e a ricordare come, in merito alla prima questione, si fossero succeduti due orientamenti: il primo, più restrittivo, "per lungo tempo" aveva ritenuto come la retrodatazione esulasse dalla cognizione del giudice investito del riesame delle ordinanze che dispongono le misure coercitive ex art. 309 c.p.p., e ciò in forza di un più generale orientamento che riteneva il riesame cautelare finalizzato unicamente al controllo dei soli requisiti di validità formali e sostanziali della misura impugnata; validità che, invece, si riteneva non pregiu-

dicata dal fenomeno della retrodatazione il quale, modificando decorrenza e criteri di computo della durata massima, avrebbe inciso soltanto sul profilo dell'efficacia della misura.

Dunque, parimenti ad altri eventi produttivi dell'inefficacia della misura cautelare, quali, ad esempio, l'omissione, la tardività o l'invalidità dell'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p., la retrodatazione avrebbe potuto essere fatta valere dall'interessato solo attraverso l'istanza di revoca al giudice che procede tramite lo strumento processuale di cui all'art. 306 c.p.p., ed, eventualmente, tramite il successivo appello della decisione negativa ai sensi dell'art. 310 c.p.p.

Nel 2010 si assiste al mutamento del descritto assetto, con un parziale *revirement*: il secondo orientamento riteneva possibile la retrodatazione in sede di riesame, ma soltanto limitatamente alle ipotesi in cui, per effetto della retrodatazione medesima, i termini massimi risultassero già spirati alla data di adozione dell'ordinanza impugnata.

A comporre tale dicotomia interpretativa venivano dunque chiamate le Sezioni Unite della Corte di cassazione che, da ultimo, risolvevano il contrasto pronunciandosi con ben due sentenze, emesse e depositate nello stesso giorno, di analogo contenuto (Cass. Sez. un., 20 novembre 2012, n. 45246, *Cass. pen.*, 2013, 1412, con nota di *Cappuccio*; nonché *Id.*, sent. 20 novembre 2012, n. 45247, inedita).

La prima di dette sentenze costituisce la pronuncia di annullamento con rinvio che vincolava il giudice autore dell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale da cui origina la sentenza in commento.

Mette conto a tale proposito rilevare come la Corte costituzionale abbia considerato irrilevante la preliminare verifica circa il consolidarsi dell'interpretazione sottoposta a scrutinio e dunque la sua assunzione a cosiddetto "diritto vivente", dal momento che, come anticipato, tale pronuncia si pone come prima ed unica soluzione originale alla

CORTE COSTITUZIONALE

questione di diritto affrontata (cfr. punto 2, *considerata* in diritto).

Difatti, pur in difetto di tale condizione, cioè del consolidamento della posizione giurisprudenziale quale “diritto vivente” – invero, sempre richiesta e verificata dal collegio costituzionale – occorre tener presente che, nel caso di specie (in osservanza di un altro indirizzo della Corte) il giudice del rinvio è stato ritenuto legittimato a sollevare dubbi di legittimità costituzionale riguardanti l’interpretazione della norma, poiché tali dubbi risultavano ed erano stati introdotti dal principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione all’interno della pronuncia di annullamento con rinvio.

Rileva la Corte, come, in effetti, da un lato tale norma dovesse ancora ricevere applicazione nell’ambito del medesimo giudizio di rinvio, di talché il rapporto processuale non poteva ancora considerarsi “esaurito”; dall’altro, come la proposizione della detta questione di legittimità costituzionale rappresentasse l’unico rimedio a disposizione del giudice del rinvio per contestare la *regula iuris* che, altrimenti, sarebbe stato costretto ad applicare in virtù del disposto dell’art. 627, comma 3 c.p.p. (C. cost., sent. 26 maggio 2010, n. 197; Id., 20 febbraio 1995, n. 58, e 20 giugno 1994, n. 257).

La Corte costituzionale rileva, dunque, come il Supremo collegio della Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 45246 del 2012, ha adottato una soluzione “di compromesso” tra le pregresse impostazioni, ammettendo da un canto la retrodatazione dei termini della misura cautelare nell’ambito del procedimento di riesame, dall’altro fissando due condizioni: la necessità che in seguito al computo della richiesta retrodatazione, i termini siano già scaduti al momento dell’emissione del secondo provvedimento cautelare; la rilevanza di tutti gli elementi utili alla retrodatazione esclusivamente dal testo dell’ordinanza impugnata.

Si dica subito che, poiché il giudice *a quo* richiedeva l’intervento della Corte di legittimità delle leggi solo con riferimento alla seconda condizione (nel caso di specie, infatti, la prima delle due condizioni risultava essersi verificata essendo il termine di fase già completamente decorso, per effetto della retrodatazione alla data del provvedimento coercitivo impugnato) la pronuncia d’illegittimità non poteva riguardare questo profilo. Ciononostante è importante notare come la Corte, al punto 5 delle motivazioni in diritto, ritenga la prima condizione “in linea con il carattere impugnatorio del mezzo”, dando l’impressione di avallare la tesi che circoscrive la cognizione del giudice proprio alle ipotesi in cui la retrodatazione implichi un “vizio”

originario del titolo coercitivo, stante il quale la misura disposta non avrebbe dovuto esser applicata sin dall’inizio.

Quanto al profilo interpretativo espressamente dichiarato costituzionalmente illegittimo, occorre precisare come la Corte abbia rilevato che il vincolo introdotto in via interpretativa dalle Sezioni Unite – relativo, come si diceva, alla necessità che i presupposti delle contestazioni a catena e delle relative retrodatazioni emergano “in modo incontrovertibile e completo” dall’ordinanza impugnata – pur non comportando la negazione di ogni meccanismo di salvaguardia, stante la fruibilità del differente strumento dell’istanza di revoca della misura (con successiva possibilità di appello), tuttavia conduce ad un sensibile detrimento delle garanzie del soggetto sottoposto a limitazione della libertà, vista la non commensurabilità tra i due mezzi di tutela, ampiamente discussa nel punto 6 dei *considerata* in diritto.

Il fulcro motivazionale della pronuncia si focalizza sulla violazione dell’art. 3 Cost., per poi fornire adeguate ed ampie soluzioni ai presunti motivi ostativi, che le Sezioni Unite adducono nella citata sentenza n. 45246 del 2012 alla possibilità di desumere le cause utili alla retrodatazione anche all’esterno dell’ordinanza cautelare impugnata.

Quanto alla mancanza di poteri utili a ricavare gli elementi necessari alla retrodatazione “al di fuori” dell’ordinanza impugnata, difatti, la Corte costituzionale ritiene (al punto 6 dei *considerata* in diritto), al contrario, come in primo luogo non vi sia alcuna limitazione ai poteri istruttori al tribunale del riesame, e, in secondo luogo come la piattaforma conoscitiva a disposizione del tribunale medesimo, non sia affatto carente, essendo essa costituita da tutti gli altri atti trasmessi dall’autorità procedente o prodotti dalle parti ai sensi dell’art. 309, commi 5 e 9, c.p.p. “Basti pensare” afferma la Corte, al caso emblematico in cui la sussistenza di una *contestazione a catena* si desuma in termini inequivocabili, anziché dall’ordinanza impugnata, dalla prima ordinanza cautelare (la quale potrebbe risultare, ad esempio, palesemente emessa per lo stesso fatto contestato con la seconda)”. Né è sufficiente invocare le difficoltà date dalla tempistica incalzante della procedura di riesame che, come noto, non impedisce affatto che siano affidate alla cognizione di quel giudice altre questioni anch’esse di serietà e complessità rilevanti; né tanto meno vale invocare il contraddittorio “monco” all’interno della stessa procedura di riesame, dal momento che, seppure non necessaria, la pubblica accusa rimane in grado di valutare l’opportunità di partecipare all’udienza, come pure di

approntare memorie al fine di opporsi ed argomentare nel senso dell'infondatezza delle presunte contestazioni a catena.

Del resto, anche nel caso in cui il tribunale del riesame non ritenesse di avere a disposizione tutti gli elementi, avrebbe pur sempre la possibilità di rigettare puramente e semplicemente la richiesta medesima, senza che l'eventuale formazione del "giudicato cautelare" su quella piattaforma conoscitiva pregiudichi l'interessato che, comunque, conserverebbe l'opportunità di richiedere la revoca della misura mediante la produzione degli ulteriori elementi a corredo.

SOSPENSIONE DELLA MISURA DI PREVENZIONE PER ESPIAZIONE DI PENA DETENTIVA ED ACCERTAMENTO DELLA PERSISTENZA DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE DEL SOTTOPOSTO AL MOMENTO DELL'ESECUZIONE DELLA MISURA

(C. cost., sent. 2 dicembre 2013, n. 291)

Come la precedente, anche questa pronuncia reca un contenuto di forte responsabilizzazione dell'autorità giudiziaria, questa volta nel contesto del procedimento per l'irrogazione delle misure di prevenzione.

Le conseguenze della pronuncia sono assai rilevanti sul piano applicativo: è stato difatti caducato l'art. 12 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 («*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*») così come trasfuso nell'art. 15 d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 («*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*»), nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura.

Innanzitutto occorre dire che la Corte ha ritenuto non incidente sull'ammissibilità della questione sollevata, l'avvenuta abrogazione dell'intera legge n. 1423 del 1956 ad opera dell'art. 120, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011 (il cui art. 15 riproduce, peraltro senza significative variazioni, il testo della norma censurata), considerato che le norme preventive continuavano a trovare applicazione nel procedimento *a quo* in forza della disciplina transitoria dettata dall'art. 117, comma 1, del citato decreto le-

gislativo, giacché la proposta di applicazione della misura era stata formulata, nella specie, in data anteriore a quella di entrata in vigore del medesimo decreto.

Già le Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. un., 25 marzo 1993-14 luglio 1993, n. 6) avevano in particolare rilevato che, alla luce del quadro sistematico delineato dalla normativa di base in tema di misure di prevenzione, recata dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, si rende necessario distinguere la fase di deliberazione, nella quale la misura viene disposta (regolata negli articoli da 1 a 6), da quella di esecuzione, nella quale la misura produce concretamente effetto (di ciò si occupano i successivi articoli da 7 a 12). L'applicazione delle misure di prevenzione personali non può essere considerata incompatibile con lo stato di detenzione per titolo definitivo del soggetto interessato, giacché la sola condizione richiesta a tal fine è la pericolosità sociale, da accertare con riferimento al momento in cui viene emessa la decisione che la afferma: pericolosità che non è necessariamente elisa dall'espiazione della pena in corso, anche perché la detenzione, di per sé stessa, non elimina totalmente i contatti con il mondo esterno.

L'incompatibilità tra misura di prevenzione personale e stato di detenzione si manifesta, dunque, esclusivamente in rapporto alla fase esecutiva, che andrà, dunque, necessariamente differita al momento in cui detto stato sia venuto a cessare. Ciò trova conferma nel disposto dell'art. 12 l. 27 dicembre 1956, n. 1423 ossia nella norma scrutinata dalla Corte, – ove si stabilisce, tra l'altro, che il tempo trascorso in custodia cautelare seguita da condanna o in espiazione di pena detentiva non è computabile nella durata dell'obbligo di soggiorno.

L'impossibilità di dar pronta esecuzione alla misura, dunque, non esclude affatto l'interesse ad adottarla, e tale adozione, inoltre, dovrà avvenire «senza il rischio di pericolose dilazioni», e cioè nel momento stesso in cui il detenuto riacquista la libertà: tanto più ove si consideri che tale evento può intervenire prima ancora della completa espiazione della pena, in forza di istituti quali la liberazione anticipata o il rinvio dell'esecuzione della pena stessa.

Ciononostante, nelle ipotesi in cui, in seguito al trattamento o alla sottrazione della persona all'ambiente in cui manifestava la sua inclinazione a delinquere, la pericolosità sociale venisse effettivamente meno in un momento successivo all'irrogazione della misura, resterebbe peraltro salva la possibilità di attivare la procedura prevista dall'art. 7, comma 2, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, ove si stabilisce

CORTE COSTITUZIONALE

che, su istanza dell'interessato e sentita l'autorità di pubblica sicurezza proponente, il provvedimento di prevenzione può essere revocato quando sia cessata la causa che lo ha determinato (più di recente, cfr., pure, Cass., Sez. un., 25 ottobre 2007-6 marzo 2008, n. 10281).

La Corte ricorda come il problema della legittimità costituzionale di norme basate su presunzioni di persistenza nel tempo della pericolosità sociale di un determinato soggetto, accertata giudizialmente con riferimento ad un momento anteriore, si fosse già posto in rapporto alla materia parallela delle misure di sicurezza, che a parere della Corte stessa condividono, con le misure di prevenzione, la comune *ratio* della esigenza di prevenire la commissione di reati da parte di soggetti socialmente pericolosi e favorirne il recupero all'ordinato vivere civile (cfr. C. cost., sent., 20 marzo 1975, n. 69; C. cost., ord. 7 aprile 2004, n. 124), al punto da poter essere considerate come «due *species* di un unico *genus*» (C. cost., sent. 24 novembre 1994, n. 419 e C. cost., sent., 16 dicembre 1980, n. 177).

Partendo da questo presupposto, dunque, la Corte fa osservare come, nell'impostazione originaria del codice penale, l'applicazione delle misure di sicurezza, che in linea di principio presupponeva l'accertamento giudiziale della pericolosità sociale (art. 204, comma 1, c.p.) si fondasse, in una corposa serie di casi, su presunzioni legali di pericolosità collegate alla sussistenza di determinati presupposti, in presenza dei quali il predetto accertamento giudiziale veniva omesso (art. 204, comma 2, c.p.), e come, successivamente, investita a più riprese di questioni intese a contestare la conformità a Costituzione di tale regime, la Corte avesse modificato e corretto tale assetto, attraverso numerose pronunce (tutte riportate nel n. 5 dei *considerata* in diritto della pronuncia in commento).

Riguardo alle misure di sicurezza, invero, il problema della verifica della persistenza della pericolosità sociale è stato successivamente risolto in via definitiva dal legislatore tramite l'art. 679 del nuovo codice di procedura penale, individuato, dunque, quale *tertium comparationis* per la valutazione di conformità a Costituzione delle norme sottoposte a vaglio.

In tale disposizione, difatti, si stabilisce che «quando una misura di sicurezza diversa dalla confisca è stata, fuori dei casi previsti nell'articolo 312, ordinata con sentenza, o deve essere ordinata successivamente, il magistrato di sorveglianza, su richiesta del pubblico ministero o di ufficio, accerta se l'interessato è persona socialmente pericolosa e adotta i provvedimenti conseguenti».

In tal modo – salvi i casi in cui la misura di sicurezza sia applicata direttamente dal magistrato di sorveglianza – la valutazione di pericolosità sociale dovrà essere effettuata due volte: prima dal giudice della cognizione, al fine di verificarne la sussistenza al momento della pronuncia della sentenza; poi dal magistrato di sorveglianza, quando la misura già disposta deve avere concretamente inizio, in modo tale da garantire l'attualità della pericolosità del soggetto colpito dalle restrizioni della libertà personale connesse alla misura stessa.

Alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità *supra* richiamato, invece, osserva la Corte, il regime operante in rapporto alle misure di prevenzione personali è diverso e meno favorevole, poiché, nell'ipotesi in cui, per essere l'interessato detenuto in espiazione di pena, si determini uno iato temporale tra il momento di deliberazione e quello di esecuzione della misura – iato normalmente inesistente negli altri casi, anche a fronte del carattere non sospensivo dei gravami contro il provvedimento di applicazione stante l'art. 4, commi 10 e 11, l. 27 dicembre 1956, n. 1423 –, l'accertamento della pericolosità sociale ha luogo, obbligatoriamente, e dunque d'ufficio, esclusivamente nel primo momento.

Ciò vale a dire che, la verifica della pericolosità sociale, operata nell'ambito del procedimento di applicazione della misura, viene considerata sufficiente a fondare le limitazioni della libertà personale anche qualora ne divenga possibile l'esecuzione in ragione dell'avvenuta cessazione dello stato detentivo a distanza anche di un lunghissimo lasso di tempo.

Ora, pur non rappresentando affatto tale circostanza una presunzione assoluta di persistenza della pericolosità – stante la facoltà che l'indirizzo giurisprudenziale in questione riconosce alla persona cui la misura di prevenzione sia stata applicata, di contestare detta persistenza proponendo istanza di revoca della misura – essa comporta, tuttavia, una conseguenza non indifferente, consistente nello spostamento in capo all'interessato dell'onere di attivazione di un procedimento inteso a verificare, in negativo, l'attuale inesistenza della pericolosità, quale condizione per sfuggire al delineato "automatismo". Proprio il trasferimento di tale onere di attivazione integra, a parere della Corte, anche per il consistente aggravio, non da ultimo in termini economici, il denunciato *vulnus* dell'art. 3 Cost.

Ciò premesso, poi, quanto alla corretta individuazione dell'organo da considerarsi preposto al detto controllo di permanenza della pericolosità sociale, la Corte, osservando come in materia di misu-

re di prevenzione personali non sia prevista una fase giudiziaria di esecuzione, essendo questa demandata in via esclusiva all'autorità di pubblica sicurezza, afferma l'esigenza di fare riferimento all'"organo che ha emanato il provvedimento di applicazione della misura, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 7, comma 2, l. 27 dicembre 1956, n. 1423 in rapporto alla revoca o alla modifica del provvedimento stesso: il che non cambia, peraltro, ad avviso della Corte, la sostanza della questione, dovendo detta formula essere interpretata, – alla luce dei correnti orientamenti giurisprudenziali – "in senso sintonico al disposto dell'art. 665, commi 1 e 2, c.p.p., in tema di individuazione del giudice competente a decide-

re gli incidenti di esecuzione". Non va trascurata, tuttavia, l'importante chiosa della Corte che, a fronte della forte responsabilizzazione dell'autorità giudiziaria (rappresentante il portato della pronuncia d'illegittimità della norma scrutinata), non manca di precisare come l'individuazione dei casi in cui la reiterazione della verifica della pericolosità sociale potrà essere ragionevolmente omessa a fronte della brevità del periodo di differimento dell'esecuzione della misura di prevenzione, debba ritenersi rimessa all'applicazione giudiziale (come ad esempio potrà ragionevolmente avvenire nel caso limite in cui la persona alla quale la misura è stata applicata si trovi a dover scontare solo pochi giorni di pena detentiva).

SEZIONI UNITE

di Teresa Alesci

LA COMPETENZA FUNZIONALE AD EMETTERE IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO
(Cass., sez. un., 21 gennaio 2014, n. 2850)

Le Sezioni Unite vengono adite per risolvere il contrasto circa la determinazione del giudice funzionalmente competente per la emissione del m.a.e. diretto ad ottenere dall'autorità straniera l'assenso alla consegna suppletiva. La questione era già stata sottoposta all'attenzione della Suprema Corte (Cass., Sez. VI, 21 giugno 2012, n. 12321), ma non fu esaminata «per una ragione preliminare ed assorbente», essendo il ricorso inammissibile per manifesta infondatezza dei motivi (Cass., Sez. un., 27 luglio 2012, n. 30769; si veda Bene, *Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 1286).

In relazione all'interpretazione dell'art. 28 comma 1 lett. a) della L. 22 aprile 2005, n. 69 si contrapponevano due diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento, la competenza funzionale spetta al giudice che procede sulla base di una interpretazione logico – sistematica degli art. 28, 31 e 39 della L. n. 69 del 2005 (Cass., Sez. I, 29 aprile 2008, n. 26635). Le argomentazioni a sostegno di tale opzione ermeneutica si radicano sulla natura delle informazioni che, ai sensi dell'art. 30, devono corredare il m.a.e. e che presuppongono la disponibilità degli atti processuali. Epperò, la *ratio* di tale orientamento è da rinvenirsi anche nel considerevole lasso di tempo che può intercorrere tra l'applicazione della misura custodiale e l'emissione del m.a.e.. Tale circostanza depone per una competenza funzionalmente radicata in capo all'autorità giudiziaria procedente, così da tener conto dell'evoluzione dell'*iter* processuale e della eventuale mutazione dell'impianto probatorio.

Una diversa tesi giurisprudenziale, più recente, ha attribuito la competenza ad emettere il m.a.e. al giudice che ha disposto la misura cautelare, anche

nell'ipotesi, frequente, in cui non sia più il giudice che procede (Cass., Sez. I, 26 marzo 2009, n. 15200; Cass., Sez. I, 17 giugno 2011, n. 29207). La scelta muove da una interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 28, che, non richiamando l'art. 279 c.p.p., escluderebbe qualsiasi riferimento ad esso. A fondamento di tale argomentazione, la Suprema Corte sostiene che l'emissione del m.a.e. si esaurisce in un'attività di riscontro certificativo, o meramente compilativo, preordinata all'esecuzione dell'ordinanza cautelare al di fuori dei confini statuali e priva di qualsiasi margine di discrezionalità. Tali orientamenti negano la fondatezza delle esigenze di carattere pratico, quali la materiale disponibilità degli atti necessari per la compilazione del provvedimento e le finalità di economia processuale, che indurrebbero a ritenere funzionalmente competente il giudice che procede. Da ultimo si segnala una pronuncia che ha riconosciuto la competenza del Tribunale che, in sede di appello *ex art. 310 c.p.p.* proposto dal p.m., aveva applicato la misura della custodia cautelare in carcere (Cass., Sez. I, 24 giugno 2013, n. 32891).

Risolvendo il contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite affermano che «la competenza funzionale ad emettere il mandato d'arresto europeo per l'esecuzione di una misura cautelare custodiale, anche in funzione del conseguimento dell'assenso alla consegna suppletiva, spetta al giudice investito della competenza sulla gestione della misura nel procedimento in cui la stessa è stata disposta».

In via preliminare, la Suprema Corte chiarisce che l'art. 28 della L. 22 aprile 2005 n. 69 individua un criterio di riparto della competenza attiva per la richiesta di emissione del m.a.e., che spetta al "giudice che ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere" ovvero al p.m. presso il giudice dell'esecuzione.

Nello specifico, la necessità di risolvere il contrasto giurisprudenziale trae origine da un conflitto negativo di competenza, determinato dalla circo-

stanza che il g.i.p. che aveva disposto l'applicazione della custodia cautelare in carcere *ab origine* ed il g.i.p. che era stato investito del caso a seguito della trasmissione degli atti per competenza alla Procura in sede, si erano dichiarati incompetenti a emettere il mandato d'arresto europeo ai fini di consegna suppletiva dell'interessato.

Il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite muove da una lettura sistematica del complesso normativo costituito dagli artt. 28-31-39 della L. 69 del 2005, in combinato disposto con l'art. 279 c.p.p. In *primis*, la Corte evidenzia la stretta interdipendenza tra il m.a.e. ed il provvedimento restrittivo dello *status detentionis*, alla luce del disposto normativo di cui all'art. 31, garante della non autonomia del m.a.e. rispetto al provvedimento interno. Secondo i Supremi Giudici, la decisione di emettere il mandato d'arresto europeo "*lungi dall'esaurirsi in un'attività di riscontro certificativo, o di tipo meramente compilativo*" costituisce la conseguenza di una prerogativa rimessa al giudice e, nella fase esecutiva al p.m., cui spetta di valutare la sussistenza dei presupposti di legge per l'emissione del m.a.e. (ai sensi degli artt. 28 e 29 della L. 69 del 2005) e *l'an debeatur* in merito alla richiesta di arresto e consegna da rivolgere ad altri Stati membri dell'Unione Europea. Secondo la decisione annotata, la verifica di tale ultimo presupposto poggia su un apprezzamento largamente discrezionale e come tale connesso ad un'attenta valutazione degli elementi fattuali e probatori a disposizione dell'autorità giudiziaria che procede nella fattispecie concreta.

Sebbene la Suprema Corte riconosca la lacunosità della disposizione normativa che non richiama la formula usata dall'art. 279 c.p.p. ("giudice che pro-

cede"), tuttavia rileva che il riferimento non al giudice che ha emesso l'ordinanza cautelare ma al giudice che "ha applicato la misura cautelare" richiama il fenomeno della "applicazione" della misura che, *ex art. 279 c.p.p.*, è rimesso alla competenza del giudice precedente.

Particolare rilievo ha il corollario che ne discende, relativo alla specificità del caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, che riguarda la richiesta di assenso all'estensione della consegna per la sottoposizione di un soggetto, già in custodia presso lo Stato richiedente in forza di una consegna avvenuta in esecuzione di un m.a.e. precedente. Per tale ipotesi, l'art. 32 della legge di recepimento della decisione quadro non prevede alcun criterio di determinazione della competenza. Tale mancanza di disciplina viene colmata grazie all'indicazione contenuta nell'art. 39 della legge *de quo*, con l'applicazione dell'art. 279 c.p.p.

Dunque, secondo i Supremi Giudici, qualora si avvalorasse la tesi dell'interpretazione letterale, si determinerebbe una diversa illogica ed immotivata determinazione della competenza, a seconda che si tratti di m.a.e. attivo base o richiesta di assenso per la consegna suppletiva.

L'interpretazione sistematica supera qualsiasi perplessità e pone al riparo da rischi ed incertezze applicative. Al contrario, riconoscere una competenza ultrattiva al giudice che ha disposto la misura cautelare finirebbe per obliterare il principio del controllo continuo sulla necessità od opportunità della permanenza delle specifiche cautele personali e impedirebbe di verificare la persistenza dell'adeguatezza della misura in corso di esecuzione.

Omessa motivazione sulla responsabilità civile dell'imputato prosciolto in appello per prescrizione e giudice competente per il nuovo esame

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 settembre 2013, n. 40109 – Pres. Santacroce; Rel. Conti

In ogni caso in cui il giudice di appello abbia dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia), senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, a seguito di ricorso per cassazione proposto dall'imputato, ritenuto fondato dalla Corte di cassazione, deve essere disposto l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, a norma dell'art. 622 c.p.p.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza in data 28 dicembre 2010, il Tribunale di Palermo, Sez. dist. di Bagheria, dichiarava C..S. colpevole dei reati di cui agli artt. 635 cod. pen. in danno del fratello S.N. (capo A), 582 cod. pen. in danno del medesimo N..S. (capo B), 582 cod. pen. in danno di G.G. (capo C), accertati come commessi in (omissis), condannandolo, in applicazione dell'art. 81, comma secondo, cod. pen., alla pena di Euro 3.500 di multa, dichiarata interamente condonata, nonché al risarcimento dei danni in favore delle parti civili N..S. e G.G., da liquidare in separata sede.

2. A seguito di impugnazione dell'imputato, la Corte di appello di Palermo, con sentenza in data 4 aprile 2012, dichiarava non doversi procedere nei confronti dell'imputato in ordine ai predetti reati perché estinti per prescrizione, con condanna del medesimo alla rifusione delle spese sostenute nel grado dalle parti civili, senza esplicita statuizione di conferma della condanna al risarcimento dei danni.

Osservava la Corte di appello che, anche tenendo conto di complessivi undici mesi di sospensione del corso della prescrizione per evenienze verificatesi nel corso del giudizio di primo grado, doveva ritenersi maturata tale causa di estinzione dei reati, e che, tenuto conto delle prove acquisite, non era configurabile alcun elemento per ritenere che i fatti contestati non sussistessero o che l'imputato non li avesse commessi.

3. Ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, a mezzo del difensore avv. Roberto Ferrara, che, con un uni-

co motivo, deduce la violazione degli artt. 578 e 125, comma 3, cod. proc. pen., impugnando la sentenza della Corte di appello "nei capi e nei punti in cui è stata affermata, sia pure a fini risarcitori, la responsabilità dell'imputato per i fatti di reato contestati".

Osserva che la Corte di appello aveva applicato la regola di cui all'art. 129 cod. proc. pen. circa la immediata declaratoria di una causa di estinzione del reato, senza prendere in esame le specifiche deduzioni versate nell'atto di appello con le quali si offrivano plurime indicazioni con riguardo alla inattendibilità delle fonti testimoniali, rappresentate, da un lato, dalle parti civili che erano state coinvolte quali indagati in fatti commessi in danno dell'imputato, dall'altro, da parenti strettamente legati ad esse; il tutto non considerando che, come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite, l'art. 578 cod. proc. pen. impone un positivo e pieno accertamento della responsabilità dell'imputato, mentre la Corte di appello si era limitata a confermare le statuizioni civili meramente affermando che non era delineabile una evidente estraneità dell'appellante ai fatti di reato contestatigli né una insussistenza dei medesimi, senza ulteriori approfondimenti.

4. La Quinta Sezione penale, assegnataria del ricorso, con ordinanza in data 30 aprile 2013, l'ha rimesso alle Sezioni Unite a norma dell'art. 618 cod. proc. pen..

L'ordinanza pone in luce, con riferimento all'individuazione del giudice cui rimettere gli atti in caso di annullamento con rinvio di una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato, in accoglimento del ricorso dell'im-

putato che abbia dedotto la mancata motivazione in punto di conferma delle statuizioni civili, l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento, infatti, quando il giudice di appello abbia rilevato la sopravvenuta prescrizione del reato senza motivare in ordine alla ritenuta responsabilità dell'imputato in relazione alle confermate statuizioni civili, la Corte di cassazione dovrebbe annullare la sentenza con rinvio allo stesso giudice penale che ha emesso il provvedimento impugnato e non a quello civile competente per valore in grado di appello, come stabilito dall'art. 622 cod. proc. pen., presupponendo infatti tale disposizione o il già definitivo accertamento della responsabilità penale o l'accoglimento dell'impugnazione proposta dalla sola parte civile avverso sentenza di proscioglimento.

Altro orientamento, sostiene per contro che, in presenza di una declaratoria di estinzione del reato, all'annullamento della decisione sulle statuizioni civili da parte della Corte di cassazione, per ritenuti vizi di motivazione, dovrebbe seguire in ogni caso il rinvio al giudice civile. Tale ultimo indirizzo, osserva la sezione rimettente, riguarda tanto l'ipotesi in cui il termine di prescrizione sia maturato in epoca antecedente alla sentenza d'appello, quanto quella in cui la causa estintiva si sia perfezionata in data successiva alla medesima pronuncia. In entrambi i casi il giudice di legittimità, in presenza di un vizio di motivazione sulla responsabilità civile, sarebbe tenuto a rinviare per la pronuncia su tale capo al giudice civile, la cui cognizione comprenderebbe sia Vari che il quantum della domanda della parte civile.

5. Con decreto del 24 maggio 2013, il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali, fissandone la trattazione per la odierna udienza pubblica.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, può così essere enunciata: "se, nel caso in cui il giudice di appello abbia dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato, senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, a seguito di ricorso per cassazione proposto dall'imputato, ritenuto fondato, debba essere disposto l'annullamento della sentenza con rinvio allo stesso giudice penale che ha emesso il provvedimento impugnato ovvero al giudice civile competente per valore in grado di appello, a norma dell'art. 622 cod. proc. pen."

2. Il tema proposto involge scelte di sistema attinenti ai rapporti tra azione civile ed azione penale nell'attuale assetto codicistico, ispirato al *favor separationis*; al contempo, comporta ricadute immediate sull'ampiezza della tutela riconosciuta alla parte civile, attese le diverse forme del giudizio di rinvio, a seconda che esso sia disposto verso il giudice civile ovvero verso il giudice penale, con le conseguenze diverse regole procedurali e probatorie.

Sulla questione si registra un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, pronunciatisi, nella ipotesi in esame, ora a favore dell'annullamento con rinvio al giudice penale ora per l'applicabilità dell'art. 622 cod. proc. pen., impli-

cante un rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello.

3. Va peraltro dato subito conto di una decisione isolata (Sez. 5, n. 26061 del 09/06/2005, Palau Giovannetti, Rv. 231914), che, su ricorso dell'imputato, ha annullato senza rinvio le statuizioni civili della sentenza d'appello, la quale, in riforma della sentenza impugnata, aveva dichiarato non doversi procedere per prescrizione del reato e, al contempo, aveva confermato la condanna risarcitoria in favore della parte civile. La Corte di cassazione nella specie ha escluso l'operatività dell'art. 622 cod. proc. pen., perché la sentenza di proscioglimento pronunciata in grado di appello era stata impugnata non dalla parte civile, ma dall'imputato, il cui ricorso era stato accolto proprio per non aver il giudice di secondo grado esaminato i motivi d'appello, affermando che "mancando [...] certezza in termini di responsabilità (atteso che non si è consolidata decisione alcuna sull'an), non può farsi rinvio al giudice civile perché si pronunzi sul quantum".

4. Prescindendo per il momento da tale isolato precedente, e mantenendo l'esame della giurisprudenza nell'ambito della specifica questione oggetto del presente esame – relativa al caso di un ricorso da parte dell'imputato avverso una sentenza di appello che abbia immotivatamente confermato la sua responsabilità civile contestualmente dichiarando la estinzione del reato per prescrizione (o amnistia), ex art. 578 cod. proc. pen. – un primo orientamento segue la linea per la quale, in caso di accoglimento del ricorso, l'annullamento dovrebbe essere disposto con rinvio al giudice (penale) che ha emesso la sentenza impugnata).

Fra le decisioni più recenti, vale segnalare Sez. 1, n. 14522 del 24/03/2009, Petrilli, Rv. 243343, la quale, lasciando ferma la statuizione della sentenza della corte di appello di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione del reato, ha, invece, annullato quella di conferma della condanna al risarcimento dei danni subiti dalla parte civile, per carenza di puntuale motivazione, che avrebbe dovuto essere resa a fronte delle numerose e specifiche doglianze sollevate dall'imputato. Con tale pronuncia, la Corte di cassazione ha rinviato ad altra sezione della medesima corte territoriale, avendo riguardo al fatto che, ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen., sarebbe spettato alla stessa corte di appello, in sede penale, all'atto stesso in cui pronunciava declaratoria di estinzione del reato, fornire al riguardo un'adeguata la motivazione, di cui si è riscontrata la mancanza in sede di scrutinio di legittimità.

Sez. 5, n. 42135 del 15/07/2011, Roccheggiani, Rv. 251707, nell'accogliere parzialmente il ricorso proposto dagli imputati avverso la sentenza d'appello che aveva dichiarato la prescrizione dei reati loro ascritti e al contempo confermato immotivatamente le statuizioni civili assunte dal giudice di primo grado, ha annullato la decisione impugnata limitatamente al capo relativo alla condanna risarcitoria in favore della parte civile, rinviando al giudice di appello in sede penale; escludendo l'applicabilità dell'art. 622 cod. proc. pen., che postulerebbe il già definitivo accertamento della responsabilità penale oppure l'accoglimento

OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'IMPUTATO

dell'impugnazione proposta dalla sola parte civile avverso sentenza di proscioglimento.

Afferma la necessità del rinvio al giudice penale anche Sez. 3, n. 26863 del 06/06/2012, Lovaglio, Rv. 254054. Nella specie la corte di appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, aveva dichiarato non doversi procedere nei confronti dell'imputato per estinzione del reato ed aveva confermato le statuizioni civili. L'imputato ricorrente in cassazione si doleva della mancata assoluzione nel merito, deducendo la violazione degli artt. 129 e 530 cod. proc. pen., e contestava, con un secondo ordine di motivi, la declaratoria di estinzione con riferimento ad uno degli episodi contestati in imputazione. La Corte ha ritenuto fondata tale censura ed ha annullato la gravata sentenza ai fini civilistici, con rinvio al giudice penale.

All'indirizzo in esame è riconducibile anche Sez. 5, n. 5764 del 07/12/2012, dep. 2013, Sarti, Rv. 254955, che, su ricorso dell'imputato, nell'annullare la sentenza della corte di appello limitatamente alle statuizioni civili, ha rinviato al giudice penale per nuovo giudizio sulle stesse, osservando che il "rinvio al giudice civile, ex art. 622 cod. proc. pen., postula il definitivo accertamento della responsabilità penale"; ipotesi non sussistente nel caso di specie, in ragione dell'intervenuta declaratoria di estinzione per prescrizione pronunciata dalla corte territoriale.

5. Espressione del secondo e numericamente maggioritario orientamento è Sez. 4, n. 14863 del 03/02/2004, Micucci, Rv. 228597, con cui, accogliendosi il ricorso proposto dall'imputato avverso la sentenza con la quale la corte di appello aveva dichiarato l'estinzione per prescrizione del reato nonché confermato le statuizioni civili assunte dal giudice di primo grado, è stata annullata la decisione impugnata limitatamente alle disposizioni civili ed è stato disposto il rinvio ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen. innanzi al giudice civile, "operando appieno il principio di economia, che vieta il permanere [della *res iudicanda*] in sede penale in mancanza di un interesse penalistico della vicenda".

Ha disposto il rinvio al giudice civile, in applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen., anche Sez. 6, n. 21102 del 09/03/2004, Zaccheo, Rv. 229023, che, in parziale accoglimento del ricorso dell'imputato avverso la sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione pronunciata dalla corte di appello, ha annullato soltanto le statuizioni civili della decisione impugnata, senza, tuttavia, specificare le ragioni dell'individuazione del giudice del rinvio, limitandosi a richiamare la citata previsione codicistica.

Alle medesime conclusioni giungono, tra le altre, Sez. 5, n. 38228 del 24/06/2008, Maurizi, Rv. 241314 e Sez. 2, n. 17100 del 22/03/2001, Curtopelle, Rv. 250020, le quali, in analoghi casi, hanno rinviato al giudice civile competente in grado di appello ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen..

Occorre poi segnalare che su questa stessa linea si colloca la sentenza della Sezioni Unite n. 155 del 29 settembre 2011, dep. 2012, che, in una fattispecie del tutto simile alla presente, pur non enunciando uno specifico principio di diritto al riguardo, ha per l'appunto statuito l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice civile, a

norma dell'art. 622 cod. proc. pen. (v. in particolare il punto 21 del Considerato in diritto).

6. Ai fini della risoluzione della questione implicata dal presente ricorso, è il caso di considerare quanto espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, in tema di prevalenza del proscioglimento nel merito rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità, atteso, per un verso, che nel ricorso in esame è lamentata la mancata applicazione dei principi affermati in detta sentenza e, per altro verso, che proprio le affermazioni in essa formulate hanno verosimilmente contribuito, almeno nelle pronunce più recenti, all'insorgenza del contrasto giurisprudenziale in esame.

Come si è sopra rilevato, le decisioni che concludono in favore del rinvio al giudice civile individuano la ratio della scelta operata in tal senso dall'art. 622 cod. proc. pen. nel principio di economia, che vieta il permanere del giudizio in sede penale in mancanza di un interesse penalistico della vicenda.

Di conseguenza, la necessità dell'intervento del giudice civile ovvero del giudice penale postula la preliminare verifica dell'ambito di valutazione affidato in concreto al giudice del rinvio.

Le Sezioni Unite, con la sentenza suddetta, osservano che la finalità della previsione di cui all'art. 129 cod. proc. pen. è collocata nella prospettiva del principio di economia processuale (*exitus processus*) e della tutela dell'innocenza dell'imputato (*favor rei*) ed escludono che, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, in presenza di una causa estintiva, debba essere applicato il comma 2 dell'art. 530 cod. proc. pen.; con la conseguenza che in presenza di una causa di estinzione del reato, non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva.

Il successivo sviluppo dell'iter motivazionale della sentenza in esame si indirizza verso l'analisi dei rapporti tra la disciplina recata dall'art. 578 del codice di rito e quella ex art. 129 dello stesso codice, osservandosi che non vi è ragione per la quale, in sede di appello, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 578 cod. proc. pen., non debba prevalere – non solo nel caso di acclarata piena prova di innocenza, ma anche in presenza di prove ambivalenti – la formula assolutoria nel merito rispetto alla causa di estinzione del reato, posto che nessun ostacolo procedurale, né le esigenze di economia processuale possono impedire la piena attuazione del principio del *favor rei* con l'applicazione della regola probatoria di cui al comma 2 dell'art. 530 del codice di rito. In presenza di amnistia o prescrizione, dunque, la valutazione approfondita a fini civilistici, che porti all'esclusione della responsabilità penale – anche per l'insufficienza o contraddittorietà delle prove – esplica i suoi effetti sulla decisione penale, con la conseguenza che deve essere pronunciata, in tal caso, la formula assolutoria nel merito.

La sentenza Tettamanti non ha affrontato però la questione che qui interessa, relativa all'individuazione del giudice di rinvio in caso di vizi di motivazione sulla respon-

sabilità civile in presenza di una declaratoria di estinzione del reato.

7. Giova, ancora, evidenziare che strettamente connessa al tema in esame è la questione relativa al sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza impugnata in presenza di una causa di estinzione del reato, atteso che il venir meno della competenza promiscua (penale e civile) attribuita al giudice penale in conseguenza della costituzione di parte civile determina – secondo l'orientamento in favore del rinvio al giudice civile ex art. 622 cod. proc. pen. – la piena operatività del principio di economia, che vieta il permanere del giudizio in sede penale in mancanza di un interesse penalistico della vicenda.

A proposito di tale questione si registra una prima decisione delle Sezioni Unite relativa alla disciplina di cui all'art. 152 del previgente codice di rito: secondo Sez. U, n. 1653 del 21/10/1992, dep. 1993, Marino, Rv. 192471, in presenza di una causa di estinzione del reato non sono rilevabili in cassazione vizi di motivazione della sentenza in quanto l'inevitabile rinvio della causa all'esame del giudice di merito dopo la pronuncia di annullamento è incompatibile con l'obbligo della immediata declaratoria di proscioglimento per intervenuta estinzione del reato, stabilito dal primo comma del citato art. 152.

Sull'impostazione accolta dalle Sezioni Unite Marino si è consolidato un indirizzo interpretativo della giurisprudenza di legittimità di cui sono espressione Sez. U, n. 25412 del 03/02/1995, Proietti, non massimata sul punto; Sez. U, n. 43055 del 30/09/2010, Dalla Serra, non massimata sul punto; nonché, come si è già notato, Sez. U, n. 35490 del 2009, Tettamanti.

8. L'annullamento della sentenza impugnata da parte della Corte di cassazione con rinvio al giudice civile relativamente ai capi della sentenza che concernono l'azione civile ha precedenti risalenti nel tempo.

8.1. Assente nel codice del 1865 (che all'art. 675 prevedeva nel suddetto caso un rinvio al giudice penale), la previsione compare già nel codice Finocchiaro Aprile del 1913, che, all'art. 525, così recita: "Se la corte di cassazione annulla solamente le disposizioni o i capi della sentenza che concernono l'azione civile, proposta a norma dell'art. 7 [relativo appunto all'azione civile esercitata nel processo penale], rinvia la causa al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento abbia per oggetto una sentenza della corte di assise".

8.2. Nel codice Rocco del 1930, la previsione, che non ha formato oggetto di specifica considerazione nella relazione, è stata mantenuta nell'art. 541, che così recita: "(Annullamento delle sole disposizioni civili della sentenza). – La corte di cassazione, se annulla solamente le disposizioni o i capi della sentenza che riguardano l'azione civile proposta a norma dell'art. 23 [relativo all'esercizio dell'azione civile nel processo penale], rinvia la causa quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile".

Come si vede, rispetto al testo del codice Finocchiaro Aprile, la disposizione differisce solo per l'inciso "quando occorre" (che evidentemente allude ai casi in cui dall'ac-

coglimento del ricorso possa conseguire un annullamento senza rinvio) e per la precisazione, di mera natura formale, che l'annullamento al giudice civile di appello va disposto anche se si tratta di sentenza inappellabile, in luogo della precedente che si riferiva al caso di annullamento di sentenza della corte di assise, che nel sistema del codice del 1913 era inappellabile.

8.3. Nel codice vigente, l'art. 622 così recita: "(Annullamento della sentenza ai soli effetti civili). – 1. Fermi gli effetti penali della sentenza, la corte di cassazione, se annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile".

A parte irrilevanti elementi espressivi, la norma vigente differisce da quella corrispondente del codice di 1930 per l'inciso iniziale "Fermi gli effetti penali della sentenza" e per l'inserimento aggiuntivo della locuzione "ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro il proscioglimento dell'imputato".

Questa norma è del tutto corrispondente, anche formalmente, a quella che figurava nel Progetto preliminare del 1978 (sotto l'art. 586), e nella Relazione al Progetto preliminare del 1988 si osserva (ripetendo quanto già contenuto della relazione al precedente progetto del 1978) che l'art. 622 "detta disposizioni analoghe a quelle dell'attuale art. 541, aggiungendo il caso di accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato: quando la corte di cassazione annulla la sentenza per i soli effetti civili, l'eventuale giudizio di rinvio – fermi restando gli effetti penali – si svolgerà davanti al giudice civile competente in grado di appello, anche se l'annullamento riguarda una sentenza inappellabile".

8.4. Ai fini di una corretta interpretazione dell'art. 622, deve peraltro tenersi conto della previsione dell'art. 578, che non trovava corrispondenza né nel codice Rocco né nel Progetto preliminare del 1978 e che venne per la prima volta introdotta, nella vigenza del precedente codice, dall'art. 12 della legge 3 agosto 1978, n. 405.

In base a questa norma, qualora nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna al risarcimento dei danni a favore della parte civile, "il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili"; ed è proprio sul difetto di motivazione in ordine alla conferma delle statuizioni civili che verte il presente ricorso per cassazione.

È da notare che nel Progetto preliminare del 1988, sotto l'articolo corrispondente all'attuale art. 578, compariva un ulteriore comma, del seguente tenore: "2. La sentenza con la quale il giudice di appello o il giudice di rinvio, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o prescrizione, decide sull'azione civile, può essere impugnata mediante ricorso per cassazione. In ogni caso, la corte di cassazione, quando pronuncia l'annullamento con rinvio, provvede a norma dell'art. 622".

OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'IMPUTATO

Tale comma venne soppresso in sede di Progetto definitivo sulla base dei rilievi espressi dalla Corte di cassazione, secondo cui: "Nella formulazione della seconda parte del comma non si è considerato che la sentenza prevista nella prima parte dello stesso comma può essere impugnata anche sul punto concernente la dichiarazione di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione. In caso di annullamento su tale punto la Corte di cassazione non potrà evidentemente disporre il rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, come invece prescrive l'art. 622, richiamato nella norma. Poiché il problema trova la sua completa soluzione nelle disposizioni contenute negli artt. 622 e 623, la norma, oltre ad essere impropriamente formulata, appare del tutto superflua".

9. Venendo ora alla risoluzione della questione controversa, occorre partire dalla considerazione che, come si è visto, secondo la costante giurisprudenza, in presenza di una causa di estinzione del reato, anche se il giudice di merito non compie alcuna valutazione sulla esistenza di cause di proscioglimento nel merito, la sentenza non può essere annullata con rinvio (agli effetti penali), perché lo vieta l'art. 129, comma 1, cod. proc. pen. (Sez. U, n. 1653 del 21/10/1992, Marino; Sez. U, n. 1827 del 03/02/1995, Proietti; Sez. U n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti; Sez. U, n. 43055 del 30/09/2010, Dalla Serra).

Questa ipotesi comunque non ricorre nel caso in esame, perché la Corte di appello, dopo avere rilevato che i reati contestati erano prescritti, ha escluso, motivatamente, che potesse delinearsi "una evidente estraneità dell'appellante al fatto-reato contestatogli o una insussistenza del medesimo"; con ciò rispettando formalmente quanto previsto dall'art. 129, comma 2, cod. proc. pen..

D'altro canto l'imputato ricorrente non si duole della statuizione sui capi penali (declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione), limitandosi a censurare la sentenza di appello limitatamente all'omesso esame di motivi di impugnazione che avrebbero in tesi dovuto condurre alla esclusione della responsabilità civile.

La sentenza Sez. U, Tettamanti, seguita da costante giurisprudenza (tra le ultime, Sez. 3, n. 6261 del 12/01/2010, Campolongo, Rv. 246187; Sez. 6, n. 4855 del 07/01/2010, Damiani, Rv. 246138; Sez. 6, n. 3284 del 25/11/2009, dep. 2010, Mosca, Rv. 245876), afferma però che, pur in presenza di una causa di estinzione del reato, il giudice della impugnazione, nel decidere su questa agli effetti della responsabilità civile a norma dell'art. 578 cod. proc. pen., ne deve conseguentemente trarre le relative conclusioni con riguardo al capo relativo alla responsabilità penale. Tuttavia questa giurisprudenza non si estende ad affermare che sia inficiata la declaratoria di estinzione del reato per il fatto che il giudice di appello abbia ommesso di considerare approfonditamente il profilo relativo alla responsabilità civile.

Le stesse decisioni che sostengono la tesi dell'annullamento con rinvio davanti al giudice penale, affermano ciò con esclusivo riferimento al capo relativo all'affermazione della responsabilità civile, ferma restando la declaratoria di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione.

Potrebbe semmai trarsi da questi principi giurisprudenziali, ed anzi direttamente dall'art. 129, comma 2, cod. proc. pen., l'assunto per cui, in presenza di un positivo accertamento da parte del giudice di appello di un'assenza di responsabilità civile che riverberi necessariamente i suoi effetti sul capo relativo alla responsabilità penale, la Corte di cassazione, investita del ricorso dell'imputato che attenga anche al capo penale, dovrebbe annullare senza rinvio la declaratoria di estinzione del reato, assolvendo l'imputato con la formula implicata dall'accertamento operato dal giudice di appello.

10. Il mancato approfondito esame del capo relativo alla responsabilità civile, pur integrando un vizio di motivazione potenzialmente idoneo a incidere indirettamente sul capo della responsabilità penale, è però distinto da questo, e la fattispecie trova completa disciplina nell'art. 622 cod. proc. pen., che si riferisce senza eccezione ai casi di annullamento di capi (o disposizioni) riguardanti la responsabilità civile.

È il caso di precisare che per "capo" si intende quello relativo all'affermazione della responsabilità civile e per "disposizione" quella che si riferisce alle statuizioni accessorie, come quella della liquidazione del danno. Sono statuizioni accessorie anche quelle relative alla liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile, con riferimento alle quali Sez. U, n. 40228 del 14/07/2011, Tizzi, Rv. 250680 ha avuto modo di precisare che se "l'imputato non ha formulato censure in ordine alla omessa compensazione delle spese né alla sussistenza di giusti motivi per provvedere in tale senso (art. 541 cod. proc. pen.) [...], l'annullamento va disposto con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, a norma dell'art. 622 cod. proc. pen., dovendosi in tale sede discutere solo del quantum".

Nella specie proprio il capo relativo alla responsabilità civile è implicato, perché il giudice a quo, nel confermare la statuizione dell'affermazione di responsabilità civile (sia pure non facendone espressa menzione – come invece sarebbe stato doveroso – in dispositivo), si è erroneamente limitato ad applicare la regola di giudizio dell'art. 129 cod. proc. pen., non considerando che i motivi di appello avrebbero dovuto essere esaminati compiutamente ai fini civilistici.

Deve dunque concludersi che il presente ricorso non è idoneo a incidere sul capo penale della sentenza; quello appunto relativo alla declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione.

11. Non pare avere fondamento l'affermazione ricorrente nelle pronunce che sostengono la tesi secondo cui nella fattispecie qui considerata dovrebbe essere disposto l'annullamento con rinvio davanti al giudice penale per la ragione che l'art. 622 cod. proc. pen. presuppone un definitivo accertamento della responsabilità penale: invero tale disposizione si limita nel suo incipit a contenere l'inciso "Fermi gli effetti penali della sentenza", senza che ciò implichi un riferimento a un "accertamento" della responsabilità penale. E tra gli "effetti penali della sentenza" rientrano certamente quelli scaturenti da una declaratoria di estinzione del reato.

Sembra che la giurisprudenza che subordina l'operatività dell'art. 622 cod. proc. pen. al definitivo accertamento della responsabilità penale sia influenzata dal retro-pensiero per cui se, nel caso qui considerato, il giudice di appello avesse correttamente osservato la disposizione dell'art. 578 cod. proc. pen., attraverso il pieno accertamento nel merito dei fatti, sia pure ai fini della responsabilità civile, si sarebbe potuto in ipotesi pervenire ad escludere, oltre alla responsabilità civile, anche la responsabilità penale (in linea con quanto affermato da Sez. U Tettamanti, cit.), e questo sarebbe un accertamento di esclusiva spettanza del giudice penale.

L'annullamento con rinvio al giudice penale terrebbe dunque aperta questa strada.

In realtà questa via non può essere considerata percorribile in presenza di un ricorso dell'imputato che, come nel caso oggetto del presente ricorso, investa solo il capo relativo all'affermazione della responsabilità civile, restando così preclusa, in virtù del principio devolutivo, ogni incidenza sul capo penale, su cui è stata espressa una decisione irrevocabile.

Ma pure quando l'imputato nel suo ricorso ritenga di investire formalmente, di riflesso, anche il capo penale, le conseguenze non sarebbero diverse, posto che il ricorso, su questo aspetto, dovrebbe essere ritenuto inammissibile, in virtù del principio, in particolare affermato, come visto, dalla sentenza Tettamanti, secondo cui in presenza dell'accertamento di una causa di estinzione del reato non sono deducibili in sede di legittimità vizi di motivazione che investano il merito della responsabilità penale. Ammettere una riapertura del tema penale solo per effetto della incidenza che su esso potrebbe in via di mera ipotesi determinare la rivisitazione dell'accertamento sulla responsabilità civile equivarrebbe a stravolgere finalità e meccanismi decisori della giustizia penale in dipendenza da interessi civilistici ancora sub iudice, che devono essere invece isolati e portati all'esame del giudice naturalmente competente ad esaminarli.

È certamente vero che in situazioni come queste non vi sarebbe rimedio, in sede penale, alla inosservanza da parte del giudice a quo di precisi doveri impostigli dalla legge. Ma non diversa considerazione dovrebbe trarsi anche qualora il giudice non abbia adeguatamente motivato sulla sussistenza dei presupposti di proscioglimento nel merito a norma dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen..

Si tratta di evenienze certamente censurabili sotto il profilo deontologico, ma che non possono condurre a una ricostruzione della disciplina in termini che si porrebbero in netto contrasto con il chiaro dettato dell'art. 622 cod. proc. pen., ispirato alla esigenza, come avvertivano incisivamente autorevoli commentatori all'art. 525 cod. proc. pen. del 1913, archetipo della norma qui in esame, secondo cui "annullando il capo di sentenza oggetto per sua natura alla giurisdizione civile, in circostanza nella quale non ha luogo alcun proseguimento dell'azione penale, la corte di cassazione non può [fare] a meno di restituire la cognizione in sede di rinvio [...] all'organo giudiziario cui appartiene naturalmente".

A diversa conclusione non può condurre neppure la considerazione che la disciplina che rinvia al giudice civile

ogni questione superstita sulla responsabilità civile nascente dal reato rende inevitabile l'applicazione delle regole e delle forme della procedura civile, che potrebbero ritenersi meno favorevoli agli interessi del danneggiato dal reato rispetto a quelle del processo penale, dominato dall'azione pubblica di cui può ben beneficiare indirettamente il danneggiato dal reato. Si tratta però di evenienza che il danneggiato può ben prospettarsi al momento dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, di cui conosce preventivamente procedure e possibili esiti, comprese le eventualità che in presenza di cause di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale venga a mancare un accertamento della responsabilità penale dell'imputato e che in caso di *translatio iudicii* l'azione per il risarcimento del danno debba essere riassunta davanti al giudice civile competente per valore in grado di appello.

Resta naturalmente fermo che, in presenza di un danno da reato, il danneggiato, in sede di rinvio, può sollecitare davanti al giudice civile anche il riconoscimento del danno non patrimoniale, negli ampi termini definiti dalla giurisprudenza civile (per tutte, da ultimo, Sez. U civ., n. 26972 del 11/11/2008, Rv. 605490 e 605491).

Sul versante delle aspettative dell'imputato, poi, il perseguimento dell'interesse a un pieno accertamento della sua innocenza, anche ai fini della responsabilità civile, può ben essere assicurato dall'opzione di rinuncia alla prescrizione (art. 157, comma settimo, cod. pen.) o all'amnistia (ex Corte cost., sent. n. 175 del 1971).

Va infine osservato, per completezza, che l'ampia dizione dell'art. 622 cod. proc. pen. non ammette distinzioni di sorta in relazione alla natura del vizio che inficia le statuizioni civili assunte dal giudice penale; che potranno riguardare sia vizi di motivazione in relazione ai capi o ai punti oggetto del ricorso sia violazioni di legge, comprese quelle afferenti a norme di natura procedurale, relative al rapporto processuale scaturente dall'azione civile nel processo penale.

12. Va conseguentemente enunciato il seguente principio di diritto:

"In ogni caso in cui il giudice di appello abbia dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia), senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, a seguito di ricorso per cassazione proposto dall'imputato, ritenuto fondato dalla corte di cassazione, deve essere disposto l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, a norma dell'art. 622 cod. proc. pen.."

È appena il caso di precisare che un problema di applicabilità dell'art. 622 cod. proc. pen. non si pone nei casi di pronuncia da parte del giudice di appello di sentenza di non luogo a procedere per mancanza di una condizione di procedibilità; e ciò in quanto in simile ipotesi non viene in questione né il disposto dell'art. 129, comma 2, né quello dell'art. 578 cod. proc. pen..

13. Ciò posto, venendo all'esame del merito del ricorso, va osservato che, come già sommariamente anticipato, la Corte di appello, dopo avere precisato che "la rappresentazione dei fatti resa dalle due vittime non soltanto si

OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'IMPUTATO

profila concorde sui presupposti di fatto e sulla dinamica sviluppatasi in conseguenza, ma appare anche indicativamente suffragata dalle parziali ammissioni dello stesso imputato, nonché dall'esautiva escussione della teste di riferimento Sorci Rosaria, segnatamente sulla successione cronologica dei fatti e sul reale atteggiamento assunto dai contendenti", ha osservato conclusivamente che "dagli elementi di convincimento esaminati e valutati dal primo giudice, come sopra richiamati, non si delinea una evidente estraneità dell'appellante al fatto-reato contestatogli o una insussistenza del medesimo".

Una simile motivazione, significativamente incentrata sul giudizio di non "evidente estraneità" dell'im-

putato ai fatti, non ha tenuto conto in alcun modo degli articolati e puntuali rilievi svolti nell'atto di appello, con cui si contestava l'attendibilità delle fonti testimoniali e si criticava l'esatto inquadramento giuridico dei fatti nelle fattispecie contestate; con ciò delineandosi un difetto di argomentazione sulla responsabilità dell'imputato, sia pure ai fini civilistici, in violazione dell'art. 578 cod. proc. pen..

14. Per le considerazioni sopra svolte, la sentenza impugnata va dunque annullata agli effetti civili con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello a norma dell'art. 622 cod. proc. pen..

[Omissis]

CATERINA SCACCIANOCE*

Dottore di ricerca in Procedura penale – Università degli Studi di Palermo

Docente a contratto di Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario – Università degli Studi di Palermo, Sede di Trapani

Prescrizione del reato, vizio di motivazione e rinvio al giudice civile: quali implicazioni sul *favor innocentiae*?

Offence's statute of limitations, lack of reasoning and transfer of the case to the civil court: what impact on favor innocentiae?

Le Sezioni unite optano per il trasferimento dell'azione civile nella sua sede naturale nel caso di mancanza di motivazione sulle statuizioni civili da parte della corte d'appello che, ex art. 578 c.p.p., dichiara il reato prescritto. L'Autrice, dopo avere messo in luce alcune incongruenze del percorso seguito dai giudici di legittimità, individua più di una ragione che avrebbe dovuto indurre la Corte a concludere diversamente.

The Joined sections opt for the transfer of the civil action in its natural home in the event of lack of reasoning on the civil liability by the Court of appeal, which, pursuant to art. 578 of the code of criminal proceedings, simultaneously declares the offense time-barred. The author, after having revealed some inconsistencies of the path followed by the judges of legitimacy, identifies more than one reason that should have led the Court to conclude otherwise.

LA QUESTIONE

Sono note le ragioni che hanno indotto il legislatore del 1989 a optare, in parziale continuità con le scelte dei suoi predecessori, per l'inserimento dell'azione civile nel processo penale. Tra esse spiccano in

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

modo costante sia il principio di economia processuale sia quello di unità della giurisdizione, insieme alla conseguente esigenza di evitare ogni possibile contraddittorietà di giudicati; finalità che sono state poste a base del diritto accordato alla persona offesa/danneggiato dal reato di esercitare l'azione riparatrice nelle dinamiche del giudizio penale mediante la costituzione di parte civile.

Il legislatore del 1989, tuttavia, con l'intenzione di razionalizzare l'ingresso dell'azione civile nel processo penale¹, da un lato, si è ispirato al *favor separationis*, disincentivando l'esercizio dell'azione di danni avanti al giudice penale, dall'altro, si è operato per il rafforzamento del ruolo della parte civile, attribuendo al danneggiato, costituitosi parte civile, una posizione soggettiva che lo colloca nel rango di contraddittore quasi paritetico dell'imputato². Ha previsto inoltre un meccanismo di raccordi tra le due *actiones* in base al quale si tende a non penalizzare il danneggiato garantendogli la possibilità di trasferire, entro e non oltre precisi limiti temporali, l'azione civile, già esercitata avanti al giudice naturale, nel processo penale³, e devolvendo così alla cognizione del giudice penale sia l'an sia il *quantum* delle pretese di natura civilistica. In seno a tale meccanismo emerge il carattere di accessorietà attribuito all'azione civile rispetto a quella penale. Profilo che, tuttavia, sembra cedere di fronte al canone di economia, privilegiato nella ipotesi prevista dall'art. 578 c.p.p., ove è disposto che, quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato a favore della parte civile, il giudice d'appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili⁴.

¹ Occorre, infatti, restituire chiarezza al sistema e attribuire ai singoli soggetti del processo il ruolo che a ciascuno spetta, in modo da superare le incertezze ermeneutiche determinate da un uso distorto dell'azione civile riparatoria che aveva caratterizzato il decennio precedente e che aveva consentito «l'irruzione» degli interessi collettivi nel processo penale. V., in proposito, Di Chiara, *Parte civile, Dig. disc. pen.*, IX, Milano, 1995, 235 ss.

² Amodio, *Premessa al titolo V libro I, Amodio – Dominioni* (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 435. Per un inquadramento teorico della figura della parte civile, con particolare attenzione alle conseguenze che, dalla sua costituzione, derivano per la disciplina del processo penale, v., da ultimo, Santoriello – Gaito, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto alle istanze civilistiche?*, *Arch. pen.*, 2003, 2, 391 ss.; nonché Spangher, *Azione civile e processo penale*, ivi, 509 ss., che ne segnala criticità e discrasie.

³ Come noto, la *translatio iudicii* è ammessa finché in sede civile non sia stata pronunciata sentenza di merito anche non passata in giudicato. Sull'attuale assetto dei rapporti tra azione penale e azione civile, v., per tutti, Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 23 ss.

⁴ Sul carattere dell'accessorietà dell'azione civile, fondamentale è Pennisi, *L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale*, Milano, 1981, 83 ss. e 104 ss., dove è sottolineata l'importanza, nel sistema delle impugnazioni del 1930, della previsione introdotta dall'art. 12, l. 3 agosto 1979 n. 405, che rappresenta il precedente normativo dell'attuale art. 578 c.p.p.; più di recente, Id., *Azione III Azione civile nel processo penale, Enc. giur.*, V, 1995, 4 s.; Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011, 23

La *ratio* di tale disciplina è generalmente ricondotta sia al diritto dell'imputato a vedere dichiarato estinto il reato, sia all'esigenza di salvaguardare l'interesse della parte civile a non vedere vanificati i risultati sino ad allora raggiunti a causa del sopraggiungere di fatti estintivi del reato. Laddove, infatti, la parte civile si sia vista riconoscere con sentenza non definitiva la fondatezza della propria azione, la legge intende tutelarla rispetto ad eventi che, pur avendo l'effetto di estinzione del reato, non fanno venire meno la responsabilità dell'imputato per i fatti da cui deriva l'obbligo di risarcimento o restituzioni⁵.

Dunque, l'art. 578 c.p.p. tutela, in eguale misura, due diverse sfere di interessi riconducibili a posizioni processuali antagoniste: l'imputato e la parte civile. Indiscutibile, infatti, il diritto dell'imputato alla dichiarazione di estinzione del reato, che, come noto, può convertirsi nel più ampio diritto al proscioglimento nel merito allorché, insieme alla causa estintiva, coesistono le condizioni dettate dalla legge per una pronuncia a lui più favorevole. Un tema, quest'ultimo, che implica questioni tecnico-giuridiche delicate, la cui soluzione impone il difficile bilanciamento tra più principi di rango costituzionale, di recente affrontato con estrema chiarezza dalle Sezioni unite nella sentenza "Tettamanti"⁶. Ed è proprio dagli arresti in essa contenuti che il giudice di legittimità, nella pronuncia in commento, avvia il proprio itinerario argomentativo, affrontando e risolvendo, quasi come un *continuum*, alcune questioni nel precedente contesto rimaste inesplorate.

Nel caso di specie, l'imputato aveva proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'appello di Palermo che, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., aveva dichiarato non doversi procedere nei suoi confronti per intervenuta prescrizione dei reati per i quali era stato dichiarato colpevole in primo grado, confermando le statuizioni relative alle pretese risarcitorie. Nel ricorso per cassazione, l'imputato lamentava l'erronea applicazione degli

ss., e 254 ss.; Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, 69 ss.

⁵ Così, Cass., Sez. IV, 19 giugno 2012, n. 300067, *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 642. In tali ipotesi, è il principio di economia processuale che andrebbe tutelato, evitando il trasferimento del processo in sede civile con il conseguente moltiplicarsi dei processi: Cass., Sez. II, 28 novembre 2012, n. 7041, *CED Cass.*, 2012; Cass., Sez. III, 11 febbraio 2004, n. 18056, *CED Cass.*, 228450; Cass., Sez. III, 19 marzo 2009, n. 17846, *CED Cass.*, 243761; Cass., Sez. V, 17 giugno 2010, n. 27652, *CED Cass.*, n. 248389.

⁶ Cass., Sez. un., 28 maggio 2009, n. 35490, *Cass. pen.*, 2010, 4091, con nota di Beltrani, *Estinzione del reato e assoluzione nel giudizio di impugnazione*, 4106.

OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'IMPUTATO

artt. 125, comma 3, e 578 c.p.p., anche e soprattutto tenuto conto dei principi di diritto affermati nella citata sentenza "Tettamanti", in quanto, esigendo, l'art. 578 c.p.p., un pieno e positivo accertamento della responsabilità civile dell'imputato, la Corte d'appello avrebbe avuto l'obbligo di esaminare *ex professo* l'intero compendio probatorio, inclusi i motivi d'impugnazione nei quali si rappresentavano le molteplici inattendibilità e contraddittorietà delle prove dichiarative assunte. In proposito, infatti, la giurisprudenza di legittimità è pacificamente assestata nel richiedere al giudice d'appello, il quale dichiara estinto il reato per prescrizione o amnistia, di decidere ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza impugnata relativi agli interessi civili, compiendo una valutazione approfondita delle acquisizioni probatorie ed esauriente rispetto alle risposte da dare in fatto ai motivi di appello⁷. Il giudice di secondo grado, però, disattendendo i propri obblighi di motivazione, si era, invece, limitato ad affermare che «la rappresentazione dei fatti resa dalle due vittime non soltanto si profila[va] concorde sui presupposti di fatto e sulla dinamica sviluppatasi in conseguenza, ma appar[iva] anche indicativamente suffragata dalle parziali ammissioni dello stesso imputato», concludendo, pertanto, che «dagli elementi di convincimento esaminati e valutati dal primo giudice non emergeva una sua [dell'imputato] evidente estraneità ai fatti o un'insussistenza dei medesimi». La Corte di cassazione, ritenuta la fondatezza dei motivi di ricorso dell'imputato, riguardanti esclusivamente i capi e i punti della sentenza nei quali era stata affermata, sia pure ai fini risarcitori, la sua responsabilità per i fatti di reato contestati, rimetteva alle Sezioni unite la questione controversa relativa all'individuazione del giudice – civile o penale – cui trasmettere gli atti in caso di accoglimento del ricorso.

È, pertanto, su tale *querelle* che le Sezioni unite sono intervenute con la decisione in esame, affrontando una pluralità di temi tra loro connessi, le cui soluzioni si riflettono, con non trascurabili ricadute, sulle aspettative sia dell'imputato sia della parte civile.

I DUE DIVERSI ORIENTAMENTI IN CONFLITTO

In merito alla questione *de qua* la giurisprudenza di legittimità risulta assestata su due diverse posizioni,

⁷ Per tutte, v. Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, *Giur. it.*, 2012, 2141, con nota di Marzo, *Le nullità tra vivacità difensiva e abuso del processo*.

salvo una decisione rimasta isolata⁸. L'oscillazione si è di recente acuita a seguito delle affermazioni di principio, contenute nella sentenza "Tettamanti", sui rapporti tra la declaratoria immediata di determinate cause di non punibilità, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., e la pronuncia assolutoria per insufficienza o contraddittorietà della prova *ex art.* 530, comma 2, c.p.p.

Secondo un primo orientamento, in accoglimento del ricorso presentato dall'imputato avverso i capi civili della sentenza della corte d'appello per avere i giudici, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., dichiarato l'estinzione del reato e contestualmente omesso di motivare in ordine alle confermate statuizioni civili, la corte di cassazione è tenuta ad annullare la sentenza impugnata e rinviare al giudice penale. Si afferma, infatti, da un lato, come la disciplina di cui all'art. 578 c.p.p. imponga alla corte d'appello di fornire adeguata motivazione ai fini della conferma della condanna al risarcimento dei danni subiti dalla parte civile, soprattutto a fronte di specifici e puntuali rilievi sollevati dall'imputato⁹, e, dall'altro, come il rinvio al giudice civile *ex art.* 622 c.p.p. sarebbe precluso dal medesimo dettato normativo, che ne condiziona l'operatività al già definitivo accertamento della responsabilità penale, in modo da demandare al giudice civile unicamente le questioni connesse al *quantum* della pretesa risarcitoria¹⁰.

Il secondo e maggioritario indirizzo, di senso contrario, individua, a norma dell'art. 622 c.p.p., nel giudice civile l'organo cui rimettere gli atti per l'accertamento delle pretese risarcitorie, rilevando come, in tale evenienza, operi appieno «il principio di economia, che vieta il permanere [della *res judicanda*] in sede penale in mancanza di un interesse penalistico della vicenda»¹¹. Ai fini delle statuizioni civili, infatti, non potrebbe essere adottata altra soluzione se non quella del rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, «non avendo

⁸ Cass., Sez. V, 9 giugno 2005, n. 26061, *CED Cass.*, n. 231914, ove la Corte ha ritenuto di non potere rinviare al giudice civile perché si pronunciasse sul *quantum*, non essendosi consolidata alcuna decisione sull'*an*. Pertanto, accogliendo il ricorso dell'imputato che lamentava il mancato esame dei motivi d'impugnazione da parte del giudice d'appello, la Corte ha annullato senza rinvio le statuizioni civili della sentenza di secondo grado, con la quale, contestualmente, era stato dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione.

⁹ Cass., Sez. V, 24 marzo 2009, n. 14522, *CED Cass.*, n. 243343.

¹⁰ Cass., Sez. V, 7 dicembre 2012, n. 5764, *CED Cass.*, n. 254955; Cass., Sez. III, 6 giugno 2012, n. 26863, *CED Cass.*, n. 254054; Cass., Sez. V, 15 luglio 2011, n. 42135, *CED Cass.*, n. 251707; nonché, da ultimo, Cass., Sez. V, 26 marzo 2013, n. 21251, *inedita*.

¹¹ Cass., Sez. IV, 3 febbraio 2004, n. 14863, *CED Cass.*, n. 228697.

più ragion d'essere la speciale competenza promiscua (penale e civile) attribuita al giudice penale in conseguenza della costituzione di parte civile»¹².

La Corte di cassazione, nel suo più ampio consenso, dopo avere posto l'accento sulle ricadute immediate che la risoluzione del contrasto comporta sull'ampiezza della tutela riconosciuta alla parte civile, attesa la diversità delle forme del giudizio di rinvio a seconda che esso sia disposto verso il giudice civile ovvero verso il giudice penale – trascurando, per contro, le indubbie implicazioni connesse alla tutela delle aspettative dell'imputato – si sofferma sulla ricostruzione storica della previsione normativa di cui all'art. 622 c.p.p., già presente sin dal codice del 1913, per poi desumerne, seguendo un *iter* argomentativo non privo di incongruenze, la piena applicazione nel caso di specie.

Giunge così all'affermazione del seguente principio di diritto: «In ogni caso in cui il giudice di appello abbia dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia), senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, a seguito di ricorso per cassazione proposto dall'imputato, ritenuto fondato dalla corte di cassazione, deve essere disposto l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, a norma dell'art. 622 cod. proc. pen.».

La sentenza in esame, certamente apprezzabile per la ricchezza tematica, presenta una persuasiva struttura argomentativa a livello di premessa, ma non altrettanto nelle conclusioni. Emergono, infatti, alcune incoerenze sulle quali è opportuno riflettere, non prima però di compiere una veloce rassegna degli arresti giurisprudenziali da cui le Sezioni unite muovono e che costituiscono il nucleo decisionale della già richiamata sentenza "Tettamanti".

I PRINCIPI STATUITI NELLA SENTENZA "TETTAMANTI"

La decisione "Tettamanti" s'inserisce nell'ambito del dibattito sul tema dei rapporti tra la declaratoria immediata di determinate cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p. e la pronuncia assolutoria per insufficienza o contraddittorietà della prova *ex*

art. 530, comma 2, c.p.p., avendo affrontato la questione se, in presenza di prove ambivalenti, il proscioglimento nel merito prevalga o no rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità (nella specie, la prescrizione).

Orbene, le Sezioni unite, ancorché abbiano risolto la questione in senso negativo, hanno ritenuto, attraverso un coerente itinerario argomentativo, di potere isolare una ipotesi in cui, invece, il giudice, pur in presenza di una causa estintiva del reato, è tenuto a prosciogliere l'imputato nel merito quando la prova della sua colpevolezza è insufficiente o contraddittoria, individuandola nella peculiare situazione processuale disciplinata dall'art. 578 c.p.p.

Preliminarmente i giudici di legittimità, sulla scia di precedenti approdi giurisprudenziali, hanno circoscritto il momento processuale nel quale opera l'art. 129, comma 2, c.p.p. alla sola fase del giudizio¹³. Ciò per due ordini di motivi: da un lato, perché l'"evidenza" richiesta dalla norma *de qua* presuppone la manifestazione di una verità processuale così chiara e obiettiva da rendere superflua ogni dimostrazione oltre la correlazione a un accertamento immediato; dall'altro, in quanto la medesima previsione normativa tende ad assicurare la speditezza, l'immediatezza e l'economia del processo. Ne deriva che il riferimento "ad ogni stato e grado del processo", contenuto nell'art. 129 c.p.p., deve essere inteso in relazione al giudizio in senso tecnico, ossia al dibattimento di primo grado o ai giudizi in appello e in cassazione, essendo, queste, le fasi in cui si instaura la piena dialettica processuale tra le parti e si dispone di tutti gli elementi per la individuazione della formula assolutoria più opportuna, rispettando, così, le legittime aspettative dell'imputato¹⁴. È stato, poi, chiarito come la disposizione in oggetto detti una regola di condotta o di giudizio, la quale si affianca a quelle proprie della fase o del grado in cui il processo si trova, integrando, per tempi e modalità, i poteri decisori del giudice, che, pur nel contemperamento di valori concorrenti, devono tendenzialmente

¹² Cass., Sez. VI, 17 aprile 2013, n. 23944, *inedita*; in senso analogo, Cass., Sez. IV, 26 febbraio 2013, n. 21617, *inedita*; Cass., Sez. V, 7 novembre 2012, n. 1084, *inedita*; Cass., Sez. II, 22 marzo 2011, *CED Cass.*, n. 250020; Cass., Sez. II, 27 aprile 2010, n. 32577, *CED Cass.*, n. 247973; Cass., Sez. V, 24 giugno 2008, n. 38228, *CED Cass.*, n. 241314; Cass., Sez. VI, 9 marzo 2004, n. 21102, *CED Cass.*, n. 229023; Cass., Sez. II, 22 marzo 2001, n. 17100, *CED Cass.*, n. 250020.

¹³ Per una completa disamina delle innumerevoli questioni sottese all'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, v., ampiamente, Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, *passim*, in particolare, 275 ss., per quanto attiene al proscioglimento nei giudizi di impugnazione; nonché, Marzaduri, *sub art. 129 c.p.p.*, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 121 ss.

¹⁴ Si esclude, pertanto, la possibilità di emettere una sentenza *ex art. 129 c.p.p.* nella fase predibattimentale. Sul punto v. Chinici, *Il proscioglimento predibattimentale*, *Giust. pen.*, 2001, III, 339; Iai, *Il proscioglimento predibattimentale*, Milano, 2009, 45 ss.

OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'IMPUTATO

assicurare la semplificazione del processo e il *favor rei*.

Ciò posto, la Corte ha ritenuto di potere rinvenire nel dettato dell'art. 531 c.p.p. la conferma normativa che esclude la prevalenza del proscioglimento nel merito ex art. 530, comma 2, c.p.p. sulla dichiarazione di estinzione del reato. In tale norma, infatti, è espressamente previsto l'obbligo della pronuncia della sentenza di non doversi procedere in presenza di una causa estintiva del reato "salvo quanto disposto dall'art. 129, comma 2", vale a dire, tranne nel caso in cui vi sia la prova evidente della insussistenza del fatto o della sua non commissione da parte dell'imputato o della sua irrilevanza penale. È stato, quindi, precisato come la regola probatoria di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p. appaia dettata esclusivamente per il normale esito del processo, presupponendo un'approfondita valutazione di tutto il compendio probatorio acquisito agli atti. Essa, pertanto, non potrà essere applicata in presenza di una causa estintiva del reato, dovendo il giudice, in tale situazione, utilizzare la regola di giudizio di cui all'art. 129 c.p.p., in base alla quale può essere pronunciata sentenza di proscioglimento nel merito solo qualora emerga dagli atti processuali positivamente e senza necessità di ulteriore approfondimento l'estraneità dell'imputato rispetto ai fatti contestatigli. In tali circostanze, ha affermato la Corte, l'unico modo per ottenere un esame approfondito, in mancanza della evidenza dell'innocenza dell'imputato, è che questi rinunci alla causa estintiva, a meno che non ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 578 c.p.p.

Quest'ultima disposizione, infatti, dovrà necessariamente essere coordinata con l'art. 129 c.p.p., con la conseguenza che il giudice d'appello, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è tenuto a pronunciarsi sulle statuizioni civili e, a tal fine, dovrà compiere una valutazione approfondita dell'acquisito compendio probatorio, senza essere legato ai canoni di economia processuale che impongono l'immediata declaratoria quando la prova dell'innocenza non risulti *ictu oculi*¹⁵. E l'accertamento effet-

tuato, sia pure per profili decisorii non penali, non dovrà essere posto nel nulla in quanto potrà portare a una assoluzione di merito, riprendendo vigore, nel caso di specie, come canone interpretativo, quello del *favor rei*.

Alla luce di tali considerazioni, le Sezioni unite hanno concluso che non sussiste alcuna ragione per la quale in sede di appello, ai sensi e per gli effetti dell'art. 578 c.p.p., non debba prevalere la formula assolutoria nel merito rispetto alla causa di estinzione del reato, e ciò non solo nel caso di acclarata piena prova di innocenza, ma anche in presenza di prove ambivalenti, posto che nessuno ostacolo procedurale, né esigenze di economia processuale, possono impedire la piena attuazione del principio del *favor innocentiae*¹⁶.

LA SCELTA DELLE SEZIONI UNITE E IL SACRIFICIO DEL FAVOR INNOCENTIAE

Richiamati i numerosi passaggi argomentativi in cui si articola la sentenza "Tettamanti", non può non sfuggire come la Suprema Corte, nella pronuncia in commento, si sia soffermata soltanto su alcuni di essi, tralasciandone altri di indiscutibile rilievo, che, in quanto strettamente connessi ai primi, avrebbero dovuto necessariamente essere presi in considerazione, costituendo parte integrante dell'articolato percorso in quel contesto condotto dal giudice di legittimità. Da una lettura integrale delle motivazioni della sentenza "Tettamanti" emerge, infatti, in modo limpido, il filo rosso che lega insieme tutte le affermazioni ivi contenute, riconducibile nell'opportunità di far prevalere, fuori dai casi in cui opera il principio di economia, il *favor innocentiae* rispetto alle esigenze di celerità e ragionevole durata del processo. La sensibilità che il giudice di legittimità riserva alla tutela delle aspettative dell'imputato è apprezzabile oltre che integralmente condivisibile.

¹⁵ Sulla cognizione del giudice e sull'impugnazione della relativa decisione emessa ai sensi dell'art. 578 c.p.p., v. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, cit. 257 s., in cui l'A. individua, a fondamento di tale disposizione, l'esigenza di impedire la produzione di effetti automatici sui capi civili della decisione impugnata nel caso di sopravvenuta estinzione del reato e, dunque, la necessità di vincolare il giudice a valutare il merito del gravame proposto a fini civili rispetto ad una causa che si presume matura per la decisione; Lavarini, *Azione civile nel processo penale*, cit., 69, secondo la quale il giudice, in tale evenienza, è chiamato a «verificare l'esistenza di tutti gli elementi della fattispecie penale al fine di confermare o meno il fondamento della condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno»; Marandola, *Le disposizioni generali, Impugnazioni*,

Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, V, Torino, 2009, 129 s.; Pennisi, *L'accessorietà dell'azione civile*, cit., 114 s., che, sia pure con riferimento all'art. 12, l. 3 agosto 1979 n. 405, afferma come l'esito negativo del giudizio di evidenza dell'innocenza non equivalga all'accertamento delle prove di colpevolezza, onde non può costituire la base per una pronuncia nel merito dell'azione civile.

¹⁶ Per completezza, va detto che la Corte giunge alla medesima conclusione nel caso in cui, a una sentenza di assoluzione in primo grado, ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p., appellata dal pubblico ministero, sopravvenga una causa estintiva del reato e il giudice d'appello ritenga infondata nel merito l'impugnazione del p.m.: in tale evenienza il giudice, dovendo comunque approfondire la valutazione delle emergenze processuali resa necessaria dall'impugnazione della parte pubblica, non dovrà dichiarare l'estinzione del reato, ma dovrà confermare la sentenza di assoluzione.

E sono proprio le aspettative dell'imputato che appaiono del tutto trascurate dalle Sezioni unite nell'odierna pronuncia: pur riconoscendo la decisi- vità delle soluzioni interpretative sopra dette, i giudici di legittimità sembrano gradualmente abbandonare le prospettive garantistiche che permeano il tessuto argomentativo della sentenza Tettamanti.

All'invocazione del principio di economia e della tutela dell'innocenza dell'imputato, quali finalità sottese nella previsione di cui all'art. 129 c.p.p., la Corte di cassazione fa seguire un'affermazione che parrebbe mettere fine a ogni questione: «in presenza di una causa di estinzione del reato, non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata, in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva». Va rilevato, tuttavia, come tale assunto conservi la sua validità se riferito a contesti processuali in cui è pienamente operativo il principio di economia¹⁷. Quando, invece, come nel caso di specie, il giudizio di legittimità è preceduto da un secondo grado nel quale sono state eluse le esigenze di approfondimento¹⁸, imposte ai fini delle statuizioni civili dall'art. 578 c.p.p., allora l'invocato principio di economia entra ineluttabilmente in conflitto con il *favor innocentiae*, che, come detto, in tale ambito, gode della massima espansione. Non può ignorarsi, infatti, la specificità dell'ipotesi contemplata dall'art. 578 c.p.p., potendo, il giudice d'appello, in tale contesto, a seguito del doveroso approfondimento del quadro probatorio, sia pure ai fini dell'accertamento della responsabilità civile, prosciogliere l'imputato anche in presenza di prove insufficienti o contraddittorie, senza essere vincolato a esigenze di speditezza.

Ed è proprio la peculiarità della fase processuale in cui si è verificata la violazione dell'obbligo di motivazione che dovrebbe indurre il giudice di legittimità a distaccarsi dai principi generali, onde

restituire piena tutela alle legittime aspettative dell'imputato, e di riflesso a quelle della parte civile¹⁹.

Le Sezioni unite, invece, preso atto che nella sentenza "Tettamanti" non viene affrontata la questione relativa all'individuazione del giudice di rinvio in caso di vizi di motivazione sulla responsabilità civile e contestuale presenza di una declaratoria di estinzione del reato, pur condividendone appieno le affermazioni ivi contenute attinenti alle peculiarità del contesto processuale innescato dall'art. 578 c.p.p., statuiscano che, in ipotesi di accoglimento del ricorso, il rinvio vada operato in favore del giudice civile. Secondo i giudici di legittimità, infatti, «il venire meno della competenza promiscua attribuita al giudice penale in conseguenza della costituzione della parte civile determina la piena operatività del principio di economia, che vieta il permanere del giudizio in sede penale in mancanza di un interesse penalistico della vicenda».

Tale soluzione, a ben vedere, appare scollegata rispetto alla precedente statuizione, pure avallata in sentenza, secondo la quale il combinato disposto di cui agli artt. 578 e 129 c.p.p. dà origine a un momento processuale in cui non opera il principio di economia. Coerentemente con tale assunto, infatti, la Corte avrebbe dovuto, semmai, sostenere come, nel caso di specie, l'interesse penalistico permanga, in via del tutto eccezionale, anche in sede di legittimità, trattandosi di un contesto in cui non rilevano esigenze di speditezza e nel quale l'imputato può beneficiare di un proscioglimento nel merito anche ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.

Del resto, una simile impostazione sembrerebbe trovare conferma in un altro passaggio della sentenza "Tettamanti", anch'esso richiamato nella decisione in esame, in cui si afferma come, pur in presenza di una causa di estinzione del reato, il giudice dell'impugnazione, nel decidere su questa agli effetti della responsabilità civile a norma dell'art. 578 c.p.p., ne deve conseguentemente trarre le relative conclusioni con riguardo al capo relativo alla responsabilità penale²⁰. Vale a dire che l'eventuale esito negativo dell'accertamento sulla responsabilità civile impone al giudice, anziché la declaratoria di estinzione del reato, il proscioglimento dell'imputato. Anche qui, però, le Sezioni unite, rilevato che tale giurisprudenza non si estende ad affermare che sia

¹⁷ Benché, anche con riferimento a tali contesti, non ci si può esimere dall'esprimere una riserva sulla scelta legislativa di fare operare con efficacia fulminante la causa estintiva sui meccanismi dell'accertamento giurisdizionale. Tale soluzione è stata giudicata «semplicista» da Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 149, atteso che nell'attuale sistema, sul piano dei valori costituzionali, l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

¹⁸ Sono, d'altronde, le medesime Sezioni unite ad affermare come, nel caso di specie, il giudice d'appello si sia erroneamente limitato ad applicare la regola di giudizio dell'art. 129 c.p.p., non considerando che i motivi di appello avrebbero dovuto essere esaminati compiutamente ai fini civilistici.

¹⁹ Al riguardo, v. *infra*.

²⁰ L'assunto trova conferma anche nella giurisprudenza successiva a Sez. un. "Tettamanti": Cass., Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 6261, *CED Cass.*, n. 246187; Cass., Sez. VI, 7 gennaio 2010, n. 4855, *CED Cass.*, n. 246138; Cass., Sez. VI, 25 novembre 2009, n. 3284, *CED Cass.*, n. 245876.

OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'IMPUTATO

inficiata la declaratoria di estinzione del reato per il fatto che il giudice di appello abbia omissa di riconsiderare approfonditamente il profilo relativo alla responsabilità civile, pervengono alla conclusione che «il mancato approfondito esame del capo relativo alla responsabilità civile, benché integri un vizio di motivazione potenzialmente idoneo a incidere indirettamente sul capo di responsabilità penale, è però distinto da questo», ragione per cui va applicata la disciplina di cui all'art. 622 c.p.p., che prevede il rinvio al giudice civile nei casi di annullamento di capi o disposizioni riguardanti la responsabilità civile²¹. La Corte, inoltre, esclude la strada del rinvio al giudice penale anche in considerazione del fatto che il ricorso dell'imputato, nella specie, investendo i soli capi relativi alle statuizioni civili, non sarebbe idoneo a incidere sul capo penale della sentenza relativo alla dichiarazione di estinzione del reato, il quale, pertanto, resterebbe precluso in virtù del principio devolutivo²². Di fatto, le Sezioni unite, in ragione della supposta preclusione, circoscrivono l'ambito di valutazione affidato in concreto al giudice del rinvio alle sole statuizioni civili, giustificando, in tal modo, la soluzione interpretativa adottata.

Invero, non si ritiene di potere aderire a tale conclusione per più di una ragione che induce a concludere diversamente²³.

Preliminarmente, è da rilevare come la specificità del contesto processuale in cui si è verificato il denunciato vizio di motivazione, previsto dall'art. 578 c.p.p., consentirebbe di isolare la ipotesi ivi disciplinata – come, del resto, ha fatto il giudice di legittimità nella sentenza “Tettamanti” – in modo da giustificare e riservare ad essa, attesa la sua eccezionalità, un trattamento diverso dalle situazioni ordinarie in cui il giudice del rinvio, in mancanza della evidenza dell'innocenza dell'imputato, ha l'obbligo di dichiarare immediatamente non doversi procedere in attuazione del principio di economia a base dell'art. 129 c.p.p.

D'altra parte, che il giudice del rinvio possa, nella fase processuale alla quale il procedimento è

regredito, operare con le medesime modalità con cui avrebbe dovuto operare il giudice che ha deciso, è un dato incontrovertibile, prevedendo l'art. 627 c.p.p., al comma 2, che egli possa decidere con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata. Come precisato, il giudice d'appello, in presenza di una causa di estinzione del reato, ha il potere, ex art. 578 c.p.p., di prosciogliere l'imputato anche ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p., sicché appare indiscutibile che il medesimo potere sia riconosciuto al giudice del rinvio, con la conseguenza che l'ambito di valutazione a questi affidato, nel caso di specie, risulta più ampio rispetto a quello preso in considerazione nella pronuncia in esame.

Vi sono, poi, molteplici riferimenti normativi idonei a consentire il superamento della pretesa irrevocabilità del capo non impugnato.

In primis, non può non muoversi dal disposto di cui all'art. 609 c.p.p., secondo il quale il ricorso attribuisce in via generale alla corte di cassazione il potere di decidere le sole questioni prospettate con i motivi d'impugnazione. Detta previsione, al secondo comma, come noto, pone un'esplicita deroga all'effetto devolutivo, estendendo i poteri, cognitivi e decisorio, del giudice di legittimità a tutte le questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo, tra le quali è pacifico farvi rientrare l'applicazione del potere di proscioglimento di cui all'art. 129 c.p.p.²⁴. Orbene, si afferma in giurisprudenza come, qualora il reato sia già prescritto, l'inevitabile incompatibilità tra il rinvio al giudice di merito e il principio dell'immediata applicabilità della causa estintiva – sostenuta nella pronuncia in commento – venga meno in presenza di una motivazione censurabile, che, pertanto, schiuderebbe la strada all'annullamento con rinvio²⁵.

Nel contesto processuale in esame, peraltro, essendo pienamente operativo il principio del *favor rei* in luogo del canone di economia processuale, potrebbe rilevare il meccanismo dell'estensione

²¹ Sottolinea le stravaganze connesse alle diverse ragioni per le quali può intervenire l'annullamento delle statuizioni civili, C. Valentini, *L'impugnazione della parte civile: in mezzo al guado fra la riforma della "Pecorella" e le dichiarazioni di incostituzionalità*, *Arch. pen.*, 2013, 2, 509 ss.

²² Sul principio devolutivo, v., almeno, Spangher, *Impugnazioni penali*, *Dig. pen.*, VI, 1992, 217 ss.; Id., *Impugnazioni. II) Diritto processuale penale*, *Enc. giur.*, XVI, 2002; Marandola, *Le disposizioni generali*, cit., 210 ss. Con particolare riferimento alle pretese di natura civilistica, Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, cit., 185 ss.

²³ *Contra*, in adesione all'interpretazione adottata dalle Sezioni unite, v. le osservazioni a prima lettura di Santoriello, *www.archiviopenale.it*, e Romeo, *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁴ Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 8413, *Cass. pen.*, 2008, 2751, con nota di Beltrani; Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 284 ss. Pennisi, «*Precedente condanna*» e poteri di decisione del giudice penale sull'azione civile, *Dir. pen. proc.*, 2007, 223 s.; Viggiano, *Il diritto all'assoluzione nel giudizio di legittimità*, *Dir. pen. proc.*, 1998, 219. Sulle implicazioni della riforma introdotta dalla “legge Pecorella”, con particolare riguardo agli ampliamenti degli strumenti cognitivi del giudice di legittimità, v., per tutti, Scalfati, *Bilancio preventivo di una riforma: principi buoni e norme da ritoccare*, Id. (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006, 19 ss.; C. Valentini, *La riforma del ricorso per cassazione*, ivi, 216 ss.

²⁵ Cass., Sez. V, 7 ottobre 2008, *Riv. pen.*, 2009, 992; Cass., Sez. VI, 7 febbraio 2003, *CED Cass.*, n. 225670; Cass., Sez. III, 3 ottobre 1995, *Giust. pen.*, 1996, III, 654.

dell'impugnazione, la cui operatività è condizionata alle sole ipotesi in cui essa determini un vantaggio per l'imputato²⁶. La fattispecie in oggetto, infatti, potrebbe costituire l'unico caso in cui l'imputato, pur avendo impugnato i soli capi civili, trarrebbe giovamento dall'annullamento con rinvio anche del capo penale non impugnato relativo all'immediata declaratoria di estinzione del reato, essendo, ormai, acclarato che il mancato approfondimento da parte del giudice d'appello ex art. 578 c.p.p. si riflette, menomandolo, sul diritto dell'imputato a essere prosciolto con formula più favorevole, anche ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.

Pertanto, appare lineare conseguenza di quanto affermato che il giudice di legittimità, riscontrato il vizio di motivazione denunciato dall'imputato, debba devolvere al giudice del rinvio il relativo dovere di approfondire l'intero compendio probatorio, sia pure ai fini civili, e se del caso sostituire la dichiarazione di estinzione con un proscioglimento nel merito anche in presenza di prove ambivalenti. Va da sé che tale compito può essere legittimamente svolto esclusivamente dal giudice penale.

Altrettanto conducente appare il rinvio alla previsione di cui all'art. 574, comma 4, c.p.p., ove si attesta una stretta consequenzialità fra capo penale e capo relativo alle disposizioni civili, a causa del legame esistente fra i due tipi di responsabilità, per cui l'impugnazione dell'imputato contro la pronuncia di condanna penale o di assoluzione estende i suoi "effetti" alla pronuncia di condanna alle restituzioni, al risarcimento dei danni e alla rifusione delle spese processuali, se questa pronuncia dipende dal capo o dal punto impugnato. È stato in proposito affermato come, per "effetti dell'impugnazione", suscettibili di riflettersi sulle statuizioni civili collegate ai capi e ai punti impugnati, debbano intendersi tanto l'effetto devolutivo, quanto quello sospensivo della formazione del giudicato²⁷. Pertanto, l'effetto estensivo dell'impugnazione ivi previsto precluderebbe ai capi che riguardano le statuizioni civili di divenire irrevocabili.

Ciò posto, in considerazione dell'acclarato legame di inscindibilità esistente, nella fattispecie in esame, tra il capo penale relativo alla immediata declaratoria di una causa di estinzione del reato e

il capo riguardante la responsabilità civile, potrebbe riconoscersi, analogamente, un'estensione degli effetti dell'impugnazione dell'imputato vertente sui soli capi civili al capo penale non impugnato, impedendo a quest'ultimo il passaggio in giudicato. La condizione per l'operatività dell'effetto estensivo, infatti, è la sussistenza di una connessione essenziale, la quale, nelle ipotesi previste dall'art. 574, comma 4, c.p.p., è diretta conseguenza dell'accertata dipendenza tra i due capi, nel caso in esame, invece, deriva, come dimostrato, dal combinato disposto degli artt. 578 e 129, comma 2 c.p.p.

In ogni caso, ancorché la Corte di cassazione, censurando la tesi dell'estensione dell'impugnazione sopra enunciata, annulli il solo capo riguardante l'an e il quantum relativi alle pretese civilistiche, sarà sempre la peculiarità del momento processuale in cui si è operato a non consentire il passaggio in giudicato del capo penale, essendo quest'ultimo legato da una connessione essenziale con il capo civile. A tal fine può invocarsi la disciplina dell'annullamento parziale di cui all'art. 624 c.p.p., la quale esclude il passaggio in giudicato di tutti i capi non impugnati qualora gli stessi si trovino in rapporto di dipendenza reciproca, di pregiudizialità, di inscindibile connessione con il capo impugnato²⁸. Ne consegue, sul piano degli effetti, che la sostenuta intangibilità del capo di sentenza non impugnato può subire talune deroghe, tra le quali non si vede perché non possa farsi rientrare la speciale ipotesi oggetto della decisione in commento.

Dedicando, infine, poche righe alle aspettative dell'imputato, le Sezioni unite si limitano ad affermare come il perseguimento dell'interesse a un pieno accertamento della sua innocenza, anche ai fini della responsabilità civile, possa ben essere assicurato dall'opzione di rinuncia alla prescrizione o all'amnistia²⁹.

Orbene, al di là delle molteplici riserve espresse da autorevole dottrina rispetto al meccanismo

²⁶ Tranchina, *L'esecuzione*, Siracusano – Galati – Tranchina – Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, 2011, II, 601.

²⁹ In proposito si rinvia, benché riferite agli artt. 152 e 592 c.p.p. 1930, a C. cost., sent. 14 luglio 1971 n. 175, *Giur. cost.*, 1971, 2109, con osservazioni di Fassone, *La generalizzazione del diritto di rinuncia all'amnistia e suoi riflessi sulla costruzione giuridica dell'istituto*; C. cost., sent. 16 dicembre 1971 n. 202, *Giur. cost.*, 1971, 2285, con nota critica di Zagrebelsky, *Il diritto di difesa e la «ragionevolezza» delle cause estintive del reato*; con riguardo al sistema vigente, C. cost., sent. 31 maggio 1990 n. 275, *Giur. cost.*, 1990, 1658. In dottrina, v., ancora, Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 432 ss. e 383, la quale sospetta che, in ragione della scarsa pratica della rinuncia alla prescrizione, ci si trovi dinnanzi a «un meccanismo che appronta una soluzione più apparente che reale al problema del diritto al proscioglimento nel merito in presenza di una causa estintiva».

²⁶ Per tali ragioni, autorevole dottrina pone a fondamento dell'istituto dell'estensione dell'impugnazione il *favor rei*: così Tranchina, *La potestà di impugnare nel processo penale*, Milano, 1970, 137, ove rileva come «la legge disciplin[il] unicamente una estensione che operi *in melius* e non *in peius*»; cfr., sul punto, Did-di, *L'impugnazione per gli interessi civili*, cit., 215 ss.

²⁷ Caprioli, sub art. 574 c.p.p., Conso-Grevi (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005.

OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'IMPUTATO

normativo in base al quale l'accertamento negativo della responsabilità può realizzarsi esclusivamente attraverso la rinuncia irrevocabile al beneficio estintivo³⁰, i giudici di legittimità sembrano ostinarsi, anche in tale passaggio, a ignorare la circostanza che l'approfondimento del materiale probatorio imposto al giudice ex art. 578 c.p.p. può condurre a un pieno accertamento dell'innocenza dell'imputato, e ciò indipendentemente dalla scelta difensiva di rinunciare alla prescrizione. Qui il diritto dell'imputato al più ampio accertamento è sancito dalla norma, non essendo necessario, all'uopo, che questi rinunci alla causa estintiva del reato.

Alla luce di tali considerazioni non sembra potersi condividere l'opinione della Corte quando afferma che l'inosservanza da parte del giudice *a quo* di precisi doveri imposti dalla legge non può trovare rimedio in sede penale, integrando, pertanto, evenienze censurabili esclusivamente sotto il profilo deontologico.

Già, perché i giudici di legittimità, nella pronuncia in commento, accreditano la soluzione prescelta del rinvio al giudice civile ex art. 622 c.p.p. come la sola via percorribile. Né ritengono ostative le obiezioni, di natura testuale, provenienti dall'orientamento contrapposto, in base alle quali, mediante l'inciso "fermi gli effetti penali della sentenza" contenuto nell'art. 622 c.p.p., il legislatore ha voluto condizionare l'operatività della disciplina ivi prevista al definitivo accertamento della responsabilità penale³¹. Tale tesi è, infatti, inaccettabile per la Corte, la quale, anzi, sostiene che, tra gli "effetti penali della sentenza", possono farsi rientrare anche quelli scaturiti da una declaratoria di estinzione del reato.

Ciò nondimeno, sulla base degli argomenti sopra esposti, i giudici di legittimità avrebbero potuto ragionevolmente avallare l'opzione del rinvio al giudice penale, così evitando di compiere scelte di sistema che, diversamente, non solo finiscono per sacrificare il *favor innocentiae*, ma compromettono anche gli interessi della parte civile.

IL PRINCIPIO DI ECONOMIA E GLI INTERESSI DELLA PARTE CIVILE

Restano da esaminare le ricadute della decisione in commento sulla sfera degli interessi della parte civile.

³⁰ Per tutti, v. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, Riv. it. dir. proc. pen., 1962, 683, che sostiene come il predetto meccanismo sembri adombrare l'inaccettabile idea «che si punisca in ragione non tanto del fatto addebitato (che una norma speciale ritiene immeritevolmente di pena) quanto dell'incauto comportamento processuale della parte».

³¹ Vedi *supra*, nota 9.

Le Sezioni unite, al riguardo, anzitutto, rimarcano la necessità di isolare, e portare all'esame del giudice naturalmente competente ad esaminarli, gli interessi civili ancora *sub iudice*, onde evitare di stravolgere finalità e meccanismi decisori della giustizia penale. Quindi, pur ponendosi il problema degli svantaggi che deriverebbero alla parte civile dall'applicazione delle regole e delle forme della procedura civile, affermano che «questa è un'evenienza che il danneggiato ben può prospettarsi al momento dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, conoscendo i vari esiti del processo tra cui anche la dichiarazione ex art. 129 c.p.p.».

Anche con riferimento a tali conclusioni, però, non può non rilevarsi come la Corte sia incorsa nell'incongruenza di considerare preclusa la riapertura del tema penale pur non disconoscendo l'incidenza che su di esso potrebbe determinare la rivisitazione dell'accertamento sulla responsabilità civile. Nella fattispecie in oggetto, peraltro, le ragioni che hanno provocato l'annullamento della sentenza impugnata e il conseguente rinvio al giudice civile non sono riconducibili alla immediata declaratoria di una causa di estinzione del reato pronunciata dalla Corte d'appello, bensì all'accertata violazione dell'art. 578 c.p.p., da imputare alla negligenza del giudice di secondo grado, il quale ha ommesso di valutare, *ex professo*, ai fini dell'accertamento della responsabilità civile, l'intero materiale probatorio. È, pertanto, evidente come detta violazione non possa essere compresa tra le evenienze prospettabili dalla parte civile, cui si riferiscono le Sezioni unite, e rispetto alle quali si è di fatto ammesso il sacrificio dell'interesse di quest'ultima alla permanenza dell'azione risarcitoria nell'ambito del processo penale.

A fondamento del rinvio al giudice civile i giudici di legittimità invocano, inoltre, il principio del *favor separationis*, cui sono improntati i rapporti tra azione civile e azione penale nell'attuale assetto codicistico. Eppure, non può trascurarsi come il sistema, ammessa la costituzione di parte civile, non lasci il soggetto danneggiato privo di tutela, riconoscendogli una serie di garanzie, delle quali l'art. 578 c.p.p. costituisce un'estrinsecazione, in quanto tende a preservare il suo interesse a una «sollecita definizione della controversia civile nonostante l'intervento di una ragione estintiva»³². Appare chiaro,

³² Secondo Fiorio, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio d'appello*, Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, 366, l'art. 578 c.p.p. «ben soddisfa quelle esigenze di economia processuale che risulterebbero frustrate ove si imponesse il trasferimento della regiodicanda alla sede civile».

pertanto, come, se la *voluntas legislatoris* è quella di garantire alla parte civile il diritto a una durata ragionevole del processo, la *translatio iudicii*, ex art. 622 c.p.p., prospetterebbe non trascurabili frizioni con tale fine, atteso che il giudice civile dovrà decidere *ex novo* sia l'*an* sia il *quantum* relativi alle pretese risarcitorie³³. Diversamente, il rinvio al giudice penale, oltre a tutelare le aspettative dell'imputato – profilo, questo, non di poco con-

³³ Al contrario, il rinvio al giudice civile appare giustificato se a essere devolute sono le sole questioni attinenti al *quantum* delle pretese di natura civilistica.

to – risponderrebbe meglio alle esigenze di economia, potendo egli decidere «sulla scorta di prove già acquisite, con consistente risparmio di tempo e risorse rispetto all'opera che dovrebbe svolgere il suo omologo civile»³⁴.

³⁴ C. Valentini, *L'impugnazione della parte civile: in mezzo al guado fra la riforma della "Pecorella" e le dichiarazioni di incostituzionalità*, cit., 486, ad avviso della quale la disfunzione sta a monte ed è addebitabile a «una pigra prassi dei giudicanti del merito» che sono soliti disporre condanna generica alle pretese di natura civilistica, pur avendo, il legislatore, prefigurato il giudice penale come giudice sia dell'*an* sia del *quantum* della pretesa fatta valere dal danneggiato.

Incompatibile il Giudice dell'esecuzione che si sia già pronunciato su reato continuato o concorso formale

Corte costituzionale, sentenza 3 luglio 2013, n. 183 – Pres. Gallo; Rel. Frigo

Sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 34, comma 1, e 623, comma 1, lettera a), c.p.p., nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell'art. 671 del medesimo codice. In applicazione dell'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87, sono costituzionalmente illegittimi i medesimi artt. 34, comma 1, e 623, comma 1, lettera a), c.p.p., nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale, ai sensi dell'art. 671 dello stesso codice.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

Con ordinanza depositata il 26 ottobre 2012, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Velletri ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 111, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 34 e 623, comma 1, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice che, quale giudice dell'esecuzione, abbia pronunciato ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di applicazione della disciplina del reato continuato, annullata dalla Corte di cassazione.

Il rimettente riferisce di avere rigettato, con ordinanza del 18 maggio 2011, in veste di giudice dell'esecuzione, la richiesta di un condannato intesa ad ottenere, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., l'applicazione della disciplina della continuazione in rapporto a due reati di rapina aggravata, commessi in concorso con altra persona e giudicati separatamente. La decisione era basata sulla ritenuta impossibilità di ricondurre i due episodi delittuosi ad un medesimo disegno criminoso, trattandosi di fatti commessi in giorni diversi, in danno di differenti istituti di credito e in diverse località.

Il provvedimento era stato annullato con rinvio dalla Corte di cassazione, per incompletezza della motivazione in ordine allo stato di tossicodipendenza del ricorrente: condizione non menzionata nell'ordinanza impugnata e che doveva essere presa invece in considerazione alla luce

del disposto del comma 1 dell'art. 671 cod. proc. pen., in forza del quale «fra gli elementi che incidono sull'applicazione del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza». Gli atti erano stati quindi rinviati allo stesso Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Velletri, affinché esaminasse «in piena autonomia di giudizio» l'istanza del condannato, colmando le lacune motivazionali.

Ritenendo di trovarsi in situazione di incompatibilità, il giudice a quo aveva rimesso gli atti al magistrato designato per tale evenienza, sulla base delle tabelle giudiziarie. Il magistrato coordinatore della sezione, tuttavia, aveva nuovamente assegnato il procedimento al rimettente, rilevando come la Corte di cassazione avesse chiarito che è legittima l'ordinanza emessa, in sede di giudizio di rinvio, dallo stesso giudice autore del provvedimento annullato, in quanto la diversità della persona fisica del giudice chiamato a decidere dopo l'annullamento con rinvio è imposta dall'art. 623, comma 1, lettera d), cod. proc. pen. solo con riferimento alle sentenze.

Tanto premesso, il giudice a quo osserva come, se dovesse pronunciarsi nuovamente sull'istanza del condannato, tornerebbe a respingerla, essendo – a suo avviso – l'art. 671 cod. proc. pen. comunque inapplicabile nel caso in esame. Secondo quanto emerge dalla sentenza di condanna relativa alla prima delle due rapine, infatti, l'istante ha dichiarato di essersi determinato a commettere il reato in quanto aveva contratto debiti con spacciatori di sostanze stupefacenti. Tale dichiarazione – priva peraltro

di elementi di riscontro – non varrebbe a rendere operante la previsione normativa considerata, la quale riconosce la possibilità di configurare l'identità del disegno criminoso solo in relazione allo stato di tossicodipendenza del condannato, e non alle sue esposizioni debitorie. L'esistenza della condizione di tossicodipendenza non sarebbe, d'altra parte, desumibile dalla documentazione prodotta a sostegno dell'istanza, dalla quale risulta che l'interessato è stato «pres[o] in carico» dal servizio per le tossicodipendenze solo alcuni mesi dopo la commissione delle rapine.

Recependo l'eccezione formulata dal difensore, il rimettente reputa, tuttavia, pregiudiziale rispetto alla pronuncia sul merito dell'istanza la questione di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 623, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice che, quale giudice dell'esecuzione, abbia pronunciato ordinanza – annullata dalla Corte di cassazione – di accoglimento o di rigetto della richiesta di applicazione della continuazione.

Al riguardo, il giudice a quo rileva come la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto che, nel caso di annullamento di provvedimenti *de libertate*, il giudice del rinvio possa identificarsi in quello stesso che ha emesso l'ordinanza annullata, giacché, in tale ipotesi, il giudice non si pronuncia sul merito dell'imputazione e non esprime, così, quel «giudizio» che l'art. 34 cod. proc. pen. individua come secondo termine della relazione di incompatibilità.

Nella specie, per converso, esso giudice rimettente, rigettando l'istanza originaria, avrebbe già espresso – sia pure con la forma dell'ordinanza e non della sentenza – un giudizio di merito, avente ad oggetto il disconoscimento dell'esistenza di una medesima risoluzione criminosa al di sotto dei due episodi delittuosi: valutazione che postulerebbe un esame «non secondario» delle modalità e delle circostanze delle singole condotte.

La mancata previsione dell'incompatibilità nel caso considerato risulterebbe, pertanto, lesiva dell'art. 111, secondo comma, Cost., in forza del quale il giudice deve essere terzo e imparziale, non apparendo tale quel giudice che, dopo essersi pronunciato su una questione esprimendo un giudizio di merito, venga nuovamente chiamato a decidere la medesima questione, sia pure al fine di integrare la motivazione.

Sarebbe violato, altresì, l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento tra le fasi della cognizione e dell'esecuzione. Nell'ipotesi in cui il giudice abbia deciso con sentenza in sede cognitiva, l'annullamento con rinvio della sua decisione comporta, infatti, ai sensi dell'art. 623 cod. proc. pen., l'impossibilità per quel giudice di pronunciare nuovamente sulla vicenda. Se l'identico giudizio è invece espresso – come nella specie – in fase di esecuzione, e dunque mediante ordinanza (art. 666, comma 6, cod. proc. pen.), l'ulteriore pronuncia del medesimo giudice sulla stessa questione non è invece preclusa.

2.– È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile o infondata.

Ad avviso della difesa dello Stato, la questione sarebbe inammissibile sia per l'insufficienza della motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza, sia per la mancata verifica, da parte del giudice rimettente, della possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata nella normativa censurata.

Nel merito, la questione sarebbe comunque infondata. Al riguardo, l'Avvocatura dello Stato rileva come la giurisprudenza di legittimità sia costante nel ritenere che, nell'ipotesi di annullamento con rinvio al tribunale del riesame, non sussiste alcuna incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio nei confronti dei magistrati che hanno adottato la decisione annullata, tenuto conto sia della mancanza di indicazioni in tal senso nell'art. 623 cod. proc. pen. – ove anzi si prevede, nel caso di annullamento di un'ordinanza, il rinvio allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento – sia della natura incidentale del giudizio *de libertate*.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Velletri dubita della legittimità costituzionale degli articoli 34 e 623, comma 1, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice che, quale giudice dell'esecuzione, abbia pronunciato ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di applicazione della disciplina del reato continuato, annullata dalla Corte di cassazione.

Le norme censurate violerebbero, in parte qua, l'art. 111, secondo comma, della Costituzione, in forza del quale il giudice deve essere terzo e imparziale, non apparendo tale il giudice che, dopo essersi pronunciato su una questione esprimendo un giudizio di merito – quale quello inerente alla riconducibilità di distinti fatti di reato a un unico disegno criminoso – venga nuovamente chiamato a decidere la medesima questione.

Sarebbe lesa, altresì, l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento tra le fasi della cognizione e dell'esecuzione, posto che, nell'ipotesi in cui il giudice abbia deciso con sentenza in fase cognitiva, l'annullamento con rinvio della sua decisione comporta, ai sensi dell'art. 623 cod. proc. pen., l'impossibilità per quel giudice di pronunciare nuovamente sulla vicenda, mentre ciò non avviene se il medesimo giudizio è espresso in sede esecutiva, e dunque mediante ordinanza.

2.– In via preliminare, va disattesa l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato di inammissibilità della questione per insufficienza della motivazione sulla non manifesta infondatezza.

Il giudice rimettente ha esposto, infatti, in modo compiuto e adeguato le ragioni del ritenuto contrasto delle norme denunciate con i parametri costituzionali evocati, nei termini che si sono poc'anzi riassunti.

3.– Parimenti infondata è l'ulteriore eccezione della difesa dello Stato – prospettata, peraltro, anch'essa in termini meramente assertivi – di inammissibilità della questione per omessa sperimentazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

INCOMPATIBILE IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

Alla stregua di quanto si osserverà subito appresso, la premessa ermeneutica che fonda il quesito di costituzionalità – stando alla quale le norme censurate non prevedono l'incompatibilità del giudice nel caso considerato – appare, infatti, oggettivamente conforme al dato normativo e comunque rispondente al corrente orientamento della giurisprudenza di legittimità, così da poter essere assunta quale “diritto vivente”.

4.– Nel merito, la questione è fondata.

Il tema sottoposto all'esame della Corte attiene segnatamente ai limiti di operatività della incompatibilità cosiddetta “verticale”.

In proposito, giova premettere che, per reiterata affermazione di questa Corte, le norme sull'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento, di cui all'art. 34 cod. proc. pen., presidiano i valori della sua terzietà e imparzialità, attualmente oggetto di espressa previsione nel secondo comma dell'art. 111 Cost., aggiunto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), ma già in precedenza pacificamente insiti nel sistema costituzionale. Le predette norme risultano volte, in particolare, ad evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla “forza della prevenzione” – ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto – scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda* (*ex plurimis*, sentenze n. 153 del 2012, n. 177 del 2010 e n. 224 del 2001).

In questa prospettiva, il comma 1 dell'art. 34 cod. proc. pen. si occupa, in via prioritaria, delle ipotesi di incompatibilità conseguenti alla progressione “in verticale” del processo, determinata dalla articolazione e dalla sequenzialità dei diversi gradi di giudizio. Si tratta di un tipo di incompatibilità che salvaguarda la stessa effettività del sistema delle impugnazioni, le quali rinvergono, in linea generale, la loro ratio di garanzia nell'alterità tra il giudice che ha emesso la decisione impugnata e quello chiamato a riesaminarla.

In linea con la tradizione storica, la citata disposizione prevede l'incompatibilità verticale non solo in senso “ascendente”, ma anche in senso “discendente”: con riguardo, cioè, al giudizio di rinvio dopo l'annullamento. L'evidenziato effetto di condizionamento, derivante dalla “forza della prevenzione”, è ravvisabile, infatti, anche nell'ambito del giudizio in questione, trattandosi di una nuova fase del processo di merito, destinata in parte a rinnovare le attività poste nel nulla per effetto della sentenza di cassazione, in parte ad aggiungere ulteriori attività a quelle annullate.

Il comma 1 dell'art. 34 cod. proc. pen. limita, tuttavia, l'incompatibilità “verticale” – sia essa “ascendente” o “discendente” – al giudice che, in un grado del procedimento, abbia pronunciato o concorso a pronunciare «sentenza»: con ciò escludendo, a contrario, che l'incompatibilità scatti a fronte dell'avvenuta pronuncia di provvedimenti di altro tipo, e segnatamente di ordinanze. Si tratta di soluzione espressiva, in linea generale, dell'intento di conservare, da

un lato, l'unità di giudizio all'interno del grado, che sarebbe inopportuno frammentare, e di evitare, dall'altro, una eccessiva dilatazione dell'area dell'incompatibilità.

Con specifico riferimento all'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio, la previsione dell'art. 34, comma 1, cod. proc. pen. viene, peraltro, a saldarsi con le disposizioni dell'art. 623 cod. proc. pen., che individuano il giudice competente a pronunciare dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione. L'insussistenza dell'incompatibilità nel caso di annullamento di un'ordinanza trova, per questo verso, specifica conferma. Il citato art. 623 prende, infatti, espressamente in considerazione l'esigenza di evitare la coincidenza soggettiva tra giudice del rinvio e giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato solo con riguardo alle sentenze (lettera d): mentre, nel caso di annullamento di un'ordinanza, si limita puramente e semplicemente a stabilire che gli atti debbano essere trasmessi «al giudice che l'ha pronunciata» (lettera a).

Alla luce di tale dato normativo la giurisprudenza di legittimità ha, quindi, reiteratamente affermato che in sede di rinvio può provvedere lo stesso giudice-persona fisica che ha pronunciato l'ordinanza annullata. Tale principio è stato enunciato, in particolare, con riguardo all'ipotesi dell'annullamento con rinvio di ordinanze in materia di misure cautelari personali, corroborandolo con considerazioni attinenti alla natura delle valutazioni cui il giudice è in quel caso chiamato. Ma a conclusioni analoghe la Corte di cassazione è pervenuta anche in relazione a un complesso di altre fattispecie, tra cui l'annullamento con rinvio di provvedimenti del giudice dell'esecuzione – i quali assumono tipicamente la forma dell'ordinanza, ai sensi dell'art. 666, comma 6, cod. proc. pen. – ivi compresi quelli che qui specificamente interessano, ossia le ordinanze attinenti a richieste di applicazione della continuazione *in executivis* (si veda, in particolare, Cass., 19 dicembre 2007-15 gennaio 2008, n. 2098).

5.– La mancata previsione dell'incompatibilità in tale ultima ipotesi confligge, tuttavia, con entrambi i parametri evocati dal giudice rimettente, determinando una incongruenza interna tra la ratio dell'art. 671 cod. proc. pen. e i suoi effetti.

Recando, per corrente notazione, una delle novità più rilevanti del vigente codice di rito in punto di oggetto della competenza del giudice dell'esecuzione, la disposizione in parola abilita quest'ultimo ad applicare, su richiesta del condannato o del pubblico ministero, la disciplina del concorso formale e del reato continuato in relazione ai fatti giudicati con più sentenze o decreti penali irrevocabili, pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona.

La previsione trova la sua ratio “storica” nell'esigenza di compensare, su un diverso versante, il *favor separationis* che ispira il sistema processuale di tipo accusatorio. La drastica riduzione dei casi di connessione tra procedimenti – cui rimaneva originariamente estranea l'ipotesi del reato continuato – rendeva, infatti, particolarmente acuta la necessità di introdurre strumenti atti ad evitare l'irrimediabile perdita dei vantaggi derivanti dalla continuazione (cumulo giuridico delle pene) da parte dell'imputato che, in

quanto giudicato separatamente (anziché cumulativamente) per i singoli episodi criminosi, si fosse vista preclusa la possibilità di una valutazione globale della sua posizione in sede cognitiva, con evidente pregiudizio di posizioni costituzionalmente presidiate, a cominciare dal principio di eguaglianza (art. 3 Cost.).

Il mutamento di indirizzo legislativo registratosi al principio degli anni '90 – che ha portato all'inserimento della continuazione tra i casi di connessione (art. 12, comma 1, lettera b, cod. proc. pen., come modificato dal decreto-legge 20 novembre 1991, n. 367, recante «Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata», convertito, con modificazioni, nella legge 20 gennaio 1992, n. 8) – si è limitato a ridurre il campo operativo della norma, ma non ne ha appannato né la ratio, né l'utilità pratica. L'applicabilità della continuazione in sede esecutiva consente tuttora di evitare irragionevoli sperequazioni dovute a fattori meramente casuali, per effetto dei quali i reati in continuazione (o in concorso formale) siano stati giudicati nell'ambito di processi distinti, anziché in un unico processo cumulativo (ordinanza n. 43 del 2013).

Ma se l'esigenza di ripristinare l'eguaglianza vale in rapporto alla determinazione del trattamento sanzionatorio (applicazione del cumulo giuridico delle pene, in luogo del cumulo materiale), essa non può non valere anche in relazione all'applicazione della disciplina sull'incompatibilità del giudice, posta a presidio della sua imparzialità.

Come denuncia l'odierno rimettente, se è il giudice della cognizione a negare l'identità del disegno criminoso, l'annullamento su questo punto della sua sentenza lo rende incompatibile a partecipare al giudizio di rinvio, ai sensi dell'art. 34, comma 1, cod. proc. pen. Se l'identica valutazione è operata dal giudice dell'esecuzione, ciò viceversa non avviene.

6.– Nella verifica della ragionevolezza di un simile regime differenziato, non si possono, d'altra parte, non considerare le eccezionali caratteristiche dell'intervento del giudice dell'esecuzione nel caso in esame (ordinanza n. 43 del 2013).

La soluzione offerta dal legislatore al problema del ripristino dell'eguaglianza – quella, appunto, di demandare al giudice dell'esecuzione la "sintesi" delle condotte giudicate separatamente, determinandone le conseguenze ai sensi dell'art. 81 del codice penale – comporta una evidente "frattura" dell'ordinario *discrimen* tra fase cognitiva e fase esecutiva, sotto un duplice profilo.

Da un lato, infatti, il giudice dell'esecuzione si vede investito di un accertamento che non attiene affatto all'esecuzione (sia pure *lato sensu* intesa) delle pronunce di condanna delle quali si discute, quanto piuttosto al merito delle imputazioni. Al riguardo, si è icasticamente parlato di un frammento di cognizione inserito nella fase di esecuzione penale. La verifica della sussistenza di un medesimo disegno criminoso – l'accertamento, cioè, che l'interessato, prima di dare inizio alla serie criminosa, abbia avuto una rappresentazione, almeno sommaria, dei reati che si accingeva a commettere e che detti reati siano stati ispirati ad

una finalità unitaria – implica, in effetti, valutazioni tecnico-giuridiche attinenti al fatto, tanto sul piano teorico che su quello operativo, avuto riguardo al materiale probatorio da scrutinare.

Dall'altro lato, la soluzione normativa in discorso comporta l'apertura di una evidente breccia nel principio di intangibilità del giudicato. All'esito del riconoscimento della continuazione (o del concorso formale), il giudice dell'esecuzione si trova, infatti, abilitato a modificare il trattamento sanzionatorio inflitto in sede cognitiva: non solo, e anzitutto, riducendo le pene principali, ma anche, eventualmente, eliminando o riducendo pene accessorie e misure di sicurezza o altri effetti penali della condanna (sono i provvedimenti consequenziali cui si riferisce il comma 3 dell'art. 671 cod. proc. pen.). Lo stesso comma 3 dell'art. 671 riconosce, altresì, espressamente al giudice dell'esecuzione il potere di concedere la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò derivi dal riconoscimento della continuazione (o del concorso formale).

L'apprezzamento demandato al giudice dell'esecuzione presenta, dunque, tutte le caratteristiche del «giudizio», quali delineate dalla giurisprudenza di questa Corte ai fini dell'identificazione del secondo termine della relazione di incompatibilità costituzionalmente rilevante, espressivo della sede «pregiudicata» dall'effetto di «condizionamento» scaturente dall'avvenuta adozione di una precedente decisione sulla medesima *res iudicanda*. Tale è, infatti, il «"giudizio" contenutisticamente inteso, e cioè [...] ogni sequenza procedimentale – anche diversa dal giudizio dibattimentale – la quale, collocandosi in una fase diversa da quella in cui si è svolta l'attività "pregiudicante", implichi una valutazione sul merito dell'accusa, e non determinazioni incidenti sul semplice svolgimento del processo, ancorché adottate sulla base di un apprezzamento delle risultanze processuali» (sentenza n. 224 del 2001): in altre parole e più in breve, è pregiudicante «qualsiasi tipo di giudizio, [...] che in base a un esame delle prove pervenga a una decisione di merito» (sentenza n. 131 del 1996). Tratti, questi, senz'altro riscontrabili – per quanto detto – nella decisione assunta dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen.

7.– Gli artt. 34, comma 1, e 623, comma 1, lettera a), cod. proc. pen. vanno dichiarati, pertanto, costituzionalmente illegittimi, nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, all'ipotesi dell'annullamento con rinvio dell'ordinanza che si pronunci sulla richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale: fattispecie regolata congiuntamente a quella oggetto del quesito dallo stesso art. 671 cod. proc. pen. e in rapporto alla quale valgono le stesse considerazioni.

[Omissis]

MARCO PIERDONATI*

Ricercatore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Teramo

Incompatibilità del Giudice e Costituzione: colpita la disciplina del reato continuato e del concorso formale in esecuzione

Judge's incompatibility and Constitution: affected the rules of continued and formal concurrence offences in executivis

L'Autore approfondisce l'analisi dell'avvertita decisione con cui la Corte costituzionale ha censurato, in nome del canone sovraordinato dell'imparzialità del Giudice, la disciplina in tema di applicazione del reato continuato e del concorso formale *in executivis*. Continua, pertanto, la parabola evolutiva della giurisprudenza costituzionale, lungo la quale si è via via arricchito il catalogo originario delle incompatibilità (art. 34 c.p.p.), notoriamente affetto da molte, troppe irragionevoli lacune.

In order to the principle of the judge's impartiality, the author deepens the analysis of the judicial decision of the Constitutional Court that it has censored the law in relation to the application of the continuing offence and the concurrence of offences. Therefore, still continues the development and the evolution of constitutional jurisprudence, that it enriches the original catalogue of the judge's incompatibilities (art. 34 c.p.p.), that it is, notoriously, suffering from too many unreasonable casus omissi.

UNA NUOVA FATTISPECIE OGGETTO D'INTERVENTO ADDITIVO: IL SISTEMA DELLE INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE PENALE APPRODA IN SEDE ESECUTIVA

L'ennesima declaratoria d'incostituzionalità – diretta e consequenziale – dell'art. 34 c.p.p. in tema d'incompatibilità del Giudice apre scorci ampi.

Nel riaffermare il ruolo di custode del valore dell'imparzialità rispetto ai vuoti di tutela disseminati nel codice di rito, le censure della Corte costituzionale s'indirizzano, in questo caso, sull'incompatibilità c.d. "verticale" (art. 34, comma 1, c.p.p.); raggiungendo, per la prima volta, i territori della fase esecutiva e, più da vicino, la disciplina di favore del reato continuato e del concorso formale *in executivis*¹.

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

¹ Per i primi commenti a questa decisione della Corte costituzionale, Bricchetti, *La pronuncia non può apparire condizionata da valutazioni già espresse sulla questione*, *Guida dir.*, 2013, 32, 58 ss.; Fabretti, *Nuova dichiarazione di illegittimità dell'art. 34 c.p.p.: incompatibile, dopo l'annullamento con rinvio, il giudice della esecuzione che abbia provveduto su continuazione o concorso formale di re-*

Diciamo subito che il problema del Giudice incompatibile con se stesso – in ragione di specifici atti compiuti nel medesimo procedimento – va strettamente collegato alle ipotesi di "duplicità" di un *giudizio di merito* sullo stesso tema; estromettendo tutto ciò che non reclama una valutazione contenutistica sulla consistenza dei fatti, strumentale a una determinata decisione.

Del resto, quel che interessa al massimo livello dell'ordinamento europeo e nazionale, per il corretto funzionamento del "giusto" processo, è che la pronuncia sul merito di un certo *thema decidendi* – in qualunque sede si realizzi e al di là della forma che il provvedimento assuma – sia espressa senza che il libero flusso del convincimento giudiziale possa essere inquinato da condizionamenti che oscurino o, comunque, velino i sovraordinati valori di terzietà e, soprattutto, *imparzialità* (art. 111, comma 2, Cost.;

ati, www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2013; Ranaldi, *La Corte costituzionale "corre" verso l'esecuzione leale: va esteso alla fase esecutiva il "catalogo" delle incompatibilità determinate da atti compiuti nel procedimento*, *Arch. pen.*, 2013, 2, 1 ss.

art. 6, n. 1, Cedu)². Non *apparendo* tale il Giudice che, dopo essersi pronunciato su un tema esprimendo un *giudizio*, sia chiamato nuovamente a pronunciarsi sul medesimo tema; vista la possibile, naturale, predisposizione a ribadire una posizione già assunta nel precedente momento decisionale.

Ecco, più nel dettaglio, la struttura dell'incompatibilità endoprocessuale, polarizzata su una *fonte di pregiudizio* e una *sede pregiudicata*.

Fonte di pregiudizio, da cui prende avvio il problema dell'incompatibilità del Giudice, è ogni attività che implica una valutazione contenutistica, e non puramente formale, sulla consistenza dei fatti, quale che sia il relativo livello di approfondimento. Sede pregiudicata è il giudizio, vale a dire ogni procedimento nel quale dovrà adottarsi una decisione sul merito della *res iudicanda*, il cui esito potrebbe tuttavia essere in qualche misura influenzato dalla "forza della prevenzione" che la precedente decisione porta inevitabilmente con sé³.

Nel condurre a piena maturazione simili principi nella specifica situazione processuale che ha ispirato la questione d'illegittimità costituzionale, può senz'altro dirsi che la fonte di pregiudizio è costituita dall'ordinanza, redatta dal Giudice dell'esecuzione, con cui egli si è espresso nel senso dell'infondatezza della richiesta, avanzata dalla difesa del condannato, di applicare il regime più favorevole del reato continuato, rispetto a due reati di rapina aggravata giudicati separatamen-

te. La sede pregiudicata va dunque individuata nell'"insospettabile" momento esecutivo, più in particolare nel giudizio di rinvio ove il medesimo Giudice veniva chiamato a pronunciarsi nuovamente sui contenuti di quell'ordinanza di cui era stato autore, poi annullata dalla Cassazione per vizio di motivazione.

La sintesi fra il variegato intrecciarsi dei due parametri di riferimento – forza pregiudicante e giudizio pregiudicato – è in ultima analisi effettuata, con efficacia ed equilibrio, dalla Corte costituzionale.

Problema di fondo che ha affrontato, e risolto affermativamente, la decisione in analisi è il seguente: se, in che misura o modo la tipologia e i contenuti di un determinato provvedimento giurisdizionale – nella specie l'ordinanza in materia di applicazione *in executivis* del reato continuato – possa minacciare la terzietà e la neutralità del Giudice, rispetto alle parti, negli sviluppi del giudizio di rinvio, conseguente all'annullamento di quella stessa ordinanza.

Non può sfuggire come, nell'ipotesi considerata, sia stata decisiva la seguente circostanza: il Giudice, benché dell'esecuzione, non è stato investito di un'attività propriamente esecutiva, nemmeno *lato sensu* intesa, delle sentenze di condanna, né si è limitato a una mera conoscenza degli atti. Viceversa egli – chiamato a ricostruire, in vista della decisione, i requisiti del reato continuato – ha posto in essere una ponderazione che ha toccato gli estremi della consistenza contenutistica dei fatti e, dunque, l'area del merito. Ciò perché la ricostruzione del medesimo disegno criminoso, elemento cardine di questa peculiare figura di concorso di reati (art. 81 cpv. c.p.), impone una valutazione complessiva, mediata da un sottostante apprezzamento sulle singole modalità e sulle specifiche circostanze di fatto che hanno accompagnato la realizzazione dei reati.

In questo quadro l'ordinanza di rigetto, rispetto alla richiesta di applicare il regime del reato continuato, si presenta perciò munita di una forza pregiudicante tale da attivare nel magistrato quel meccanismo "psicologico" incline a conservare la propria decisione là dove in ipotesi egli fosse nuovamente chiamato a pronunciarsi sullo stesso tema. Per tale via risulta invero compromessa, anche solo in termini potenziali, l'imparzialità di giudizio, che invece deve sempre sorreggere, al di là di ogni ragionevole dubbio, l'esercizio della funzione giurisdizionale⁴.

² Sia l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici prevedono, con identica formula, che «*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... par un tribunal indépendant et impartial*». In particolare, l'art. 6, n. 1, Cedu è stato interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel senso che nel concetto di imparzialità del giudice deve essere ricondotta l'assenza di pregiudizio e del rischio di prevenzione, tanto sotto il profilo soggettivo – relativo al c.d. foro interiore del giudice – quanto sotto quello oggettivo dell'esistenza delle garanzie sufficienti ad escludere ogni legittimo dubbio: in tal senso, fra le tante, Corte e.d.u. 26 dicembre 1993, n. 257, *Cass. pen.*, 1994, 1108; Corte e.d.u. 24 febbraio 1993, n. 255, *ivi*, 1994, 1107). In dottrina, Caraceni, *Il giudice "indipendente e imparziale" nell'ottica dello spazio comune europeo*, Coppetta (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, 2005, 120 ss.; Massa, *L'indipendenza e l'imparzialità del magistrato e le contraddizioni di Strasburgo*, in *Questioni giustizia*, 2002, 1, 189 ss.; Rivello, *Il principio dell'imparzialità del giudice nella giurisprudenza costituzionale e negli interventi del legislatore*, *Cass. pen.*, 1999, 3030 ss.; Ubertis, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti «europei»*, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1519 ss.

³ Per una "messa a fuoco" dei parametri "fonte di pregiudizio-sede pregiudicata", con chiarezza, C. cost., sent. 12 novembre 1991, n. 401, *Cass. pen.*, 1991, 3487. Nella letteratura processualpenalistica, Spangher, *Art. 34 c.p.p.: i punti fermi della giurisprudenza costituzionale*, *Giur. cost.*, 2003, 1140; nonché Aprati, *Osservazioni a Cass. pen.*, 12 dicembre 2007, n. 371, *Cass. pen.*, 2008, 3334 ss.

⁴ Sui significati della "forza della prevenzione" rinvenibili anche nelle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, Di

INCOMPATIBILE IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

Su tale base la Corte costituzionale – evidentemente non intravedendo gli spazi per una “lettura” adeguata del testo di legge, mediante una pronuncia interpretativa di rigetto⁵ – ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale degli articoli 34, comma 1, e 623, comma 1, lettera a), c.p.p., nella parte in cui, in via generale e astratta, nulla dicono circa la richiamata ipotesi d’incompatibilità del Giudice dell’esecuzione in materia di reato continuato.

Di più. La Corte ha esteso in via consequenziale – secondo il meccanismo previsto dall’art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87 – la declaratoria d’illegittimità anche all’ipotesi dell’annullamento con rinvio dell’ordinanza che si pronunci sulla richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale; in quanto, ha osservato la Corte, «fattispecie regolata congiuntamente a quella oggetto del quesito dallo stesso art. 671 c.p.p. e in rapporto alla quale valgono le stesse considerazioni».

Sia pur ponendosi nella “scia” dell’avvertito indirizzo della giurisprudenza costituzionale che si è fatto carico di colmare nel tempo le troppe lacune del catalogo originario dettato dall’art. 34 c.p.p., la decisione in analisi si rivela particolarmente interessante e, in una certa misura, all’“avanguardia”, in ragione di un elemento di novità non trascurabile. Nell’evadere dai luoghi ove, non senza interferenze reciproche, le riflessioni sul problema delle incompatibilità del Giudice hanno tradizionalmente trovato sistemazione privilegiata – indagini, giudizi incidentali, udienza preliminare, riti speciali, dibattimento⁶ – le censure della Corte costituzionale,

come anticipato, raggiungono per la prima volta la dimensione dell’esecuzione penale; ove peraltro i provvedimenti relativi assumono di regola la forma dell’ordinanza (art. 666, comma 6, c.p.p.).

Non è un caso, del resto, che lo stesso rimettente non abbia individuato una sentenza “di addizione”, in questo settore specifico, all’interno del pur ricco elenco di cause d’incompatibilità rinvenibile nell’attuale art. 34 c.p.p. (così come aggiornato dalle decisioni della Corte costituzionale).

È innegabile, peraltro, che la stessa giurisprudenza della Cassazione non si fosse (quasi) mai posta da un punto di vista critico o, comunque, problematico rispetto al segnalato vuoto di tutela. Avendo avuto modo di affermare a più riprese, anzi, che solo l’annullamento con rinvio di una sentenza impone l’assegnazione del procedimento a un giudice-persona fisica diverso; mentre, rispetto alle ordinanze, non si porrebbe alcuna situazione d’incompatibilità del Giudice, considerando il tenore letterale e la logica complessiva impressi dal legislatore all’art. 623 c.p.p. che, sotto questo profilo, opera una netta distinzione fra sentenza e ordinanza appunto⁷.

Al fondo di questa lettura “conservatrice” del regime delle incompatibilità – che sembra privilegiare più la forma in sé del provvedimento che la sua autentica natura – sembrano potersi cogliere (anche) calcoli di “politica giudiziaria”. Non va infatti trascurato, secondo la Cassazione, come la frammentazione dei procedimenti in ragione delle incompatibilità del Giudice sia un costo elevato per il sistema processuale, che non dovrebbe essere incrementato se non nei casi di assoluta ed effettiva necessità.

Ragionando diversamente – e rifiutando qualsiasi atteggiamento ispirato alla cautela e alla “ra-

Chiara, *L’incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, 195.

⁵ La Corte costituzionale, cercando di arginare il proliferare di pronunce di illegittimità costituzionale, ampliando il quadro delle ipotesi di incompatibilità dettate dal codice mediante pronunce additive, ha spinto l’interprete a recepire la cultura del giusto processo in tema di profilassi del giudice terzo ed imparziale, proclamando l’esigenza di praticare un’interpretazione conforme dei principi primari nazionali e sovranazionali e della giurisprudenza delle rispettive autorità giurisdizionali: in proposito C. Cost., sent. 21 giugno 2012, n. 153, *www.penalecontemporaneo.it*, 25 giugno 2012, con commento di Leo, *È sempre incompatibile il giudice che abbia deliberato provvedimenti cautelari personali in altre fasi del procedimento*; nonché Cass., Sez. un., 31 marzo 2004, n. 23016, *CED Cass.*, 227523. In dottrina cfr. anche Alonzi, *Iura novit curia: esclusa una nuova ipotesi di incompatibilità*, *Giur. cost.*, 2010, 2126 ss.

⁶ Per un’accurata analisi delle decisioni della Corte costituzionale in questi ambiti, Di Chiara, *L’incompatibilità endoprocedurale del giudice*, cit., 107 ss.; Id., *Incompatibilità del giudice per il successivo dibattimento ordinario in caso di richiesta di giudizio direttissimo e mancata convalida dell’arresto in flagranza*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 943; Gaito, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l’illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, *Arch. pen.*, 2011, 2; Garuti, *Incompatibilità del giudice e udienza preliminare*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 592 ss.; Id., *Incompatibilità e processo minorile: le*

garanzie si estendono anche all’udienza preliminare, *Cass. pen.*, 1998, 383 ss.; Marzaduri, *Tutela dell’imparzialità del giudice ed emissione di provvedimenti sulle misure cautelari personali*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme* (atti del convegno di Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995), Milano, 222; T. Rafaraci, *sub art. 34 c.p.p.*, Conso – Grevi, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Padova, 2005, 95 ss.; Id., *Il divieto di partecipare al giudizio dopo la pronuncia di libertà in altra fase del procedimento come «paradigma di sistema» (Incompatibile il giudice che ha rigettato la richiesta di convalida e di misura cautelare in limine del giudizio direttissimo)*, *Giur. cost.*, 2012, 2122 ss.; Scalfati, *L’udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 1 ss.; Id., *L’udienza preliminare tra garanzia ed economia del nuovo rito accusatorio*, *Arch. pen.*, 1981, 89 ss.; Spangher, *Art. 34 c.p.p.*, cit., 1139 ss. Cfr. anche Guiducci, *L’incompatibilità a giudicare*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale. Soggetti e atti*, Torino, 2009, 242 ss.; Semeraro, *I nuovi profili di incompatibilità del G.u.p.*, *Cass. pen.*, 2002, 1663; Vigiani, *Una nuova pronuncia in tema di incompatibilità ex art. 34 c.p.p.*, *Giur. it.*, 2009, 1882.

⁷ Cass., Sez. I, 15 gennaio 2008, n. 2098, *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 106; Cass., Sez. I, 12 gennaio 2009, *Riv. pen.*, 2009, 1448; Cass., Sez. I, 19 maggio 2004, *Cass. pen.*, 2005, 2630.

gion pratica" "in nome" del sovraordinato valore dell'imparzialità – la Corte costituzionale introduce, qui in un'ottica di rafforzamento delle garanzie giurisdizionali *in executivis*, una nuova regola d'incompatibilità, così riassumibile: non può partecipare al giudizio di rinvio il Giudice dell'esecuzione che abbia già emanato un'ordinanza, annullata dalla Cassazione, di accoglimento o rigetto della richiesta di applicare la disciplina del reato continuato (o del concorso formale).

LA QUESTIONE D'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E IL PROBLEMA DELLE ORDINANZE "DI MERITO"

Naturalmente l'itinerario inedito tracciato dalla Corte costituzionale prende avvio dalla "sensibile" ordinanza di rimessione (n. 307/2012) stilata, nel quadro di una sequenza procedimentale *post iudicatum*, da un Gip, in qualità di Giudice dell'esecuzione.

Questi, non persuaso fino in fondo dal comune convincimento sedimentatosi nella prassi del settore, decide di "rompere" con il passato; così sollevando la questione d'illegittimità costituzionale, sia pur "sollecitato" da una precisa eccezione formulata dalla difesa.

La fattispecie presenta caratteristiche peculiari, anche se non del tutto infrequenti; e isolarne i tratti salienti senz'altro giova a meglio approfondire i relativi problemi processuali di fondo. In definitiva e in sintesi, il Giudice dell'esecuzione aveva rigettato la richiesta formulata dal condannato – per due episodi di rapina aggravata commessi in concorso con un altro soggetto e giudicati separatamente – di riconoscere, ai sensi dell'art. 671 c.p.p., il regime della continuazione; e, con esso, il cumulo giuridico delle pene (aumento fino al triplo della pena prevista per il reato più grave), in luogo del "draconiano" cumulo materiale.

In particolare, il rimettente non registrava la sussistenza degli estremi del medesimo disegno criminoso che avrebbe, a detta del condannato, finalisticamente collegato i due delitti; trattandosi, fra l'altro, di fatti commessi in giorni, istituti di credito e località diversi.

Dinanzi all'ordinanza di rigetto, la difesa proponeva ricorso per cassazione.

La Corte rilevava, in effetti, la carenza della motivazione del provvedimento impugnato in relazione alle ragioni che avrebbero dovuto sorreggere il mancato riconoscimento della disciplina del reato continuato, con particolare riguardo allo stato di tossicodipendenza del reo (art. 671, comma 1, c.p.p.); condizione non menzionata

nell'ordinanza impugnata e che, invece, il Giudice avrebbe dovuto prendere in espressa considerazione, alla luce del disposto del comma 1 dell'art. 671 c.p.p., secondo cui «fra gli elementi che incidono sull'applicazione del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza».

Per tale via la Cassazione disponeva l'annullamento con rinvio al medesimo Giudice, affinché riesaminasse «in piena autonomia di giudizio» l'istanza del condannato, colmando le lacune di motivazione. Il magistrato riteneva, tuttavia, che la decisione già stilata avesse portato con sé (anche) un giudizio di merito. Perciò l'essere chiamato nuovamente a pronunciarsi, al di là della forma del provvedimento (ordinanza e non sentenza), sulla medesima questione avrebbe potuto farlo apparire "parziale" rispetto al *thema decidendi*; a maggior ragione visto che – si legge nel provvedimento di rimessione – egli aveva in animo di rifiutare ancora, sia pur sanando le insufficienze giustificative, l'istanza di applicazione della disciplina del reato continuato proposta dal condannato, reputando gli artt. 81 cpv. c.p. e 671 c.p.p. comunque inapplicabili nel caso concreto⁸.

Sicché il Giudice segnalava la potenziale situazione d'incompatibilità al magistrato coordinatore della sezione – "istituzionalmente" deputato a risolvere simili situazioni d'*impasse* secondo le tabelle giudiziarie – a tal fine restituendogli gli atti. Alla convinzione del primo di essere incompatibile con se stesso si contrapponeva quella di segno opposto del secondo, che non esitava invece a confermare l'assegnazione del procedimento; anche in forza del richiamato orientamento della giurisprudenza consolidata⁹.

A quel punto il Giudice – reputata la questione rilevante nel caso giudicato e non manifestamente infondata in relazione alla possibile violazione degli artt. 3, 111, comma 2, Cost. – sollevava questione di legittimità costituzionale, con specifico riferimento

⁸ Più precisamente, il giudice rimettente osservava che il condannato ha dichiarato di essersi determinato a commettere il reato, in quanto aveva contratto debiti con spacciatori di sostanze stupefacenti. Tale dichiarazione – priva peraltro di elementi di riscontro – non varrebbe, continua il magistrato, a rendere operante la previsione normativa considerata, la quale riconosce la possibilità di configurare l'identità del disegno criminoso solo in relazione allo stato di tossicodipendenza del condannato, e non alle sue esposizioni debitorie. L'esistenza della condizione di tossicodipendenza non sarebbe, d'altra parte, conclude il Giudice, desumibile dalla documentazione prodotta a sostegno dell'istanza, dalla quale risulta che l'interessato è stato «pres[o] in carico» dal servizio per le tossicodipendenze solo alcuni mesi dopo la commissione delle rapine.

⁹ Cfr. *retro*, par. 1, nota 7.

INCOMPATIBILE IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

agli artt. 34 e 623, lett. a), c.p.p., nei termini già precisati, poi accolti, nella misura più ampia, dal *dictum* della Corte costituzionale, che confermava la pertinenza e la solidità degli argomenti individuati dal giudice *a quo* per ravvisare, nell'ipotesi considerata, la traccia di una prevenzione dell'organo idonea a compromettere (o a fare apparire compromessa) la propria neutralità e serenità di giudizio.

SIGNIFICATO E LIMITI DELLA DISCIPLINA SULLE INCOMPATIBILITÀ "VERTICALI" (ART. 34, COMMA 1, C.P.P.)

Gli argomenti evocati s'inseriscono nel capitolo, più ampio ed evidentemente ancora bisognoso di compiuti sviluppi, dei rapporti tra l'istituto dell'incompatibilità endoprocessuale e il canone dell'imparzialità della funzione giurisdizionale; capitolo "classico" della letteratura e della giurisprudenza processualpenalistica, eppure sempre attuale e controverso.

Una precisazione preliminare s'impone, per scongiurare possibili ambiguità o, peggio, equivoci.

La "valvola di sicurezza" delle incompatibilità agisce su un piano *astratto*, e non concreto, giacché si attiva semplicemente nel momento in cui il Giudice compie un determinato atto, che tocca l'area del merito, nelle trame del procedimento penale; al di là della portata pregiudicante, tanto o poco significativa, che tale attività abbia effettivamente assunto nel singolo caso. Basta che, in via generale e astratta, la fonte di pregiudizio sia ragionevolmente tale; in forza dell'*id quod plerumque accidit* che, com'è noto, non necessariamente coincide con "quel che è realmente accaduto nella situazione concreta".

Al di fuori di questo contesto, il rimedio elettivo per evitare ritenute forme di parzialità del giudizio è rinvenibile nei più duttili strumenti dell'astensione e della ricsuzione, che invece, per definizione, sono sensibili alle peculiari circostanze del caso concreto¹⁰.

Chiarito ciò, sin dall'entrata in vigore del codice di rito il disposto dell'art. 34 c.p.p. è stato "epicentro" di un ricco e articolato campionario di eccezioni, e conseguenti questioni di costituzionalità; riversatesi, non di rado, in declaratorie di parziale illegittimità del testo di legge con pronunce del tipo

¹⁰ Sui rapporti sistematici fra incompatibilità, astensione e ricsuzione, Galantini, *Principio della conservazione degli atti e incompatibilità del Giudice*, *Cass. pen.*, 1997, 584 ss.; nonché Todaro, *L'incompatibilità del giudice penale tra indirizzi consolidati e vuoti di tutela*, *ivi*, 2007, 2074.

"manipolativo-additive"¹¹. Complice la non sempre adeguata attenzione della disciplina del 1988 in tema d'incompatibilità alla pluralità dei percorsi procedurali che il nuovo sistema processuale a stile accusatorio aveva portato con sé¹².

Per mano della Corte costituzionale, come si sa, è stato via via arricchito il catalogo delle ipotesi d'incompatibilità del Giudice, che ha visto, alla lunga, incrementare notevolmente la propria portata applicativa, ben oltre l'assai più limitata partitura originaria¹³.

Nel quadro complessivo delle incompatibilità tracciato dal codice di rito (e dalla Corte costituzionale) a presidio dei valori di terzietà e imparzialità del Giudice, il comma 1 dell'art. 34 si concentra, più in particolare, sui casi d'incompatibilità conseguenti alla progressione "in verticale" del processo; incompatibilità determinata, cioè, dall'articolazione e dalla sequenzialità dei diversi gradi di giudizio. Così, stando al dato positivo, il Giudice che ha pronunciato (o ha concorso a pronunciare) sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di Giudice negli altri gradi¹⁴.

La norma richiamata, va aggiunto, concepisce giustamente l'incompatibilità verticale non solo in senso "ascendente", ma – per quel che qui più interessa – anche "discendente"; nella misura in cui *preclude al Giudice che ha pronunciato sentenza in un grado del procedimento di partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento del provvedimento*.

¹¹ Per un *excursus* delle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo all'art. 34, comma 2, c.p.p., che ha nella c.d. "trilogia d'ottobre" del 1997 (Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 306, 307, 308, *Foro it.*, 1997, I, 2721 ss.) un punto di approdo assai significativo, Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 147 ss.; Guiducci, *L'incompatibilità a giudicare*, cit., 242 ss.; Rivello, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 228 ss.

¹² Disciplina, quella del codice del 1988, riecheggiante, in una certa misura, quella del codice di procedura abrogato del 1930 (art. 61).

¹³ Naturalmente l'assetto dell'art. 34 c.p.p., così come integrato dalle sentenze dichiarative d'illegittimità costituzionale, è sensibilmente mutato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 (cd. riforma del "Giudice unico"). Sicché parte della giurisprudenza costituzionale (cfr. *retro*, in questo par., nota 11) deve ritenersi superata: per un'analisi dei termini del problema Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2012, 42 ss.; Nicolucci, *Un'impostazione di "metodo" nella verifica di situazioni di incompatibilità endoprocessuale del giudice*, *Cass. pen.*, 2009, 1093; Spangher, *Processo penale da adeguare all'istituzione del giudice unico*, *Dir. pen. proc.*, 1998, 681.

¹⁴ Il comma 1 dell'art. 34 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da C. Cost., sent. 4 luglio 2001, n. 224, *www.cortecostituzionale.it*, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto.

Questa fase rescissoria, consistente in una nuova fase di merito, è destinata in parte a rinnovare le attività vanificate per effetto della sentenza di cassazione in sede rescindente, in parte ad aggiungere ulteriori attività rispetto a quelle annullate¹⁵.

Ovvia la *ratio* di garanzia sottesa al regime delle incompatibilità verticali, identificabile nella logica, più generale, che governa il sistema delle impugnazioni; e che impone, per la stessa effettività del sistema, l'alterità tra il giudice che ha stilato la decisione censurata e quello deputato a ri-valutarla. Ciò per tutelare, in definitiva, il diritto alla difesa e a un giudice imparziale, in vista della celebrazione di un giudizio che sia effettivamente giusto ed equo.

Se questo è il significato complessivo dell'art. 34, comma 1, c.p.p., da un approfondimento di analisi del testo di legge emerge, fra gli altri, un limite di struttura che ne circoscrive l'area di processuale rilevanza.

Più esattamente, la situazione descritta nell'art. 34, comma 1, c.p.p. – che si specifica e si chiarisce nell'art. 623, comma 1, lett. a), d), c.p.p.¹⁶ – delimita la portata dell'incompatibilità verticale (ascendente e discendente) nei confronti del Giudice che «ha pronunciato o concorso a pronunciare sentenza». Il che naturalmente *esclude* dallo spettro applicativo della norma in questione tutti i provvedimenti diversi dalle sentenze, anzitutto le *ordinanze*.

Si tratta di una soluzione "compromissoria" espressiva – come rilevato anche nella decisione da cui queste riflessioni prendono spunto – dell'intento di conservare, da un lato, l'unità di giudizio all'interno del grado, che si è ritenuto inopportuno frammentare; e di evitare, dall'altro, un'eccessiva

dilatazione delle implicazioni dell'incompatibilità, in nome dell'efficienza e della funzionalità del sistema complessivo.

È peraltro consolidato in giurisprudenza, come anticipato, il principio secondo cui – nel settore delle cautele personali, ma anche in altri ambiti, ivi incluso l'annullamento con rinvio di provvedimenti del giudice dell'esecuzione – il giudizio di rinvio possa essere celebrato, senza veri ostacoli, dallo stesso Giudice-persona fisica¹⁷.

Senonché, ragionando diversamente, il Giudice *a quo* e, poi, la Corte costituzionale hanno maturato, rispettivamente, il dubbio e la convinzione che il regime delle incompatibilità previsto dal comma 1 dell'art. 34 c.p.p., nel senso precisato, dovesse *estendersi anche all'ordinanza*, purché avente ad oggetto un *giudizio di merito*; come sembra accadere, in effetti, nell'ipotesi dell'applicazione, o del rigetto, della richiesta di reato continuato o di concorso formale *in executivis*.

APPLICAZIONE IN EXECUTIVIS DEL REATO CONTINUATO (E DEL CONCORSO FORMALE) E ANNULLAMENTO CON RINVIO: I "MILLE VOLTI" DEL GIUDIZIO

L'art. 671 c.p.p. consente al Giudice dell'esecuzione, su richiesta del condannato (o del suo difensore) o del p.m., di applicare la disciplina del reato continuato e del concorso formale, tutte le volte in cui vi siano – come peraltro nella vicenda che ha originato la questione d'illegittimità costituzionale (due episodi di rapina aggravata, giudicati separatamente) – più sentenze (o decreti) irrevocabili pronunciati in distinti procedimenti nei confronti della medesima persona; sempreché ad escludere l'operatività di simile disciplina non sia stato il Giudice della cognizione.

Ora è pur vero che appartengono anzitutto a quest'ultimo le prerogative *quod poenam*, nella specie finalizzate a ponderare gli estremi della continuazione (o del concorso formale).

Nondimeno il legislatore ha voluto comunque lasciare al Giudice dell'esecuzione una competenza funzionale in materia di concorso di reati solo ap-

¹⁵ Sui rapporti fra giudizio rescindente e giudizio rescissorio in sede di rinvio, cfr., volendo, Pierdonati, *Ricorso straordinario per cassazione ed errore contenuto in una sentenza di annullamento con rinvio*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 445 ss.

¹⁶ Guardando al testo di legge, l'art. 623 c.p.p., che detta la disciplina in tema di annullamento con rinvio, dispone che, al di fuori dei casi di annullamento senza rinvio (art. 620 c.p.p.) o di annullamento della sentenza ai soli effetti civili (art. 622 c.p.p.), «a) se è annullata un'ordinanza, la Corte di Cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento; b) se è annullata una sentenza di condanna nei casi previsti dall'art. 604 comma 1, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice di primo grado; c) se è annullata la sentenza di una corte di assise di appello o di una corte di appello ovvero di una corte di assise o di un tribunale in composizione collegiale, il giudizio è rinviato rispettivamente a un'altra sezione della stessa corte o dello stesso tribunale o, in mancanza, alla corte o al tribunale più vicini; d) se è annullata la sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al medesimo tribunale; tuttavia, il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata».

¹⁷ Coerentemente – e proprio in tema di richiesta di applicazione *in executivis* del reato continuato – la Cassazione ha sancito, in più occasioni, la piena legittimità «dell'ordinanza emessa, in sede di giudizio di rinvio, dallo stesso giudice autore del provvedimento annullato dalla Corte di cassazione, in quanto la diversità della persona fisica del giudice chiamato a decidere dopo annullamento con rinvio della Corte suprema è imposta dall'art. 623, lett. d), c.p.p., solo con riferimento alle sentenze», *Cass.*, Sez. I, 15 gennaio 2008, cit. Nello stesso senso *Cass.*, Sez. I, 12 gennaio 2009, cit.; *Cass.*, Sez. I, 19 maggio 2004, cit.

INCOMPATIBILE IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

parentemente residuale (come conferma, del resto, l'esperienza pratica); vista, a tacer d'altro, l'opzione più generale, coltivata dal codice di rito, nel senso del *favor separationis* dei giudizi penali. Su questa base, la soluzione al problema dell'eventuale unificazione sanzionatoria di una pluralità di reati giudicati separatamente può spostarsi, in termini non infrequenti, in una fase successiva e diversa da quella del giudizio di cognizione.

Sicché, in simile prospettiva, al Giudice dell'esecuzione è consentito incidere, sia pur entro certi limiti, sull'intangibilità del giudicato maturata in sede cognitiva; in particolare correggendo *in melius* il trattamento sanzionatorio inflitto al condannato, per il tramite dell'unificazione giuridica del cumulo materiale delle pene (art., 81 c.p., art. 671 c.p.p.).

Si tratta di poteri senza precedenti, perlomeno rispetto alla "filosofia" del codice di rito abrogato.

Peraltro, il Giudice dell'esecuzione, scrutinando l'intero compendio degli atti, esprime valutazioni, sicuramente "contenutistiche", in tema di sussistenza del medesimo disegno criminoso e di adeguatezza della pena. Ciò con un proposito dichiarato: ripristinare un eguale trattamento sanzionatorio al condannato per più reati giudicati, anziché con *simultaneus processus*, con procedimenti separati: magari per fattori puramente casuali connessi al peculiare andamento delle singole vicende giudiziarie¹⁸.

In altre parole, la possibilità di applicare, con provvedimento del Giudice dell'esecuzione, la disciplina del reato continuato o del concorso formale là dove due o più titoli esecutivi si siano formati in autonomi processi rinviene la sua logica nell'esigenza di "compensare", su di un diverso versante, l'opzione per il *favor separationis* coltivata dal sistema processuale a stile accusatorio.

Ecco perché il Giudice dell'esecuzione può modificare, riducendone l'entità, le pene principali; come pure eliminare o contenere le pene accessorie, le misure di sicurezza e gli effetti penali della condanna ovvero, ancora, concedere la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò

¹⁸ Uno dei presupposti fissati dall'art. 671 c.p.p., ai fini dell'applicazione in *executivis* della disciplina del reato continuato, è che le sentenze irrevocabili siano oggetto di «procedimenti distinti», risultando esclusa l'opzione di adire il giudice dell'esecuzione per applicare il regime del reato continuato fra fatti valutati e giudicati irrevocabilmente nel *simultaneus processus*: sul punto si sofferma Scalfati, *La pronuncia di "abolitio criminis" nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 208.

derivi dal riconoscimento della continuazione o del concorso formale.

Sotto un diverso profilo, benché strettamente collegato al precedente, va ribadito come il sindacato cui è chiamato il Giudice dell'esecuzione nell'ipotesi peculiare del reato continuato – accertamento afferente al merito delle imputazioni, che punta a ricostruire la direzione finalisticamente unitaria, o meno, del disegno criminoso rispetto ai singoli fatti di reato commessi dal reo – non consista in un'attività propriamente esecutiva, nemmeno ampiamente intesa, delle sentenze di condanna; quale è, ad esempio, l'attività che caratterizza altre figure tipiche del procedimento di esecuzione, come l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto (art. 672 c.p.p.) o le pronunce relative al *bis in idem* (art. 669 c.p.p.)¹⁹.

Siamo qui in presenza, invece, di un'articolata valutazione di merito che riposa, essenzialmente, sulla verifica dell'unicità, o meno, del medesimo disegno criminoso. Il che implica, evidentemente, apprezzamenti di fatto attinenti alle modalità e alle circostanze storiche che hanno accompagnato la realizzazione degli episodi delittuosi²⁰.

Non è senza significato rilevare, peraltro, come siffatta valutazione complessiva presupponga una specifica "base" del giudizio.

Il Giudice dell'esecuzione, prima di pronunciarsi *nel merito*, sarà chiamato invero a esaminare quanto emerge dalle sentenze irrevocabili che hanno accertato i fatti e rispetto ai quali s'invoca il riconoscimento dell'unico disegno criminoso. Di solito egli guarda anche agli altri atti dei processi, anzitutto quelli probatori, eventualmente integrati dalle prove necessarie assunte nel corso della stessa procedura esecutiva²¹.

¹⁹ Per una sintesi dei problemi del principio *ne bis in idem*, Geraci, *Ne bis in idem*, Scalfati (diretto da), *Digesto del processo penale*, Torino, 2012.

²⁰ Per approfondimenti in tal senso, Gaito, *Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 1000 ss.; Marafioti, *La separazione dei giudizi penali*, Milano, 1990, 420 ss.; Id., *Giudice dell'esecuzione, reato continuato e art. 671 c.p.p.* 1988, *Giur. it.*, 1999, II, 327 ss.; Rampioni, *L'ambito di estensione del «medesimo disegno criminoso»*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 591 ss.; Varraso, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, 357 ss. Sullo stretto rapporto tra la disciplina sostanziale e quella processuale in tema di reato continuato, Fiorella, *Concorso formale, reato continuato e pene eterogenee*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1553 ss.; D'Ascola, *Limiti all'applicazione della disciplina del reato continuato nella fase della esecuzione*, *ivi*, 1991, 1284.

²¹ Sotto questo profilo, particolare significato assume l'art. 666, comma 5, c.p.p., il quale prevede che il Giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio, così attribuendo al giudice dell'esecuzione poteri di integrazione probatoria. Occorre considerare, in questa prospettiva, anche l'art. 185, che consente al

Se così è, risulta allora innegabile come, per il tramite dell'art. 671 c.p.p., il legislatore abbia dotato il Giudice dell'esecuzione di poteri *lato sensu* cognitivi, introducendo in fase esecutiva specifiche questioni in tema di concorso di reati che giocoforza attingono, per ponderarne la consistenza, al tessuto connettivo dei fatti storici, dunque all'area del merito; questioni che, anche se ristrette nell'udienza camerale *in executivis*, reclamano, ai fini dell'esatta ricostruzione delle relative componenti, un'indagine probatoria e una valutazione di merito non dissimile, sul piano qualitativo, da quella che solitamente compie il Giudice della cognizione.

Insomma con la disciplina dettata dall'art. 671 c.p.p., senz'altro una delle novità salienti introdotte dal codice di procedura del 1988, il legislatore ha temperato la rigida separazione fra fase cognitiva e fase esecutiva; aprendo, all'interno della seconda, una parentesi tipica della prima, in termini di – per così dire – “cognizione suppletiva”.

Alla luce delle considerazioni svolte, specificano i Giudici costituzionali come l'apprezzamento demandato al Giudice dell'esecuzione in sede di giudizio di rinvio presenti allora «tutte le caratteristiche del “giudizio”, quali delineate dalla giurisprudenza di questa Corte, ai fini dell'identificazione del secondo termine della relazione di incompatibilità costituzionalmente rilevante, espressivo della sede “pregiudicata” dall'effetto di “condizionamento” scaturente dall'avvenuta adozione di una precedente decisione sulla medesima *res iudicanda*»; nella specie, la prima ordinanza di rigetto assunta dal Giudice dell'esecuzione.

Del resto, va aggiunto, il giudizio di rinvio costituisce, in via generale, quella fase processuale “istituzionalmente” deputata a risolvere i punti oggetto di annullamento (nella specie il vizio di motivazione in ordine al mancato riconoscimento del medesimo disegno criminoso); operazione ricostruttiva che impone di solito un apprezzamento e una ricostruzione dei fatti preclusi, in linea di principio, alla Corte di cassazione (anche) in sede di giudizio rescindente. Ecco perché il legislatore, sia pur nei limiti del principio di diritto enunciato nel provvedimento di annullamento, ha dotato l'organo del rinvio di *piena autonomia di valutazione e di ampi poteri istruttori*; visto che lo stesso, esaminando la questione devoluta

anche nel merito, può in ultima analisi modificare i presupposti di fatto su cui si fonda il provvedimento medesimo e/o confermare la decisione, però fondandola su ragioni diverse²².

Tirando le fila del discorso sul punto, non può essere la fase processuale in cui viene avanzata la richiesta a determinare o meno la situazione di incompatibilità (giudizio di cognizione ovvero giudizio esecutivo), solo perché muta la forma del provvedimento conclusivo (sentenza, nel primo caso, ordinanza, nel secondo); dovendosi invece guardare all'essenza del fenomeno che il provvedimento si preoccupa di regolare e che, nell'ipotesi considerata, presenta tutti i connotati del giudizio.

LA DECISIONE: TRA RICADUTE INTERPRETATIVE IMMEDIATE E POSSIBILI SVILUPPI ULTERIORI

La conclusione della Corte costituzionale è del tutto coerente con le considerazioni fin qui svolte. Si dice: se può annoverarsi – a pieno titolo e a tutti gli effetti – quale giudizio qualsiasi sequenza procedimentale che, pur ponendosi formalmente in una fase estranea al giudizio dibattimentale, si risolve nei fatti in una valutazione sul merito dell'accusa; e se tale è senz'altro il giudizio di rinvio che segue l'annullamento di un'ordinanza di rigetto relativa alla richiesta di applicare il regime del reato continuato, si rivelano allora affetti da illegittimità costituzionale gli artt. 34, comma 1, e 623, comma 1, lett. a), c.p.p., nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio il giudice che ha pronunciato (o concorso a pronunciare) ordinanza di rigetto (o di accoglimento) della richiesta di applicare in sede esecutiva la disciplina del reato continuato (o del concorso formale), poi censurata dalla Cassazione.

Sotto questo profilo, la Corte certifica una frattura non riconponibile fra i “vuoti” delle citate previsioni codicistiche e i canoni di terzietà e, soprattutto, imparzialità del Giudice (art. 111, comma 2, Cost., art. 6, n. 1, Cedu); pre-condizioni e, nel contempo, presidio del “giusto” processo che sempre debbono qualificare la figura costituzionale del Giudice, sorreggendone il meccanismo decisionale.

Ebbene – prosegue condivisibilmente la Corte costituzionale – questi “valori” sarebbero lesi o, comunque, messi in pericolo da tutte quelle situazioni in cui emerga, a vario titolo, la possibilità di un pregiudizio derivante da un provvedimento,

Giudice di assumere le prove «senza particolari formalità, anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia», e l'art. 186 disp. att. che, in ordine agli elementi idonei a ricostruire il medesimo disegno criminoso nel quadro del reato continuato, prevede che «le copie delle sentenze o decreti irrevocabili, se non allegati alla richiesta prevista dall'art. 671, comma 1, c.p.p., sono acquisite di ufficio».

²² Sulle caratteristiche e sulla portata del giudizio di rinvio, analiticamente, Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 1 ss.

INCOMPATIBILE IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

anche interlocutorio, adottato in precedenza dal medesimo Giudice (persona fisica); così rendendolo, prevedibilmente, non più immune sotto ogni profilo da convinzioni precostituite, vista l'inconsapevole propensione a confermare una valutazione già compiuta.

È innegabile, in effetti, che il Giudice autore di un provvedimento (nella specie di un'ordinanza), contenente un giudizio di merito, sia il soggetto meno adatto per porsi da un punto di vista critico rispetto al proprio operato; essendo in linea di massima animato, piuttosto, da un approccio di tipo "conservativo" del provvedimento medesimo²³.

Se queste attività pregresse possono perciò alimentare pregiudizi e/o condizionamenti, minacciando *funditus* la stessa integrità del "giusto" processo, ciò che conta è che il giudice chiamato a effettuare la nuova valutazione a seguito dell'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata potrà oggi – ecco la nuova regola d'incompatibilità sancita dalla Corte costituzionale – *essere e, ancora prima, apparire imparziale solo ove si tratti di una persona fisica differente rispetto a quella che si è già pronunciata sulla medesima richiesta di applicare la disciplina del reato continuato o del concorso formale*.

Quanto alle immediate ricadute interpretative di questa regola sul comune andamento processuale, un punto è fuori discussione: il superamento dell'indirizzo consolidato della giurisprudenza della Cassazione, la quale non potrà più affermare – in tema di richiesta di applicazione *in executivis* del reato continuato o del concorso formale – la piena legittimità «dell'ordinanza emessa, in sede di giudizio di rinvio, dallo stesso giudice autore del provvedimento annullato dalla Corte di cassazione, in quanto la diversità della persona fisica del giudice chiamato a decidere dopo annullamento con rinvio della Corte suprema è imposta dall'art. 623, lett. d), c.p.p., solo con riferimento alle sentenze»²⁴.

Conducendo il ragionamento a tutte le sue estreme conseguenze, la Corte costituzionale cementa la declaratoria d'incostituzionalità su una ragione

²³ Per un approfondimento di analisi del binomio "terzietà-imparzialità" della funzione giurisdizionale, anche in una prospettiva di diritto comparato, AA.VV., *Certezza del diritto e imparzialità del giudice. Atti del convegno organizzato a Palermo dal "Centro siciliano di studi sulla giustizia", 23 e 24 marzo 2007*, Torino, 2007; Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 34 ss.; Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 1 ss.; Pansini, *Terzietà ed imparzialità: da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali*, in Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 49 ss.; Sammarco, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, cit., 183 ss.

²⁴ Cass., Sez. I, 15 gennaio 2008, cit.

diversa e ulteriore, strettamente legata al limite generale di ordinamento dell'*uguaglianza e della ragionevolezza* delle previsioni normative.

Da questa angolazione, gli artt. 34, comma 1, e 623, comma 1, lett. a), c.p.p. contrasterebbero, secondo la Corte, (anche) con l'art. 3 Cost.; nella misura in cui i dati positivi in questione autorizza(va)no un'*ingiustificata disparità di trattamento* tra fase cognitiva e fase esecutiva, come pure tra sentenza e ordinanza.

La correttezza del ragionamento si coglie a piene mani, non appena si consideri che l'identica valutazione dell'istanza di applicare il concorso di reati comporta, nell'ipotesi di annullamento con rinvio, incompatibilità in una sede e non nell'altra. Più esattamente, se è il Giudice della cognizione a negare l'identità del disegno criminoso, l'annullamento su questo punto della sentenza lo rende incompatibile a partecipare al giudizio di rinvio. Se la medesima ponderazione è operata dal Giudice dell'esecuzione con ordinanza, ciò viceversa non avviene. Con tutto quel che ne consegue sul piano della violazione del principio d'uguaglianza, che qui si specifica e si chiarisce nella proclamata irragionevolezza della relativa disciplina normativa.

La portata innovativa della sentenza costituzionale sta, dunque, (anche) in questo; ossia nell'oltrepassare definitivamente il limite formale e formalistico, secondo cui al "tipo" dell'*ordinanza* e alla "dimensione" *esecutiva* non appartenerebbero valutazioni e decisioni di merito fondate su un esame delle prove, capaci di minare la serenità e la neutralità del Giudice.

Esula certamente dal titolo e dai compiti affidati al nostro commento ipotizzare, anche solo per grandi linee, i possibili scenari che questa importante sentenza della Corte costituzionale potrebbe dischiudere, specie ove la sua *ratio decidendi* sia condotta a compiuto sviluppo.

Nondimeno alcune, brevi, riflessioni paiono mature.

La prima. È stata raggiunta un'ulteriore, fondamentale, tappa nel percorso verso un'effettiva giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, oramai sempre più pronunciata, quanto improcrastinabile; percorso, si badi bene, non ozioso, ma con precise conseguenze sul piano della piena operatività anche al momento esecutivo dei necessari principi garantistici, fra i quali spiccano – per quel che qui più interessa – la terzietà e l'imparzialità del Giudice dell'esecuzione²⁵.

²⁵ In questo senso milita, come si sa, un indirizzo avvertito della dottrina: Caprioli – Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*,

In questo contesto sembra guadagnare campo, sia pur mediamente, (anche) grazie a questa decisione, l'esigenza di valorizzare gli effetti previsti dall'art. 34 c.p.p. rispetto alla figura del Giudice dell'esecuzione, fin qui solo occasionalmente riconosciuti in giurisprudenza; complice la regola, non del tutto razionale, che – nel rendere indifferibile il legame tra il provvedimento e il Giudice che l'ha emanato – stabilisce a chiare lettere che «competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato» (665, comma 1, c.p.p.).

Sicché potrebbe estendersi alla figura del Giudice dell'esecuzione – secondo un'interpretazione "sistematico-adequatrice" o, in via estrema, "per mano" della Corte costituzionale – la portata dell'art. 34 c.p.p., al di là della specifica ipotesi del concorso di reati. Il che garantirebbe che anche nell'ambito dell'esecuzione penale si realizzi un controllo davvero imparziale sul titolo esecutivo; naturalmente non in relazione a tutte le possibili contestazioni su quest'ultimo, anche quelle meramente formali, ma circoscrivendo gli effetti dell'art. 34 c.p.p. alle sole questioni implicanti un giudizio di merito nel senso precisato. Così, nell'esemplificare, oltre al reato continuato e al concorso formale, sembrano muniti di tali note peculiari anche il patteggiamento *in executivis*, la revoca della sentenza per *abolitio criminis* o, ancora, l'applicazione delle misure di coercizione reale²⁶.

Seconda riflessione. Dietro la nuova regola additiva d'incompatibilità enunciata dalla Corte costituzionale, di indubbe potenzialità espansi-

ve, s'intravedono significati più profondi; tali da suggerire all'interprete, fuoriuscendo dal contesto specifico dell'esecuzione penale, altri "vuoti di tutela" disseminati nel sistema e costituzionalmente eccipienti.

V'è da chiedersi, in particolare, se i medesimi principi affermati nella sentenza in analisi possano replicarsi, sia pur con gli inevitabili adattamenti, nell'ipotesi, strettamente affine, dell'ordinanza cautelare e degli effetti sul giudizio di rinvio *de libertate*, in tutti i casi di annullamento dell'ordinanza medesima. L'accostamento, sotto questo profilo, alla cognizione incidentale in materia cautelare personale non sembra infelice; considerato che, come accadeva in sede esecutiva, anche qui sarebbe chiamato nuovamente a pronunciarsi in sede di riesame o di appello, sia pur in seno a un collegio, il medesimo Giudice-persona fisica autore del provvedimento di tipo restrittivo, poi censurato dalla Cassazione.

Peraltro le ragioni che sorreggono l'indirizzo della giurisprudenza consolidata del settore – secondo cui non sussisterebbe pregiudizio da valutazione cautelare quando la relativa decisione ricada comunque nella medesima fase, in quanto attratta, come decisione incidentale, alla cognizione del merito²⁷ – non paiono sottrarre la relativa disciplina alle possibili censure di costituzionalità, coniugandosi a fatica con i principi dell'imparzialità del Giudice e dell'irragionevole disparità di trattamento. A maggior ragione dopo l'odierno insegnamento della Corte costituzionale che, insieme ad altri immediatamente precedenti²⁸, consente di approcciare alla delicata materia cautelare con ancora maggiore consapevolezza dei termini del problema dell'incompatibilità, senz'altro bisognoso di una nuova e definitiva soluzione, palesandosi ormai anacronistica quella adottata dal testo di legge tutt'ora vigente (artt. 34, comma 1, 623, comma 1, lett. a), c.p.p.).

Ne esce confermata la convinzione che – al di là delle forme del provvedimento e guardando invece alla sua reale natura – anche l'incidente cautelare *de libertate* implichi valutazioni diramate, ancorché prognostiche e allo stato degli atti, sul merito dell'imputazione; riversandosi in un'ordinanza cautelare che consacra una decisione attinente ad un giudizio probabilistico in punto di colpevolezza del soggetto interessato, come tale idoneo a rendere il

Torino, 2009, 13 ss.; Dean – Fonti, *Soggetti e atti*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, I, 11 ss.; Dinacci, *Il momento esecutivo tra giurisdizionalità incompiuta e potenzialità revocatorie*, in Id. (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, cit., 579 ss.; Gaito, *Nel segno dell'imparzialità del giudice: verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio*, *Giur. it.*, 1997, 455.

²⁶ Sul punto, Gaito, *Poteri di integrare il merito "post rem iudicatam"*, *Dir. pen. proc.*, 1995, 1318, il quale soggiunge che ci si trova di fronte a due alternative *de iure condendo*: o «l'istituzione, analogamente a quanto è avvenuto per il G.I.P., di un ufficio *ad hoc* del giudice dell'esecuzione» oppure «l'affidamento unitario della titolarità delle attribuzioni decisorie su tutte le questioni esecutive ad una struttura giudiziaria autonoma qual è la magistratura di sorveglianza». In giurisprudenza, sia pur solo occasionalmente, Cass., Sez. III, 5 dicembre 1996, *Giur. it.*, 1997, II, 455, ha stabilito che «anche in materia di esecuzione sussiste l'esigenza di assicurare un controllo imparziale ad opera di un giudice davvero terzo rispetto alle pregresse vicende del giudizio di merito e la necessità di impedire che nella medesima vicenda interloquisca reiteratamente il magistrato che ha già preso parte allo stesso procedimento giudicando nel merito; perciò se l'organo dell'esecuzione può essere lo stesso che ha emesso il provvedimento di merito, di contro non può esercitare funzioni di giudice dell'esecuzione il medesimo soggetto che abbia già giudicato della stessa vicenda pronunciando il provvedimento di merito della cui esecuzione si tratta».

²⁷ Così Cass., Sez. VI, 3 gennaio 2006, n. 43, *CED Cass.*, 233060; Cass., Sez. VI, 10 settembre 1992, n. 3156, *CED Cass.*, 192287.

²⁸ Cfr., ad esempio, Corte Cost., sent. 21 giugno 2012, n. 153, cit., con le acute osservazioni di Rafaraci, *Il divieto di partecipare al giudizio dopo la pronuncia de libertate*, cit., 2122 ss.

INCOMPATIBILE IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

Giudice incompatibile con se stesso, precludendogli di partecipare al collegio chiamato a pronunciarsi in sede di riesame o appello sul medesimo provvedimento annullato.

Non può escludersi, dunque, che anche questa disciplina incontrerà le censure del Giudice delle leggi; a meno che non si consolidi nella prassi un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme – magari lavorando sul concetto

ellittico di Giudice, nel senso di Giudice-ufficio, anziché Giudice-persona fisica²⁹ – tale rendere incompatibile a comporre il collegio giudicante, in sede di giudizio di rinvio, il magistrato che abbia pronunciato un'ordinanza cautelare *de libertate*.

²⁹ In questo senso, ad esempio, Dinacci, *Il giudizio di rinvio*, cit. 33 ss.; nonché Ranaldi, *La Corte costituzionale "corre" verso l'esecuzione leale*, cit., 4 ss.

L'avvocato e il diritto di difendersi da sé

Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 16 luglio 2013, n. 40715 – Pres. Petti; Rel. Diotallevi

La normativa interna che esclude la difesa personale della parte nel processo penale e nei procedimenti incidentali che accedono allo stesso, non si pone in contrasto con l'art. 6, § 3, lett. c) Cedu, che prevede la possibilità di autodifesa; è stato infatti ritenuto dalla Corte di Strasburgo che il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai tribunali allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia. Tali conclusioni vanno riaffermate anche con riferimento alla nuova disciplina introdotta dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», in cui la possibilità del diritto di difendersi da solo è significativamente prevista da una disposizione (art. 13) intitolata «Incarico e compenso» che, per il suo carattere generale, come evidenzia il suo inserimento nel Titolo I, Disposizioni generali, artt. 1 – 14, non può che rimandare al quadro normativo che specificamente deve essere applicato in materia per ogni singola controversia. Detta previsione, secondo cui «L'avvocato può esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore. L'incarico può essere svolto a titolo gratuito», non può che avere, dunque, un valore ricognitivo rispetto alla disciplina esistente, in relazione alla possibilità di autodifesa e al quadro analiticamente previsto dalle norme di procedura civile e procedura penale specificamente previste.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 20.12.2001, il Tribunale di Cagliari dichiarò S.S. responsabile del reato di calunnia continuata (per avere, con ricorso al Tar di Cagliari del 21 dicembre 1998, incolpato falsamente del reato di abuso di ufficio Sa.Al., A. M., P.R. e S.I.S.) e – concesse le attenuanti – generiche – lo condannò alla pena di anni 2 di reclusione, pena sospesa e non menzione.

L'imputato fu altresì condannato al risarcimento dei danni (da liquidarsi in separato giudizio con una provvisoria) ed alla rifusione delle spese a favore delle parti civili Sa.Al. M., A.M. e P.R..

Secondo il Tribunale l'imputato, magistrato del T.A.R., in servizio presso quello della Sardegna, aveva impugnato presso detto tribunale l'ordinanza con cui in data 2.1.1991 il Sindaco del comune di Quartu Sant'Elena aveva rigettato la richiesta di condono, relativa ad un manufatto edilizio del ricorrente, ritenendo il provvedimento inapplicabile per essere stato l'immobile costruito in fascia di rispetto costiero (m. 150 dal mare). Con altro ricorso, lo S. impugnava dinanzi al Tar sia un successivo provvedimento di rigetto della nuova istanza di condono, presentata in data 1.3.1995 in relazione al proprio immobile, sia il provvedimento emesso in data 9.10.1995 dal Sindaco del Comune predetto. Con ordinanza del 9.1.1996 il T.A.R., composto dal presidente Sa. e dai giudici A. e P., rigettava la sospensiva proposta e con sentenza del 2.4.1996 respingeva il ricorso, ritenendo che, pur essendo stata abrogata la L.R. n.

17 del 1981 dalla successiva l. reg. 22 dicembre 89, n. 45, la l. reg. n. 23 del 1985, aveva richiamato espressamente nella citata Legge, art. 28, la fascia di rispetto, prevista dalla norma abrogata, al fine di escludere la condonabilità di opere realizzate in detta zona costiera. Vi era perciò un implicito riferimento al vincolo sostanziale, peraltro, ribadito dalla novella del 1989, che aveva esteso la inedificabilità sul litorale fino a 500 metri dal mare. Con il ricorso del 21 dicembre 1998, lo S. nell'impugnare il silenzio tenuto dal Presidente del Consiglio di Stato sull'atto di messa in mora, con cui egli aveva sollecitato l'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti del Sa., formulava nei confronti dei nominati giudici le accuse – ritenute caluniose – di avere consapevolmente applicato a suo danno una norma abrogata. Il giudice di prime cure riteneva che l'atto avesse l'idoneità di provocare un procedimento penale; che il contenuto oggettivamente integrasse una calunnia, in quanto lo S., dopo aver esposto un contesto di aggressioni alla sua figura di uomo e magistrato da parte dei colleghi ed in particolare del presidente Sa., attribuiva ai detti incolpati la consapevole violazione di norme di legge, ricondotte ad un preciso intento ritorsivo. Escluso che il comportamento ascritto alle parti offese fosse oggettivamente vero, e che le decisioni fossero maturate in un clima di ostilità, osservava che le considerazioni svolte nel ricorso erano del tutto estranee all'interesse perseguito dallo S., che era quello di provocare un giudizio sulla legittimità o meno del silenzio serbato dalla amministrazione su una sua istanza. Piuttosto il tenore delle espressioni usate attestava l'esistenza

L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFENDERSI DA SÉ

dell'elemento psicologico, poiché tale mezzo giudiziario era stato usato per una finalità diversa, mediante suggestivi argomenti che tendevano a far approfondire accertamenti di tipo penalistico, giustificati dal clima di risentimento creatosi con i suoi colleghi.

2. Avverso tale pronuncia l'imputato propose gravame ma la Corte d'appello di Cagliari, con sentenza del 25.9.2008, confermò la decisione di primo grado, dopo aver respinto le eccezioni procedurali, condividendo la ricostruzione dei fatti operata dal primo giudice.

3. Contro tale sentenza l'imputato proponeva ricorso per cassazione deducendo:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 6 Cedu in tema di autodifesa e in relazione agli artt. 3, 21, 24, 32 Cost., e difetto di motivazione sul punto nel provvedimento impugnato, che erroneamente gli aveva negato tale diritto, prevalente secondo una lettura del trattato e della pronuncia della Corte costituzionale del 2009 n. 421, sulla difesa tecnica; tanto più che era munito della necessaria competenza tecnica e delle relative abilitazioni professionali; eccipiva la illegittimità dell'art. 97 c.p.p., per violazione degli stessi ed anche per violazione dell'art. 76 Cost., sotto il profilo che il legislatore avrebbe violato la delega di cui alla L. n. 81 del 1987;

b) segnalava gli errori in cui a suo avviso era incorsa la Corte d'appello nella esposizione del fatto ascrittogli, ponendo in comparazione i passi del provvedimento con gli atti richiamati e sottolineando mancanze o omissioni con cui sono stati riportati i dati esposti nella pronuncia di primo grado; lamentava che non si era tenuto conto della memoria depositata in data 24.9.2009 e del documento allegato, attestante la riforma della sentenza n. 701/96;

c) reiterava le eccezioni procedurali proposte con l'appello e denunciava sotto il profilo della violazione di legge e del difetto di motivazione che vi era incompetenza territoriale ex art. 11 c.p.p., applicabile a tutte le magistrature, che il decreto di rinvio a giudizio era nullo, privo di elementi essenziali, aggiunti successivamente al rinvio pronunciato in sede di udienza preliminare, come il dispositivo letto in udienza, non contenente i dati previsti dall'art. 546 c.p.p..

d) affermava la non idoneità del ricorso al T.A.R., a costituire denuncia ex art. 368 c.p., non essendovi stata alcuna accusa del delitto di cui all'art. 323 c.p.; avrebbe esposto, a sostegno della richiesta di avvio di procedimento disciplinare in danno del Sa., che questi si era reso responsabile di tre violazioni di legge, e che la Corte aveva identificato il vizio di sviamento con la falsa incolpazione, con la conseguenza che in generale si potrebbe affermare che ogni lamentata violazione o falsa applicazione di legge integrebbe, se infondata, il delitto in esame:

e) deduceva la mancanza dell'elemento oggettivo della calunnia, in quanto egli non aveva, in nessuna parte dello scritto, addebitato alle parti offese la volontà di danneggiarlo, ma solo fatto loro carico della consapevolezza di aver applicato una norma abrogata;

peraltro, la sentenza del 1997 era stata riformata, sicché implicitamente era stata riconosciuta la verità della violazione di legge, ascritta ai suoi colleghi con il ricorso;

il dato, inopinatamente, era stato ritenuto irrilevante dalla Corte distrettuale, laddove, invece, aveva efficacia dirimente.

f) tale fatto, inoltre, influiva sull'elemento soggettivo del reato, erroneamente individuato, senza tener conto che il ricorso avverso il silenzio sulla diffida a provvedere era utile per il trasferimento di ufficio, che l'invio dello stesso alle autorità giudiziarie penali non equivaleva a denuncia e che non vi erano scopi sottesi nel ricorso;

g) lamentava la omessa pronuncia sulle difese e memorie presentate in proprio;

h) eccipiva la nullità della sentenza di appello per carenza di legittimazione dei giudici che l'avevano pronunciata, in quanto essi, siccome ricusati, avevano l'obbligo di astenersi.

4. Con sentenza n. 21360 del 12.5.2011 dep. 27.5.2011, la Corte Suprema di Cassazione, Sezione VI penale, rigettati tutti gli altri motivi di ricorso, annullò con rinvio la sentenza di appello limitatamente all'individuazione del dolo del delitto di calunnia.

Rilevava la Corte Suprema di cassazione che si doveva considerare rinunciata, e comunque priva di interesse, la doglianza concernente il diritto all'autodifesa, poiché il ricorrente aveva esplicitamente ribadito di essere assistito dal solo difensore di fiducia, comparso, che aveva rassegnato le conclusioni nel suo interesse. Peraltro, in analogo procedimento che riguarda il ricorrente, era stato affermato che la normativa interna che esclude la difesa personale della parte nel processo penale e nei procedimenti incidentali che accedono allo stesso non si pone in contrasto con l'art. 6, § 3, lett. c) Cedu, che prevede la possibilità di autodifesa, in quanto il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai tribunali allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia. (Cass., Sez. I, sentenza n. 7786 del 29 gennaio 2008); quindi, in ogni caso, la doglianza era infondata. Osservava, che comunque il motivo veniva enunciato con riferimento alla mancata disamina da parte della Corte di appello della memoria in autodifesa, e, quindi, riguardava un vizio che non era pertinente al *vulnus* difensivo, ma al difetto di adeguata motivazione denunciabile *sub* art. 606, lett. e), c.p.p.

Quanto alla applicabilità dell'art. 11 c.p.p., rilevava essere pacifico che le norme sulla speciale competenza territoriale per i procedimenti nei quali un magistrato è imputato, persona offesa o danneggiato dal reato si applicano esclusivamente ai magistrati ordinari e non anche a quelli amministrativi (Sez. VI, Sentenza n. 2874 del 10 giugno 2002 da ultimo).

Sul punto, peraltro, il motivo era ripetitivo di quello formulato innanzi ai giudici di merito, cui è stata data risposta, ampia e giuridicamente corretta, ed in concreto non introduce argomenti, né tanto meno li sviluppa, sì da determinare un diverso orientamento.

Riteneva generiche le ulteriori questioni procedurali, elencate che non integravano alcuna delle nullità insanabili di cui all'art. 179 c.p.p., né in quelle indicate dall'art. 181 c.p.p.; segnalava che il ricorso non specificava, dal profilo

dell'interesse che deve sostenere, pena la inammissibilità, ogni censura, quale vizio si fosse verificato e come lo stesso avesse inciso sulla posizione processuale.

Quanto al motivo con cui si deduceva che i giudici della Corte d'appello non avrebbero potuto definire il procedimento contro il ricorrente perché ricusati, rilevava che tale motivo non era documentato e in ogni caso che la decisione emessa in violazione del divieto di partecipazione al giudizio del giudice ricusato, sino a che l'istanza di ricusazione non sia stata dichiarata inammissibile o rigettata, è nulla solo nel caso in cui la dichiarazione di ricusazione sia accolta, mentre conserva piena validità tutte le volte che la ricusazione sia dichiarata inammissibile o sia rigettata (cfr. Cass., 18.1.2000, A.). Quindi per far valere il denunciato difetto, il ricorrente avrebbe dovuto – e non lo aveva fatto – provare l'esito positivo della sua istanza.

Le doglianze pertinenti non già a vizi procedurali, ma a vizi della motivazione, venivano esaminate congiuntamente alle censure espresse con i motivi inerenti al giudizio di colpevolezza.

Ribadiva in diritto la idoneità in astratto dell'esposto inviato dallo S. al T.A.R. in data 21.12.98 a costituire un atto di denuncia, rilevante per la calunnia, in quanto, ai fini della configurabilità del delitto di calunnia non occorre una denuncia in senso formale, essendo sufficiente che taluno, rivolgendosi in qualsiasi forma all'autorità giudiziaria ovvero ad altra autorità avente l'obbligo di riferire alla prima, esponga fatti concretanti gli estremi di un reato, addebitandoli a carico di persona di cui conosce l'innocenza. (Cass. VI, Sentenza n. 44594 dell'8 ottobre 2008 *ex plurimis*).

Nel caso trattato, come messo in rilievo dal giudice di merito, il fatto che l'esposto fosse stato indirizzato ad una autorità che aveva l'obbligo di procedere alle necessarie segnalazioni, nel caso in cui i fatti fossero anche penalmente rilevanti, era stato correttamente valutato.

In relazione all'elemento soggettivo del reato rilevava che, nel caso esaminato, l'imputato, nel redigere l'atto con cui sollecitava sostanzialmente la verifica ai fini disciplinari del comportamento dei componenti il collegio che aveva deliberato la sentenza che lo riguardava, aveva opposto che la sua tesi difensiva, in ordine alla non applicabilità della norma regionale perché abrogata, era fondata e che i magistrati del Tar erano consapevoli di tale abrogazione, avvenuta oltre sei anni prima. La constatazione, assolutamente veritiera, viene dal giudice di appello ritenuta non significativa, tuttavia, ai fini dell'esclusione del dolo di calunnia, per due ordini di motivi: in primo luogo perché la invocata pronuncia del giudice amministrativo, favorevole allo S., non poteva essere conosciuta in quanto irrualmente prodotta; in secondo luogo perché la esposizione, nell'atto calunnioso, di ulteriori elementi rendevano la denunciata violazione di legge "vera o falsa che fosse" finalizzata a procurare all'imputato un danno ingiusto.

Riteneva tale passaggio argomentativo basato su un doppio errore, idoneo ad inficiare la decisione; risulta, infatti, dalla documentazione prodotta in appello che appunto il Consiglio di Stato con provvedimento n. 5651 del 2003, aveva annullato la precedente sentenza del T.A.R., proprio per la avvenuta abrogazione della norma che

consentiva le demolizioni degli edifici, insistenti nella fascia di rispetto, e che la interpretazione proposta nella sentenza di *prime cure* non era "pertinente" in quanto la nuova normativa non riguardava il caso di costruzioni ad essa precedenti. La Corte distrettuale aveva ignorato tale pronuncia, perché il documento non sarebbe stato introdotto previa rituale rinnovazione del dibattimento. Peraltro la sentenza era stata allegata agli atti del dibattimento, in modo rituale. Invero, la acquisizione di prove documentali non è subordinata alla necessità di una ordinanza *ex art.* 603 c.p.p., purché sia stata assicurato alla parti il contraddittorio, nella specie innegabile, attesa la avvenuta produzione in pubblica udienza.

Riteneva che la Corte d'appello avrebbe dovuto confrontarsi con la decisione dell'organo di secondo grado della giustizia amministrativa, e non limitarsi ad osservazioni ipotetiche, giacché la bontà della tesi difensiva dello S. aveva una influenza decisiva sulla lettura del suo atteggiamento psicologico; la consapevolezza della esattezza della tesi giuridiche da lui sostenute, le plurime violazioni di legge ed erronee valutazioni di merito in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado ne potevano colorare l'intento di denunciare energicamente la illegittimità della pronuncia e di stigmatizzare – secondo il suo punto di vista – l'estrema superficialità del giudice; in relazione a tale altrettanto plausibile lettura della proposizione «consapevolmente applicando una norma abrogata» la corte di merito avrebbe dovuto spiegare, e non lo ha fatto, se le rimanenti enunciazioni del ricorso costituissero tuttavia una maliziosa indicazione di un deliberato diverso malevolo atteggiamento tenuto dai colleghi nei suoi confronti, preordinato sin dall'inizio a suo danno o viceversa rappresentassero una elencazione di fatti rilevanti ai fini del sollecitato procedimento disciplinare, prefigurabile, a dire dello S., per la leggerezza usata nella interpretazione della norma e per le successive manchevolezze comportamentali rilevate a carico dei suoi colleghi.

Metteva in evidenza che la pronuncia non spiegava se in effetti gli elementi circostanziali messi in evidenza per ravvisare la tendenziosità dell'esposto, ossia i plurimi conflitti con il presidente ed il colleghi del T.A.R., fossero fatti veri ed accaduti o frutto di una percezione soggettiva della S. non ragionevole, e se essi sussistessero, anche prima, della emissione dei provvedimenti giudiziari assunti nei suoi confronti.

Tale accertamento, invece, come è intuitivo aveva una sua valenza nella rappresentazione soggettiva dell'agente, e a seconda della ricostruzione poteva spostare in un senso o nell'altro il giudizio sulla consapevolezza.

Riteneva l'esistenza di un doppio errore di valutazione, l'uno in rito, circa la esaminabilità del documento, l'altro di merito, circa la oggettiva verità del fatto denunciato, come tale idoneo ad incidere sulla configurabilità dell'elemento soggettivo della calunnia, che imponeva l'annullamento con rinvio per un nuovo esame.

5. Con sentenza in data 23.4.2012 la Corte d'appello di Cagliari, quale giudice di rinvio, in riforma dell'impugnata sentenza, assolveva S.S. perché il fatto non costituiva reato.

L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFENDERSI DA SÉ

Il giudice di rinvio evidenziava che il suo giudizio, in forza della sentenza di annullamento con rinvio, era circoscritto all'esistenza dell'elemento soggettivo del reato.

Rilevava che la tesi interpretativa del T.A.R. Sardegna, benché non condivisa dal Consiglio di Stato, era stata sostenuta più volte dallo stesso T.A.R. e da alcuni giudici penali, sicché non poteva essere considerata come espressione di ignoranza, superficialità o pregiudizio o malanimo nei confronti del ricorrente.

Rilevava ancora che il ricorrente non si era limitato a censura tale interpretazione, ma aveva attribuito agli incolpati di aver falsamente e consapevolmente applicato una norma abrogata.

Concludeva peraltro per l'inesistenza del dolo ritenendo che l'imputato avesse mosso l'accusa nei confronti delle persone da lui incolpate «nella soggettiva, anche se oggettivamente infondata, convinzione della loro malafede».

6. Ricorre per cassazione l'imputato, dopo aver premesso di essere difeso da se stesso ai sensi dell'art. 6, Cedu e dell'art. 14 Patto int. dir. civ. pol. di New York e quale avvocato abilitato al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, deducendo:

a) violazione di legge e vizio di motivazione in quanto erroneamente la Corte territoriale avrebbe ritenuto che il Tar avesse motivatamente affermato la ricorrenza di un fenomeno di continuità normativa in un caso di successione di leggi;

b) violazione di legge e vizio di motivazione anche in relazione al mancato esame delle difese dell'imputato (segnatamente la memoria difensiva 12.3.2012 capo B e sottocapo B/A), laddove segnalava che la Corte suprema di cassazione, nella sentenza di annullamento con rinvio, aveva rilevato che l'imputato aveva detto la verità, sicché avrebbe in buona sostanza riconosciuto l'insussistenza dell'elemento oggettivo del reato, sicché l'indagine sull'elemento soggettivo del reato non avrebbe potuto essere disposta; mai l'imputato aveva affermato che i suoi *ex colleghi* avrebbero applicato una norma abrogata per danneggiarlo; l'annullamento con rinvio ai fini di un nuovo esame dell'elemento soggettivo del reato era contrario sia al diritto nazionale che a quello comunitario; il giudice di rinvio avrebbe dovuto applicare l'art. 129 c.p.p.; in ogni caso, ove avesse ritenuto che la Corte di cassazione non avesse pronunciato in violazione di legge, avrebbe dovuto disapplicare le norme interne in quanto contrarie al diritto comunitario o (come si chiede anche in questa sede) sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 234 del Trattato C.E. e rimettere gli atti alla Corte di Giustizia perché si pronunzi sul punto;

c) violazione di legge e vizio di motivazione anche sotto il profilo del mancato esame delle difese dell'imputato, dell'immutazione del fatto e della violazione del giudicato del Consiglio di Stato;

nell'atto di appello, contrariamente a quanto affermato dal giudice di rinvio al punto 1/4 non vi era stata richiesta di assoluzione perché il fatto non costituisce reato, ma perché il fatto non sussiste; sarebbero errate le considerazioni svolte al § 2, in particolare S. non avrebbe qualificato la decisione dei colleghi del T.A.R., una «stravagante interpretazione della normativa regionale», ma come applicazione di

una norma abrogata; le argomentazioni della Corte d'appello non avrebbero riscontro nella realtà e sarebbero un maldestro tentativo di giustificare l'anomala tesi sostenuta dal Tar; quanto al § 3 non è vero che S. avesse denunciato le decisioni come il frutto di molteplici, consapevoli ed intenzionali violazioni di legge; con riferimento al solo Sa., nel ricorso 21.12.1998 S. aveva affermato che costui avesse «tentato di superare l'obiezione della abrogazione affermando falsamente e consapevolmente in sentenza che il vincolo di cui si discuteva, benché abrogato, non era venuto meno...»;

L'avverbio falsamente non è contenuto nell'imputazione, sicché la Corte d'appello non poteva introdurlo; le ulteriori considerazioni della sentenza impugnata sarebbero congetture ed illazioni; non sarebbe vero che la Corte di cassazione, nella sentenza di annullamento con rinvio, avesse limitato i confini del giudizio di rinvio al solo apprezzamento dell'elemento soggettivo del reato; in realtà i paragrafi 17 e 18 della sentenza di annullamento con rinvio si riconosce la oggettiva verità del fatto denunciato, anche se poi, sbagliando, ha rinviato per un nuovo esame del solo elemento soggettivo del reato; anche al § 4 della sentenza impugnata vi sono illazioni circa l'animosità dell'imputato verso Sa. e gli altri due *ex colleghi* e si trascura la verità del fatto esposto;

al paragrafo 5 il giudice di rinvio ha ricordato principi corretti, ma ne avrebbe fatto un uso improprio; al § 6 la Corte territoriale avrebbe dovuto rilevare che, alla luce della pronuncia del Consiglio di Stato, la tesi sostenuta da S. era oggettivamente corretta; l'imputato si era limitato a richiedere l'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti di Sa.; la diffida del 30.9.1998 ed il ricorso del 21.12.1998 riguardava il silenzio serbato dal Presidente del Consiglio di Stato, titolare dell'azione disciplinare, non potevano essere censurati dal giudice di rinvio; sarebbe mera illazione che il ricorrente si fosse convinto che le decisioni a lui sfavorevoli fossero state adottate allo scopo di nuocergli o avesse avuto l'impressione di essere perseguitato; sarebbero ingiustificati i giudizi sull'anomalia di comportamento del ricorrente, supponendo una particolare struttura mentale di S.;

la Corte territoriale avrebbe dovuto tenere conto del complessivo contenuto del ricorso 21.12.1998 e delle difese formulate con la memoria 12.3.2012, ignorate in violazione dell'art. 178 c.p.p., esponendo infine considerazioni sulle determinazioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, richiamando il contenuto della diffida a suo tempo inviata e ribadendo la tesi esposta.

d) Conclusivamente chiede che questa Corte annulli senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Preliminarmente la Corte ritiene opportuno, all'interno della motivazione, ripercorrere le ragioni che hanno portato al rigetto, con l'ordinanza pronunciata in udienza, della richiesta del ricorrente di esercitare il ritenuto diritto all'autodifesa anche con riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e, tra le fonti del diritto in-

terno, in particolare con riferimento alla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, prevista dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247, art. 13.

2. Secondo la Corte deve ritenersi infondata la tesi del ricorrente secondo la quale egli sarebbe legittimato a difendersi da solo in virtù della Cedu e del Patto dir. civ. pol., tanto più che egli è iscritto all'albo dei patrocinanti innanzi alla Corti superiori.

Risulta essere un principio consolidato in giurisprudenza, e già ribadito, anche in relazione ad altri procedimenti riguardanti il ricorrente, che la normativa interna, la quale esclude la difesa personale della parte nel processo penale e nei procedimenti incidentali che accedono allo stesso, non si pone in contrasto con l'art. 6, § 3, lett. c) Cedu che prevede la possibilità di autodifesa; è stato infatti ritenuto dalla Corte e.d.u. sul tema della difesa personale della parte nel processo penale o in procedimenti incidentali che accedono allo stesso, che il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai tribunali allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia (Cass., Sez. I, Sentenza n. 7786 del 29 gennaio 2008, dep. 20 febbraio 2008, Rv. 239237. (Conf. sent. nn. 7787, 7788, 7789 del 2008, non massimate). Tali conclusioni si basano sul consolidato orientamento della Corte costituzionale che, fin dalla sentenza n. 188 del 1980, ha osservato che alla Cedu il cui art. 6, n. 3, lett. c) prevede la possibilità di autodifesa esclusiva, non può attribuirsi il significato proposto dal ricorrente; in tale occasione il giudice delle leggi ha osservato che «la Commissione stessa ha avuto occasione di affermare che il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato interessato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai tribunali (ric. 722/60)» e che nei giudizi dinanzi ai Tribunali Superiori «nulla si oppone ad una diversa disciplina purché emanata allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia (ric. 727/60 e, 722/60)». Peraltro vi è da aggiungere, sotto altro profilo, che è stata ritenuta manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 41 c.p.p., comma 1, per asserita violazione dell'art. 6 Cedu e dell'art. 111 Cost., nella parte in cui consente al giudice collegiale competente di dichiarare inammissibile la richiesta di ricsuzione senza previa fissazione dell'udienza camerale, poiché, quanto all'art. 6 Cedu, ne è esclusa l'applicabilità ai procedimenti o subprocedimenti incidentali e, quanto all'art. 111 Cost., rientra nell'insindacabile discrezionalità del legislatore la scelta di graduare forme e livelli differenti di contraddittorio, sia esso meramente cartolare o partecipato, atteso che resta sempre garantito il diritto di difesa (Sez. II, n. 8808 del 18/02/2010 – dep. 04/03/2010, Di Ilio, Rv. 246455), anche perché il ricorso può validamente essere proposto anche dall'imputato, ai sensi dell'art. 613 c.p.p..

3. Proprio dunque in relazione al sistema vigente, e con ulteriore riferimento alla CEDU, è stato ritenuto nullo, ex art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c) e art. 179 c.p.p., il provvedimento con cui sia stato nominato (il giudice del riesame in sede di rinvio nomini) difensore d'ufficio – stante l'omesso avviso al difensore di fiducia – la stessa parte,

avvocato abilitato all'esercizio avanti le giurisdizioni superiori, in quanto nel processo penale l'autodifesa non è consentita; nel processo penale l'obbligo della difesa tecnica, sancito dagli artt. 96 e 97 c.p.p., esclude che le parti, anche se abilitate all'esercizio della funzione di avvocato, possano essere difese da se stesse, secondo quanto già affermato dal Giudice delle leggi (cfr. C. cost., ord. 16.12.2006 n. 8/07) e ribadito da questa Corte (Cass., Sez. un. civ., 2006 n. 139). Non è, possibile dunque attribuire rilevanza al richiamo dell'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo (cioè alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute»), ai fini dell'adeguamento del diritto interno, poiché esso è riferito soltanto alle norme internazionali di natura consuetudinaria e non a quelle di natura pattizia (v. C. Cost., ord. 421/97 e Sent. 188/80 e Cass., Sez. II, 17 maggio 2013, Caldarelli, e Sez. V, n. 17400 del 2 aprile 2008 – dep. 28 aprile 2008, Greco, Rv. 240424).

4. Sempre con riferimento alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, deve sottolinearsi che la stessa ha puntualizzato che l'art. 6, § 3 e, cit. – pur riconoscendo a ogni imputato “il diritto di difendersi personalmente o di fruire dell'assistenza di un difensore di sua scelta” – tuttavia non ne ha precisato le condizioni di esercizio, lasciando agli Stati contraenti la scelta di mezzi idonei a consentire al loro sistema giudiziario di garantire siffatto diritto, in modo che si concili con i requisiti di un equo processo (v. Corte e.d.u., Sez. III, sent. 27 aprile 2006 sul ricorso n. 30961/03, Sannino/Italia).

D'altra parte anche la previsione, contenuta nella disciplina che ha introdotto la competenza penale del giudice di pace, in base alla quale l'offeso può presentare un “ricorso diretto” al giudice di pace, depositandolo nella segreteria del Pubblico Ministero, che provvede alla formalizzazione dell'addebito, in ordine al quale il giudice di pace, se non ritiene il ricorso infondato o inammissibile, dispone la convocazione delle parti innanzi a sé, trova giustificazione nel fatto che il processo penale innanzi al giudice di pace è caratterizzato dalla particolare attenzione a favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra imputato e persona offesa.

5. Pertanto ritiene la Corte che, all'interno del nostro sistema, il legislatore ha predisposto un modello di esercizio del diritto di difesa differenziato per le varie fasi o tipologie dei processi; che tale differenziazione, (che, ad esempio, comprende tra gli altri il procedimento di prevenzione per l'applicazione delle misure personali o reali), segue tuttavia una linea logico-sistematica che regge al vaglio della compatibilità con il dettato costituzionale e con i principi affermati dalla Corte e.d.u.; con la conseguenza che, correttamente, è stato ritenuto dai giudici di merito di non esservi stata nel caso di specie alcuna lesione del diritto di difesa (v. anche, Cass., Sez. un., n. 31461 del 27 giugno 2006 – dep. 22 settembre 2006, Passamani).

6. Sulla base di queste premesse deve essere ritenuto principio che conferma la regola generale la disciplina prevista in tema di patrocinio a spese dello Stato, dove il difensore, purché iscritto nell'albo speciale dei patrocinanti davanti alle magistrature superiori, è stato considerato legittimato a proporre personalmente il ricorso per cassa-

L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFENDERSI DA SÉ

zione avverso il provvedimento di liquidazione delle sue competenze professionali maturate in sede penale, emesso in sede di opposizione, proprio perché la regola generale della rappresentanza tecnica nel processo penale (art. 613 c.p.p.) è, in questo caso, eccezionalmente derogata a favore dell'avvocato cassazionista, in virtù del rinvio formale che il d.p.r. n. 115 del 2002, art. 170, opera, in tema di liquidazione di compensi professionali, alla speciale procedura prevista per gli onorari di avvocato dalla l. n. 794 del 1942, art. 29, come modificato dal recente d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, e, indirettamente, alle disposizioni degli artt. 86 e 365 c.p.c. (Conf. Cass., Sez. un., n. 6817, 30 gennaio 2007, Mulas, non massimata; Id., Sez. un., n. 6816 del 30 gennaio 2007 – dep. 16 febbraio 2007, Inzerillo ed altro, Rv. 235344).

7. Tali conclusioni vanno riaffermate anche con riferimento alla nuova disciplina introdotta dalla l. recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense» prevista dall'art. 13, in cui la possibilità del diritto di difendersi da solo è significativamente prevista da una disposizione titolata «Incarico e compenso» che, per il suo carattere generale, come evidenzia il suo inserimento nel Titolo I, Disposizioni generali, artt. 1 – 14, non può che rimandare al quadro normativo che specificamente deve essere applicato in materia per ogni singola controversia. La previsione di cui all'art. 13, comma 1, della legge citata, secondo la quale «L'avvocato può esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore. L'incarico può essere svolto a titolo gratuito», non può che avere, dunque, un valore ricognitivo, rispetto alla disciplina esistente, in relazione alla possibilità di autodifesa e al quadro analiticamente previsto dalle norme di procedura civile e procedura penale specificamente previste e sopra ricordate.

8. Queste conclusioni trovano più in generale il loro fondamento nella considerazione che l'attività forense, in quanto diretta alla difesa dei diritti, è componente indefettibile dello Stato di diritto, presidio dei diritti dei cittadini e garanzia della loro tutela, strumento di accesso alla giustizia da parte di tutti i soggetti, a qualunque categoria sociale essi appartengano, attraverso la previsione del difensore di ufficio e dell'istituto del gratuito patrocinio. L'attuale disciplina del sistema dell'autodifesa nel processo penale dunque si giustifica anche perché le norme che vietano il suo espletamento tutelano un interesse pubblico, in cui, tra l'altro, è coinvolto un diritto fondamentale, quale quello della libertà personale; la difesa dell'imputato non può dunque assolutamente mancare: è una figura, oltre che una attività e un diritto, garantita e protetta dalla Costituzione. Infatti, in quest'ottica, la professione forense assolve ad una funzione sociale ed occasionalmente partecipa di pubblici poteri, come si evince dalla previsione costituzionale di cui agli artt. 24 e 13 della Carta fondamentale, circostanza che, a parere della Corte, legittima la decisione assunta nel quadro normativo così come ricostruito, in base al quale la facoltà di autodifesa dell'avvocato non può essere ammessa al di fuori del processo civile, come sopra precisato.

9. Ciò premesso il primo, secondo e terzo motivo di ricorso sono infondati e proposti al di fuori dei casi consentiti.

Il secondo motivo di ricorso è inoltre generico, e dunque ai limiti dell'inammissibilità, laddove chiede la disapplicazione della normativa nazionale per contrasto con quella comunitaria e la sospensione del procedimento per sottoporre la pregiudiziale interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dal momento che non è precisata la disposizione del diritto comunitario che si assume contrastante con il diritto nazionale o della quale è necessario richiedere l'interpretazione.

I motivi di ricorso si fondano sull'assunto o comunque presuppongono che la Corte Suprema di cassazione, Sezione VI penale, con la sentenza di annullamento con rinvio, abbia escluso la sussistenza dell'elemento oggettivo del delitto di calunnia e che erroneamente abbia poi annullato con rinvio per un nuovo esame in relazione all'elemento soggettivo del reato.

Tale tesi è infondata.

La sentenza di annullamento con rinvio recita ai punti da 11 a 14 quanto segue:

«11. In primo luogo, è da ribadire in punto di diritto, con ciò condividendosi l'orientamento espresso con uniformità dalla giurisprudenza di questa corte, richiamato dalla pronunce di merito in esame, la idoneità in astratto dell'esposto inviato dallo S. al Tar in data 21.12.98 a costituire un atto di denuncia, rilevante per la calunnia.

12. Ai fini della configurabilità del delitto di calunnia non occorre una denuncia in senso formale, essendo sufficiente che taluno, rivolgendosi in qualsiasi forma all'autorità giudiziaria ovvero ad altra autorità avente l'obbligo di riferire alla prima, esponga fatti concretanti gli estremi di un reato, addebitandoli a carico di persona di cui conosce l'innocenza. (Sez. VI, Sentenza n. 44594 del 8 ottobre 2008 fra le molte).

13. Nella fattispecie, come messo in rilievo dal giudice di merito, il fatto che l'esposto fosse stato indirizzato ad una autorità che aveva l'obbligo di procedere alle necessarie segnalazioni, nel caso in cui i fatti fossero anche penalmente rilevanti.

14. In secondo luogo, passando all'esame del nucleo centrale delle doglianze, è altrettanto noto che la fattispecie incriminatrice individua l'oggetto della falsa incolpazione nel reato, cioè nell'illecito penale, comprensivo di tutti gli elementi costitutivi e, dunque, non solo del fatto materiale, ma anche dell'elemento soggettivo: trattasi di elemento normativo della fattispecie medesima».

Inoltre al punto 18 la sentenza di annullamento con rinvio così prosegue:

«18. Viceversa, la corte avrebbe dovuto confrontarsi con la decisione dell'organo di secondo grado della giustizia amministrativa, e non limitarsi ad osservazioni ipotetiche, giacché la bontà della tesi difensiva dello S. aveva una influenza decisiva sulla lettura del suo atteggiamento psicologico; la consapevolezza della esattezza della tesi giuridiche da lui sostenute, le plurime violazioni di legge ed erronee valutazioni di merito in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado ne potevano colorare l'intento di denunciare energicamente la illegittimità della pronuncia e di stigmatizzare – secondo il suo punto di vista – l'estrema superficialità del giudice; in relazione a tale altrettanto

plausibile lettura della proposizione consapevolmente applicando una norma abrogata la corte di merito avrebbe dovuto spiegare, e non lo ha fatto, se le rimanenti enunciazioni del ricorso costituissero tuttavia una maliziosa indicazione di un deliberato diverso malevolo atteggiamento tenuto dai colleghi nei suoi confronti, preordinato sin dall'inizio a suo danno o viceversa rappresentassero una elencazione di fatti rilevanti ai fini del sollecitato procedimento disciplinare, prefigurabile, a dire dello S., per la leggerezza usata nella interpretazione nella norma e per le successive manchevolezze comportamentali rilevate a carico dei suoi colleghi. E va ancora messo in evidenza che la pronuncia non spiega se in effetti gli elementi circostanziali messi in evidenza per ravvisare la tendenziosità dell'esposto, ossia i plurimi conflitti con il presidente ed il colleghi del Tar, fossero fatti veri ed accaduti o frutto di una percezione soggettiva della S. non ragionevole, e se essi sussistessero, anche prima, della emissione dei provvedimenti giudiziari assunti in suo dello S.

Tale accertamento, invece, come è intuitivo aveva una sua valenza nella rappresentazione soggettiva dell'agente, e a seconda della ricostruzione poteva spostare in un senso o nell'altro il giudizio sulla consapevolezza».

La Corte suprema di cassazione, Sezione VI penale ha perciò inteso effettivamente annullare la sentenza di appello con rinvio limitatamente al solo elemento soggettivo del reato, ritenendo integrato l'elemento oggettivo nella accusa di aver consapevolmente applicato una norma abrogata.

Del resto ciò è ben chiaro al ricorrente, tanto che nel proporre un diverso significato della sentenza di annullamento con rinvio basata sul richiamo alle argomentazioni di cui ai punti 17 e 18 della sentenza stessa, afferma che la Corte di Cassazione si sarebbe sbagliata, trascurando che, quand'anche così fosse, l'errore sarebbe coperto da giudicato.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno infatti chiarito che, in tema di annullamento parziale della sentenza im-

pugnata da parte della cassazione, il principio della formazione progressiva del giudicato – desumibile da una corretta interpretazione del disposto dell'art. 545 c.p.p. del 1930, comma 1 (e parallelamente dell'art. 624 nuovo c.p.p., comma 1) – che ne importa la configurabilità in ordine alle parti non annullate della sentenza concernenti l'esistenza del reato e la responsabilità dell'imputato e non in rapporto di connessione essenziale con quelle annullate, legittima la conclusione che esclude la operatività delle cause di estinzione del reato, relativamente alle parti della decisione sulle quali si è formato il giudicato, non potendo l'art. 152 c.p.p. del 1930 (e l'art. 129 nuovo c.p.p.), che pur prevede l'efficacia di dette cause in ogni stato e grado del procedimento, superare la "barriera del giudicato", essendosi per quelle parti della sentenza che tale autorità hanno acquistato, ormai concluso, in maniera definitiva, il loro "iter" processuale.

(Cass., Sez. un., sentenza n. 4460 del 19 gennaio 1994, ud. dep. 19 aprile 1994, Rv. 196886).

Pertanto, in virtù del principio del giudicato progressivo (art. 624 c.p.p.) le parti della decisione non oggetto di annullamento e non in connessione essenziale con quelle per cui è stato disposto il nuovo giudizio, acquistano, in quanto definitive, autorità di cosa giudicata, ed è irrilevante l'assenza, nel dispositivo della sentenza di annullamento del dato meramente formale della declaratoria dell'intervenuto passaggio in giudicato della parte non annullata nonché la temporanea ineseguibilità della decisione o l'eventuale ritardo nella sua esecuzione. (Cass., Sez. II, Sentenza n. 6287 del 15 dicembre 1999, dep. 20 settembre 2000, Rv. 217857).

10. Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Ai sensi dell'art. 616 c.p.p., con il provvedimento che rigetta il ricorso, l'imputato che lo ha proposto deve essere condannato al pagamento delle spese del procedimento.

[Omissis]

DANILO CERTOSINO*

Dottoranda di ricerca in *Forme dell'evoluzione del diritto* – Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", sede di Taranto

Autodifesa e difesa tecnica: un binomio inscindibile anche per l'imputato-avvocato

*Self defence and technical defence:
inseparable also for the accused-lawyer*

L'autodifesa esclusiva non è ammessa nel nostro ordinamento, anche qualora l'imputato sia un avvocato regolarmente iscritto nell'albo professionale, dovendo la difesa personale essere necessariamente affiancata dalla difesa tecnica. Questo è il principio ribadito dalla Suprema corte che, investita nuovamente della questione, fornisce

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFENDERSI DA SÉ

un'interpretazione che si colloca nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale. Lo studio, muovendo dall'analisi del diritto di difesa inteso nella sua doppia accezione di "difesa personale" e "difesa tecnica", si sofferma sulle posizioni espresse da dottrina e giurisprudenza in tema di autodifesa esclusiva e verifica l'impatto sul quadro normativo della nuova disciplina dell'ordinamento professionale forense.

The exclusive self-defense is not allowed in our system, even if the defendant is a lawyer, having the defense necessarily be accompanied by a technical defense. This is the principle reaffirmed by the Supreme Court which, again invested in the issue, provides an interpretation that follows the path of a well-established jurisprudence. The study, by moving from the analysis of the right of defense understood in its double meaning of "self-defense" and "technical defense", focuses on the positions expressed by the doctrine and case-law on self-defense and occurs on the impact of the regulatory framework new regulations for the organization of lawyers.

LA DECISIONE

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione ribadisce il principio secondo cui all'interno del procedimento penale la parte non può difendersi da sola; principio che, secondo i giudici di legittimità, rimane valido anche a seguito dell'entrata in vigore della l. 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense), il cui art. 13, comma 1, stabilisce che «l'avvocato può esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore e a titolo gratuito».

Nel caso di specie, il ricorrente, magistrato del T.A.R. in possesso dell'abilitazione professionale per esercitare la difesa tecnica, – reiterando una richiesta già in precedenza avanzata – richiedeva «di essere difeso da se stesso ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e quale avvocato abilitato al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori». In particolare, il ricorrente lamentava «la violazione e falsa applicazione dell'art. 6 Cedu in tema di autodifesa e in relazione agli artt. 3, 21, 24, 32 Cost. e difetto di motivazione sul punto del provvedimento impugnato, che erroneamente gli aveva negato tale diritto, tanto più che era munito della necessaria competenza tecnica e delle relative abilitazioni professionali; eceppiva, altresì, l'illegittimità dell'art. 97 c.p.p. per violazione degli stessi nonché per violazione dell'art. 76 Cost., sotto il profilo che il legislatore avrebbe violato la delega di cui alla l. n. 81 del 1987».

Secondo i giudici di legittimità deve ritenersi infondata la tesi del ricorrente in virtù della quale egli sarebbe legittimato a difendersi da solo ai sensi della Cedu e del Patto inter. dir. civ. pol. Ad avviso del Supremo collegio, risulta essere un principio consolidato in giurisprudenza che la normativa interna, la quale esclude la difesa personale della parte nel procedimento penale e nei procedimenti incidentali che

accedono allo stesso, non si pone in contrasto con l'art. 6, § 3, lett. c), Cedu, che prevede la possibilità dell'autodifesa. La stessa Convenzione ha ritenuto, al riguardo, che il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai tribunali allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia¹.

La sentenza *de qua* presenta profili di particolare interesse che impongono una serie di riflessioni sul rapporto fra difesa tecnica e autodifesa, entrambe esplicitazioni del diritto di difesa consacrato nell'art. 24, comma 2, Cost.; riflessioni che non possono prescindere da quanto espressamente sancito a livello internazionale dalla Cedu e, a livello interno, dalle previsioni costituzionali e legislative in tema di difesa.

IL DIRITTO DI DIFESA NELLA SUA DOPPIA ACCEZIONE: AUTODIFESA E DIFESA TECNICA

La difesa giudiziaria penale può essere definita come «il complesso delle attività processuali spiegate dalle parti private e dai loro difensori al fine di far valere i propri diritti e le proprie ragioni in ordine all'accertamento della fondatezza della pretesa punitiva statutale nei confronti dell'imputato»².

¹ Si veda, sul punto, Corte e.d.u, 20 gennaio 2005, Mayzit c. Russia, *Dir. pen. proc.*, 2005, 383, secondo cui l'art. 6 Cedu prevede che l'imputato sia adeguatamente rappresentato sotto il profilo difensivo, ma gli riconosce il diritto di decidere in quale modo la sua difesa debba essere assicurata, demandando tale scelta alla legislazione applicabile nello Stato. Lo stesso principio viene affermato anche dalla giurisprudenza costituzionale: cfr., in particolare, C. cost., sent. 22 dicembre 1980, n. 188, *Giur. cost.*, 1980, 1612.

² Così Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 455. Sul diritto di difesa cfr., altresì, Cristiani, *sub art. 96 c.p.p.*, Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, 451 ss.; Curtotti Nappi, *Difesa penale*, *Dig. pen.*, III Agg., Torino, 2005, 370 ss.; Dalia-Cimadomo, *Difensore (diritto processuale penale)*, *Enc. dir.*, III Agg., Milano, 1999, 501 ss.;

Il diritto di difesa viene annoverato fra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, assurgendo a presupposto essenziale per la salvaguardia e il ripristino di tutte le libertà e i diritti garantiti³. E costituisce un dato acquisito, sia in dottrina che in giurisprudenza, che tale diritto, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, come espressamente sancito nell'art. 24, comma 2, Cost.⁴, debba essere inteso secondo una doppia accezione: come difesa personale (autodifesa), ovvero partecipazione attiva e cosciente dell'imputato alla vicenda giudiziaria, e come difesa tecnica, posta in essere dal difensore dotato di specifiche competenze tecniche in grado di contrastare efficacemente le argomentazioni dell'accusa⁵.

Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, 169 ss.; Dean, *Difesa (diritto di)*, *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, V, Milano, 2007, 73 ss.; Ferrua, *Difesa (diritto di)*, *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, 466 ss.; Frigo, sub art. 96 c.p.p., Amodio-Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 611 ss.; Magliocca, *Il diritto di difesa*, Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 51 ss.; Mazza, *I protagonisti del processo*, AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2012, 138 ss.; Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, 115 ss.; Ricci, *Il difensore*, Spangher (diretta da), *Trattato di procedura penale*, I, *Soggetti e atti*, t. I, Dean (a cura di), *I soggetti*, Torino, 2009, 668 ss.; Scalfati, sub art. 96 c.p.p., Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, 1039 ss.; F. Siracusano, sub art. 96 c.p.p., Canzio-Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, I, Milano, 2012, 976 ss.; Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, 141 ss.; Tranchina-Di Chiara, *I soggetti*, AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, 161 ss.; Voena, *I soggetti*, Conso-Grevi-Bargis, (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 145 ss.; Id., *Difesa III difesa penale*, *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.

³ Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., 469.

⁴ Per un'attenta analisi, cfr. Comoglio, sub art. 24 Cost., Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, cit., 38 ss.; Scaparone, sub art. 24 Cost., Branca (a cura di), *Comm. della Costituzione*, Bologna, 1981, 82 ss.; Police, sub art. 24 Cost., Bifulco-Celotto-Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 501 ss. La giurisprudenza costituzionale ha affermato che l'articolo 24, comma 2, Cost., garantisce all'imputato il diritto ad esercitare l'autodifesa e la potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale e che il diritto di difesa dell'imputato in tanto può dirsi assicurato in quanto costui abbia «la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale, che consenta di opporre controdeduzioni alle deduzioni avversarie, con rimozione di ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti con disponibilità della prova dei fatti ritenuti idonei a far risultare la fondatezza delle ragioni addotte a propria difesa, perché se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o si restringe il diritto ad esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita la tutela del diritto di difesa». In tal senso, C. cost., sent. 16 dicembre 1970, n. 190, *Giur. cost.*, 1970, 2190. In linea con questo orientamento, cfr., altresì, C. cost., sent. 14 luglio 1976, n. 172, *Giur. cost.*, 1976, 1075; Id., sent. 26 giugno 1975, n. 162, *ivi*, 1975, 1430; Id., sent. 18 dicembre 1973, n. 186, *ivi*, 1973, 2432; Id., sent. 28 dicembre 1971, n. 205, *ivi*, 1971, 2303; Id., sent. 14 aprile 1969, n. 83, *ivi*, 1969, 1174; Id., sent. 3 giugno 1966, n. 53, *ivi*, 1966, 869.

⁵ Per uno studio approfondito sul tema, cfr. Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli, 1977.

Nel suo primo aspetto, la difesa rappresenta il diritto dell'imputato all'esercizio dei poteri processuali necessari per agire o difendersi in giudizio, senza la necessità dell'ausilio di un difensore⁶.

La seconda prospettiva inquadra, invece, la difesa come garanzia al corretto svolgimento del giudizio che può trovare realizzazione solo nel contraddittorio delle parti, in piena parità delle armi⁷. A tal fine, solo la presenza del difensore, in quanto soggetto dotato di specifiche competenze tecnico-giuridiche, è in grado di assicurare quel *due process of law* indispensabile per il corretto funzionamento della giustizia⁸.

Analizzando il primo profilo, ovvero la difesa intesa come diritto, lo stesso può dirsi effettivamente realizzato soltanto quando all'imputato sia consentito di difendersi da solo, esercitando tutti i poteri necessari per influire sul convincimento del giudice. La difesa costituisce un diritto personale dell'imputato costituzionalmente garantito che non può incontrare dei limiti nell'attribuzione dei poteri processuali a soggetti diversi; per questo motivo il diritto all'autodifesa del soggetto non deve essere inteso nel senso di libertà di scelta fra difesa personale e difesa tecnica, ma come diritto inviolabile che non può essere espropriato a favore di altri soggetti⁹.

Ai fini dell'esercizio del suo diritto, l'imputato deve essere messo in condizioni di partecipare alle attività processuali in grado di influire sulla formazione del convincimento del giudice; potrà, pertanto, compiere sia le attività riservate alla parte ed

⁶ Cfr. Ieva, *Il diritto fondamentale all'autodifesa nel processo*, *Corriere giur.*, 2011, 1172.

⁷ Riprendendo una metafora molto suggestiva, la difesa come garanzia oggettiva «è la speranza che contrapponendo ai ragionamenti e alle deduzioni dell'accusa i ragionamenti e le deduzioni della difesa si produca l'attrito dal quale, come da ferro battuto, sprizzano quelle scintille di luce che illuminano la mente e la coscienza dei giudicanti». Così, Borsani-Casorati, *Codice di procedura penale italiano commentato*, IV, Milano, 1879, 200. In chiave più moderna, secondo Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 6, la difesa come garanzia oggettiva «è la convinzione che il miglior mezzo per saggiare la fondatezza di un'accusa sia di instaurare il contraddittorio tra chi, avendola formulata, ha interesse a sostenerla, a verificarla e chi, essendo il destinatario, ha interesse a confutarla, a falsificarla».

⁸ Sulla distinzione fra difesa come diritto e difesa come garanzia, cfr. Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, cit., 458; Dean, *Difesa (diritto di)*, cit., 73; Denti, *La difesa come diritto e come garanzia*, Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, cit., 48; Ferrua, *La difesa nel processo penale*, cit., 5; Giarda, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, cit., 69; Grevi, *Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa*, Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, cit., 9; Torraca, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale (a proposito di un recente volume)*, *Riv. pen.*, 1978, 741.

⁹ In questi termini, Denti, *La difesa come diritto e come garanzia*, cit., 50.

L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFENDERSI DA SÉ

esercitabili personalmente, sia le attività esercitabili in concorrenza dal difensore secondo quanto espressamente riconosciuto dall'art. 99, comma 1, c.p.p.¹⁰.

Un vero e proprio decalogo di regole funzionali all'esercizio del diritto di difesa è contenuto nell'art. 111, comma 3, Cost. che, perseguendo l'obiettivo di rafforzare il carattere accusatorio del sistema processuale introdotto con la riforma del 1988, ha accolto una definizione di difesa funzionale a garantire maggiormente la piena parità dialettica fra le parti nell'esplicazione del contraddittorio¹¹. In particolare, la norma *de qua* prevede che «la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo». In ossequio a quanto costituzionalmente sancito, il diritto "ad essere informato" e il diritto di "difendersi provando" rappresentano elementi indispensabili per la celebrazione di un processo veramente "giusto".

Il secondo profilo delineato dall'art. 24, comma 2, Cost., implica «la potestà effettiva dell'assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga meno ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»¹². L'importanza dell'assistenza tecnica di un difensore si desume dalla necessità di garantire all'imputato la parità dialettica tra accusa e difesa, in modo da assicurare il corretto svolgimento del contraddittorio: il difensore, che durante la vigenza del codice Rocco assumeva la veste di "collaboratore del giudice", diviene, con il passaggio al nuovo codice di stampo accusatorio, soggetto «garante del contraddittorio»¹³.

Secondo opinione condivisibile, i due aspetti del diritto di difesa non possono costituire due entità distinte, poiché il primo è indispensabile ad offrire un effettivo e concreto sostegno al secondo e l'assistenza tecnica si ridurrebbe ad una mera formalità

se alla parte non fossero attribuiti reali poteri difensivi¹⁴.

IL DIRITTO DELL'IMPUTATO DI DIFENDERSI DA SOLO NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: IL PROBLEMA DELL'AUTODIFESA ESCLUSIVA

Un problema particolarmente delicato è rappresentato dall'eventuale riconoscimento della cd. "autodifesa esclusiva", ovvero il diritto dell'imputato di difendersi da solo rifiutando l'assistenza tecnica del difensore¹⁵. La questione, di rilevante interesse, trae origine da quanto affermato nella Cedu, il cui art. 6, § 3, lett. c) stabilisce espressamente che ogni imputato «(...) a droit notamment à (...) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix».

Se ci si fermasse ad un'interpretazione letterale della norma convenzionale, l'uso della particella *ou* indurrebbe a considerare che sussiste un rapporto di alternatività fra i due aspetti della difesa, con la diretta conseguenza che l'imputato potrebbe scegliere di avvalersi dell'autodifesa esclusiva, rifiutando l'assistenza del difensore¹⁶. Seguendo questa interpretazione, l'imputato verrebbe a trovarsi nella condizione di dover scegliere, in sede processuale, fra autodifesa e difesa tecnica, non risultando prevista l'eventualità di un concorso fra i due aspetti della difesa¹⁷.

¹⁴ In questi termini, Police, sub art. 24 Cost., cit., 512. Secondo Vassalli, *Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva*, cit., 150, l'autodifesa dell'imputato si pone in rapporto di preminenza rispetto alla difesa tecnica, che deve essere concepita come sussidio all'autodifesa.

¹⁵ Cfr. Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, Enc. dir., I Agg., Milano, 1997, 235 ss.

¹⁶ Opera una ricostruzione in questi termini Reposo, *L'autodifesa nelle convenzioni internazionali e nel diritto comparato*, Giur. cost., 1979, 941. Secondo Cavallari, *Il diritto dell'imputato al rifiuto della difesa tecnica*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1977, 844 s., «ove l'art. 6, n. 3, lett. c) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (...) venisse interpretato nel senso che il legislatore statale potrebbe disconoscere il diritto dell'imputato ad avere un difensore, sia pure attribuendogli tutti i poteri tipici di questo, si avrebbe una norma palesemente incostituzionale». Anche Marzaduri, *Sui contenuti del diritto di difesa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Foro it., 1984, IV, 156, ritiene che un'interpretazione di tal genere «comporterebbe conseguenze notevoli per ordinamenti che, come il nostro, non consentono all'imputato di rinunciare alla garanzia dell'assistenza tecnica».

¹⁷ Favorevoli al riconoscimento di un diritto all'alternativa fra autodifesa e difesa tecnica Andrioli, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, Temi romana, 1964, 463; Melchionda, *Il diritto dell'imputato all'alternativa fra autodifesa e difesa tecnica*, Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, cit., 93; Torraca, *Il processo penale tra garantismo e libertà: il problema dell'autodifesa*, Arch. pen., 1977, I, 253.

¹⁰ Vassalli, *Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva*, Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, cit., 147.

¹¹ In tal senso, Ricci, *Il difensore*, cit., 672.

¹² Così C. cost., sent. 8 marzo 1957, n. 46, CED Cass., 289.

¹³ Cfr. Ricci, *Il difensore*, cit., 678.

Analizzando attentamente la questione, in adesione a quanto affermato dalla Corte e.d.u.¹⁸, tale conclusione non sembrerebbe coerente con le esigenze di garanzia perseguite dal testo convenzionale; quest'ultimo mira, infatti, a prevedere un sistema di garanzie minime che assicuri all'imputato il diritto di godere di almeno uno dei due modi di difesa, all'interno di quei Paesi aderenti dove non sono previste entrambe le forme. Nell'ipotesi in cui la difesa tecnica potrebbe addirittura essere esclusa, si è inteso, almeno, salvaguardare l'autodifesa, per consentire all'imputato di esercitare adeguatamente il suo diritto di difesa¹⁹.

In ottemperanza alle disposizioni pattizie, il legislatore italiano, nel riconoscere la difesa come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, oltre a garantire l'autodifesa, ha anche contemplato l'indispensabilità dell'assistenza tecnica. Questo ha indotto la dottrina prevalente ad affermare che l'ordinamento interno abbia delineato un'attuazione più ampia del diritto di difesa rispetto a quella operata sul piano sovranazionale²⁰.

Non va trascurato come parte della dottrina abbia ritenuto ammissibile la rinuncia al difensore facendo leva sulla tutela delle cd. "libertà negative": così come le disposizioni costituzionali conferiscono all'individuo la libertà positiva di tenere un certo comportamento, gli conferirebbero, altresì, la libertà negativa di astenersi da esso. Secondo questo orientamento, l'art. 24, comma 2, Cost., assicurerebbe all'imputato sia il diritto di avere sia quello di non avere un difensore nel processo²¹. Tale indirizzo

è rimasto, peraltro, minoritario in dottrina²² e non ha trovato seguito in giurisprudenza. La garanzia di assicurare all'imputato un corretto svolgimento del processo, per un interesse pubblico che trascende l'interesse dell'imputato stesso, è stata invero costantemente ribadita dalla Corte costituzionale, che ha definito la difesa tecnica come «garanzia imprescindibile che si inserisce nell'iter del processo con carattere di essenzialità, tanto da essere intimamente legata alla regolare esplicazione del potere giurisdizionale»²³. E tale orientamento risulta consolidato anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo cui «la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nello stabilire che ogni imputato ha diritto di difendersi da sé medesimo o mediante l'assistenza di un difensore, non pone all'imputato l'alternativa di scegliere l'autodifesa o la difesa tecnica, ma tende ad assicurare, sempre e comunque, il diritto alla difesa, si che il sistema della difesa giudiziaria penale adottato dall'ordinamento italiano ed imperniato sul concorso dell'attività difensiva dell'imputato con quella del difensore tecnico, non contrasta con il principio affermato dalla Convenzione, dato che la difesa tecnica non esclude né *comprime la difesa personale, ma la integra con attività più incisiva ed efficace, assicurando all'imputato maggiori garanzie*»²⁴.

Alla luce di quanto è emerso, deve pertanto escludersi che l'art. 6, § 3, lett. c), Cedu vada interpretato nel senso del riconoscimento, all'interno del

preoccuparsi, sia di sopperire all'eventuale inerzia (volontaria o involontaria) circa la nomina del difensore, sia di prospettare all'interessato medesimo tutti i rischi connessi al rifiuto dell'assistenza difensiva-tecnica, meno naturale è che il singolo non possa fare affidamento sulle sole sue forze per l'esplicazione dell'attività difensiva». Dello stesso avviso, Gioia, *Autodifesa o necessità di un difensore tecnico?*, *Corriere giur.*, 1995, 858. Manifesta perplessità al riguardo, Scaparone, *Estensione e limiti dell'autodifesa dell'imputato*, cit., 135, ad avviso del quale l'art. 24, comma 2, Cost., inquadra il diritto di farsi assistere da un difensore come una libertà funzionale, il cui esercizio deve essere garantito mediante la designazione di un difensore d'ufficio, anche quando l'imputato vi si oppone. Quanto affermato comporta che, laddove l'imputato intenda rifiutare l'assistenza difensiva, ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost., tale diniego dovrebbe essere considerato inefficace.

²² Cfr., per tutti, Grevi, *Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa*, cit., 11, per il quale l'indefettibilità, nella fase del giudizio, della presenza del difensore soddisfa un interesse non meramente individualistico dell'imputato, bensì un interesse pubblico.

²³ C. cost., sent. 27 novembre 1959, n. 59, *Giur. Cost.*, 1959, 1132. Successivamente, nello stesso senso, *Id.*, sent. 22 dicembre 1980, n. 188, cit., 1612; *Id.*, sent. 10 ottobre 1979, n. 125, *Giur. cost.*, 1979, 852; *Id.*, sent. 4 giugno 1970, n. 95, *ivi*, 1970, 1150.

²⁴ Così Cass., Sez. I, 10 aprile 1981, n. 5818, *CED Cass.*, 149330. Negli stessi termini, v. *Id.*, Sez. I, 29 gennaio 2008, n. 7786, *Cass. pen.*, 2009, 3467; *Id.*, Sez. III, 29 marzo 2007, n. 19964, *CED Cass.*, 236734; *Id.*, Sez. V, 15 dicembre 1988, n. 2333, *ivi*, 180523.

¹⁸ Dopo avere in un primo momento considerato le due differenti modalità di difesa come alternative, il cui potere di opzione era rimesso non agli imputati ma ai singoli ordinamenti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha poi successivamente ribadito che lo *standard* minimo di garanzie deve essere tale da assicurare all'imputato una difesa effettiva. In quest'ultimo senso, Corte e.d.u., 27 aprile 2006, ric. n. 30961/03, Sannino c. Italia, *Dir. pen. proc.*, 2006, 782.

¹⁹ Cfr., sul punto, Grevi, *Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa*, cit., 7; Marzaduri, *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6, n. 3, lett. c) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Arch. pen.*, 1996, 178. Secondo Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, *Riv. dir. internaz.*, 1974, 474, «intesa come riconoscimento del diritto di opzione tra l'esercizio di una difesa esclusivamente personale (tramite il rifiuto di qualsiasi difensore, anche d'ufficio) e l'impiego di un legale in veste di coadiutore e di gestore tecnico, l'alternativa profilata nell'art. 6, comma 3, lett. c, rifletterebbe una prospettiva il cui unico torto potrebbe essere quello di apparire utopistica».

²⁰ Cfr., per tutti, Lozzi, *Il ruolo di garanzia dell'avvocato nel processo penale*, *Cass. pen.*, 1997, 3628.

²¹ Così Chiavario, *Autodifesa sì, ma ...*, Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, cit., 43, secondo cui «all'interno di una struttura giuridica che recepisca istanze solidaristiche appare bensì naturale che l'organo procedente debba

L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFENDERSI DA SÉ

nostro ordinamento, del diritto dell'imputato all'autodifesa esclusiva²⁵, rivestendo la difesa tecnica carattere di "irrinunciabilità"²⁶.

(SEGUE): L'AUTODIFESA ESCLUSIVA DELL'AVVOCATO

Se l'autodifesa esclusiva non è ammessa, ci si domanda se la stessa regola valga anche nei confronti dell'imputato che rivesta la qualità di avvocato iscritto nel relativo albo professionale.

La necessaria presenza della difesa tecnica, come abbiamo visto, trova giustificazione nell'obbligo di garantire, ai fini della celebrazione di un processo "giusto", la piena parità dialettica fra le parti e, quest'ultima, può essere realizzata soltanto attraverso l'assistenza di un soggetto dotato di specifiche competenze tecnico-giuridiche in grado di contrastare efficacemente le opposte argomentazioni dell'accusa, contribuendo ad influire sul convincimento dell'organo giudicante. Si potrebbe al riguardo obiettare che l'imputato-avvocato possieda le suindicate peculiarità, avendo, conseguentemente, diritto ad avvalersi dell'autodifesa esclusiva. Tra l'altro, anche le norme del codice di procedura civile ammettono l'autodifesa in via esclusiva, consentendo alle parti di stare in giudizio personalmente, senza l'assistenza del difensore, nelle cause di minore entità economica²⁷.

Tuttavia, non si può pensare ad un'applicazione analogica al processo penale, in ragione della diversità degli interessi coinvolti: qui sono in gioco

diritti fondamentali della persona, come la libertà personale del soggetto, e quindi anche l'imputato-avvocato, pur essendo dotato di specifica preparazione tecnica, non avrebbe la serenità psicologica e il distacco emotivo necessari per affrontare il processo e contrastare efficacemente l'accusa²⁸. Potrebbe davvero l'avvocato che sia anche imputato, durante lo svolgimento della *cross-examination*, manifestare la sua abilità senza lasciarsi suggestionare da tutto quello che accade e, soprattutto, senza rischiare di compromettere il diritto costituzionalmente garantito del "difendersi provando"? La risposta non può che essere negativa.

La decisione che si commenta si colloca nel solco di quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene necessaria la rappresentanza tecnica da parte di un difensore abilitato, dovendosi escludere l'autodifesa tecnica e la difesa personale esclusiva dell'interessato²⁹.

Un'eccezione è contemplata nell'ipotesi di ricorso contro il provvedimento di liquidazione delle competenze professionali maturate in sede penale, ove le Sezioni unite hanno fissato il principio secondo cui «la regola generale della rappresentanza tecnica nel *processo penale* è eccezionalmente derogata, a favore dell'avvocato cassazionista, in virtù del rinvio formale che l'art. 170 d.p.r. n. 115 del 2002 opera, in tema di liquidazione di compensi professionali, alla speciale procedura prevista per gli onorari di avvocato dall'art. 29 l. n. 794 del 1942 e, indirettamente, alle disposizioni degli artt. 86 e 365 c.p.c.».

Un ulteriore momento di riflessione si rende necessario: occorre, infatti, analizzare l'impatto sul quadro normativo della «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», ex l. 31 dicembre 2012, n. 247. Al riguardo, l'art. 13 della legge *de qua* stabilisce che «l'avvocato può esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore» e che «l'incarico può essere svolto a titolo gratuito».

²⁵ In un altro momento di riflessione sull'argomento, Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1976, 172, afferma che «un'assoluta intercambiabilità tra le due forme di difesa non sembra configurabile, se si tiene conto della ratio che la garanzia difensiva assume nel quadro generale dell'art. 6 della Convenzione europea» e «qualora si profili un consistente pericolo per i beni primari dell'accusato, in caso di esito sfavorevole del processo, non si dovrebbe ritenere che il legislatore statuale sia assolutamente libero di concedere in forma strettamente alternativa l'una o l'altra delle due modalità di difesa ... ove non si voglia addirittura ammettere che l'art. 6, n. 3, lett. c, Conv. eur., giunga a configurare una scelta rimessa allo stesso accusato, si dovrebbe ... riconoscere che il legislatore può, al più, escludere la difesa tecnica nei processi *de minimis*». Nello stesso senso, Cavallari, *Il diritto dell'imputato al rifiuto della difesa tecnica*, cit., 845; Gallo, *La questione dell'autodifesa nel processo penale*, *Indice pen.*, 1978, 364; Lozzi, *Il ruolo di garanzia dell'avvocato nel processo penale*, cit., 3628.

²⁶ Cfr. Scalfati, sub art. 96 c.p.p., cit., 1039 s., secondo cui «la questione dell'autodifesa esclusiva sembra definitivamente superata dalla norma che impone la nomina del difensore d'ufficio all'imputato che ne è privo (art. 97, comma 1, c.p.p.)».

²⁷ Recita testualmente l'art. 86 c.p.c.: «la parte o la persona che la rappresenta o assiste, quando ha la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso altro giudice adito, può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore».

²⁸ Cfr. Li Volsi, *Sempre incompatibile l'autodifesa esclusiva con l'obbligatorietà della difesa tecnica?*, *Cass. pen.*, 2009, 3468.

²⁹ Cfr., Cass., Sez. un., 10 gennaio 2006, n. 139, *CED Cass.*, 585750, secondo cui nel processo penale «l'obbligo della difesa tecnica, sancito dagli artt. 96 e 97 c.p.p. ed esteso dall'art. 100 dello stesso codice anche alla p.c., esclude che le parti, anche se abilitate all'esercizio della funzione di avvocato, possano essere difese da sé stesse, e comporta, a norma dell'art. 391-bis c.p.p., che le investigazioni difensive possono essere compiute soltanto dai difensori delle parti, dai loro sostituti o dagli investigatori privati autorizzati». Successivamente, nel senso di esclusione dell'autodifesa esclusiva dell'avvocato, cfr.: Cass., Sez. II, 19 dicembre 2012, n. 2724, *CED Cass.*, 255083; *Id.*, Sez. V, 2 aprile 2008, n. 17400, *ivi*, 240424; *Id.*, Sez. III, 29 marzo 2007, n. 19964, *ivi*, 236734.

Anche in questo caso, se ci si fermasse ad un'interpretazione letterale della norma di legge si dovrebbe ritenere ammessa l'autodifesa esclusiva dell'imputato che sia anche avvocato³⁰. Ma un'analisi più approfondita della questione conduce ad una riflessione diametralmente opposta, che affonda il proprio convincimento nella considerazione che l'attività forense, in quanto diretta alla difesa dei diritti, è componente indefettibile dello Stato di diritto, presidio dei diritti dei cittadini e garanzia della loro tutela; è strumento di accesso alla giustizia da parte di tutti i soggetti, attraverso la previsione dell'istituto del difensore di ufficio e dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato. La necessità dell'avvocato per la difesa in giudizio deve ritenersi non solo elemento indispensabile alla forma di Stato democratico, ma anche conquista irrinunciabile della civiltà giuridica³¹.

La dottrina evidenzia come la nuova riforma rappresenti il punto di partenza di un rinnovamento all'insegna della qualità, per rendere un servizio efficiente e solidale per l'amministrazione della giu-

stizia³², con un maggior rispetto dei principi costituzionali. Sarebbe, quindi, in contrasto con queste finalità un sistema che preveda la possibilità per l'avvocato comunque coinvolto in un procedimento penale (sia nella veste di imputato che di parte civile) di avvalersi dell'autodifesa esclusiva³³.

Appaiono, pertanto, pienamente condivisibili le conclusioni cui è pervenuta la Suprema corte con la decisione in commento, laddove afferma che la nuova previsione ha un carattere meramente ricognitivo rispetto alla disciplina già vigente, non introducendo nulla di nuovo, ma soltanto una norma di carattere generale che necessita di coordinamento con le prescrizioni specifiche di ogni ramo dell'ordinamento e delle relative previsioni procedurali. Sicché appare corretto ritenere che, in sede penale, l'autodifesa dell'imputato, che sia anche avvocato, non può ritenersi consentita in difetto di una previsione di legge *ad hoc*³⁴.

³⁰ In dottrina, esprime opinione favorevole Danovi, *La nuova legge professionale forense*, Milano, 2014, 85.

³¹ Cfr. Alpa, *La nuova legge professionale forense*, *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, 391 ss.; Colavitti, *La nuova legge sulla professione forense. Legge 31/12/2012 n. 247. (III La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato)*, *ivi*, 2013, 2, 397 ss.; Colavitti-Gambogi, *Riforma forense, Officina del diritto*, Milano, 2013, 9 ss.

³² Alpa, *La nuova legge professionale*, *cit.*, 392.

³³ In relazione alla possibilità per l'avvocato iscritto all'albo di costituirsi parte civile personalmente nell'ambito di un procedimento che lo veda persona offesa, cfr. Diddi, *Profili processuali della nuova disciplina sull'ordinamento forense*, in questa rivista, 2013, 6, 98.

³⁴ Cfr. Capitani, *Nessuno spazio all'autodifesa tecnica dell'avvocato abilitato*, www.dirittoegiustizia.it; Leo, *Nel processo penale non è consentita l'autodifesa tecnica dell'imputato che sia anche avvocato abilitato all'esercizio della professione*, www.dirittopenale-contemporaneo.it; Starace, *Autodifesa davanti alla Corte di cassazione penale*, www.magistraturademocratica.it.

Divieto di *reformatio in peius* e giudizio di comparazione

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 2 agosto 2013, n. 33742, Pres. Lupo, Rel. Siotto

Non viola il divieto di reformatio in peius il giudice di appello che, pur escludendo una circostanza aggravante o riconoscendo una ulteriore circostanza attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, confermi la pena inflitta in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza tra le circostanze, purché quest'ultimo sia accompagnato da adeguata motivazione.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 7 novembre 2008 il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Avezzano ha condannato F.P., riconosciute in suo favore le circostanze attenuanti generiche con giudizio di equivalenza rispetto alla circostanza aggravante dell'ingente quantitativo ed alla contestata recidiva infraquinquennale, alla pena di anni quattro di reclusione ed euro 30.000 di multa, quale responsabile del reato di detenzione a fine di spaccio di grammi 326,659 di cocaina (idonea al confezionamento di 1.274 dosi medie).

2. A seguito dell'appello proposto dal solo imputato, che lamentava l'erronea applicazione dell'aggravante di cui all'art. 80, comma 2, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, e chiedeva la riduzione della pena previo giudizio di prevalenza delle già riconosciute circostanze attenuanti generiche, la Corte d'appello dell'Aquila, con sentenza del 15 ottobre 2010, pur esclusa – così come richiesto dall'appellante – la ricorrenza nella specie della circostanza aggravante dell'ingente quantitativo, ha confermato la pena irrogata in primo grado, parimenti pervenendo ad un giudizio di equivalenza fra le residue circostanze (circostanze attenuanti generiche e recidiva infraquinquennale).

3. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, a mezzo del proprio difensore, deducendo: inosservanza dell'art. 597 c.p.p., comportando necessariamente l'esclusione della circostanza aggravante dell'ingente quantità la modifica, nel senso della prevalenza, del giudizio di comparazione fra le circostanze; vizio di motivazione in ordine all'applicazione della recidiva e al rilievo assegnatole; inosservanza dell'art. 192, comma 2, c.p.p., essendo stata la valutazione del collegamento con ambienti criminali fondata apoditticamente sul mero dato quantitativo della sostanza stupefacente detenuta.

4. Con ordinanza del 24 gennaio 2013 la Sesta sezione penale, alla quale il procedimento era stato assegnato, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite rilevando come sulla questione dedotta con il primo motivo – di natura pregiudiziale – sussistesse un contrasto giurisprudenziale.

4.1. Secondo un primo orientamento, in caso di impugnazione del solo imputato, la conferma del trattamento sanzionatorio da parte del giudice di appello (in particolare la conferma dell'esito del giudizio di comparazione delle circostanze formulato dal giudice di primo grado), pur dopo l'esclusione di una circostanza aggravante, non violerebbe il divieto di *reformatio in peius* e, quindi, non integrerebbe di per sé una violazione di legge processuale ma rimarrebbe soggetta alla sola verifica di adeguatezza della relativa motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p.

4.2. Secondo altro orientamento, di contro, il giudice di appello che, a seguito dell'esclusione di una circostanza aggravante, riformuli il giudizio di comparazione sarebbe vincolato ad un esito più favorevole per l'imputato, incorrendo altrimenti in una violazione del divieto di *reformatio in peius*.

5. Con decreto del 22 febbraio 2013 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite per la risoluzione della questione controversa, così come prospettata nell'ordinanza di rimessione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione per la quale il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite può essere sintetizzata nel modo che segue: «se il giudice di appello, dopo avere escluso una circostanza aggravante in accoglimento del motivo proposto dall'imputato, possa confermare la pena applicata in primo grado ribadendo il giudizio di equivalenza fra le residue circostanze».

In proposito, così come osservato nell'ordinanza di rimessione, sussiste un contrasto giurisprudenziale; e ciò pur dopo alcuni interventi delle Sezioni Unite specificamente dedicati a fissare il perimetro del divieto di *reformatio in peius*, tematica strettamente connessa, unitamente a quella relativa all'ambito della cognizione del giudice di appello, con la questione qui sottoposta.

2. Deve da subito rilevarsi, peraltro, come in realtà non sussista più alcun contrasto giurisprudenziale in ordine al fatto che il divieto di *reformatio in peius* debba riguardare non solo il risultato sanzionatorio finale ma anche tutti gli elementi del calcolo, essendosi più volte ribadito nelle sentenze emesse dalle sezioni semplici della Corte di cassazione (adeguatesi ai principi espressi dalle Sezioni Unite) che la obbligatoria diminuzione della pena complessiva, in conseguenza dell'accoglimento dell'impugnazione proposta dal solo imputato, comporta che la riduzione dell'entità di uno degli elementi costitutivi del trattamento sanzionatorio non può essere in alcun modo compensata da un aumento della misura di altro elemento (unica sentenza dissonante è quella emessa da Sez. 3, n. 25606 del 24/03/2010, C.). Ed infatti già con la pronuncia n. 5987 del 12/05/1995, P., Rv. 201034, le Sezioni Unite, nel ricostruire i rapporti tra i commi 3 e 4 dell'art. 597 cod. proc. pen., hanno stabilito che, pur regolando aspetti diversi del giudizio di appello, le due disposizioni interagiscono, aggiungendosi al generale divieto della *reformatio in peius* stabilito dal comma 3 il dovere altresì per il giudice, nei casi previsti dal comma 4, di diminuire la pena complessiva irrogata in misura corrispondente all'accoglimento della impugnazione; e ciò «anche quando, oltre all'imputato, è appellante il pubblico ministero, la cui impugnazione può avere effetti di aumento sugli elementi della pena ai quali si riferisce ma non impedire le diminuzioni corrispondenti all'accoglimento dei motivi dell'imputato relativi a reati concorrenti o a circostanze».

I principi affermati da tale sentenza sono stati riaffermati dalla sentenza n. 40910 del 27/09/2005, M., Rv. 232066, con la quale le Sezioni Unite, nuovamente intervenendo per risolvere il contrasto interpretativo mai sopitosi, hanno ribadito in maniera esplicita (anche alla luce della Relazione preliminare al vigente codice) come nel giudizio di appello il divieto della *reformatio in peius* della sentenza impugnata dal solo imputato non riguardi solo l'entità della pena complessiva ma tutti gli elementi autonomi che concorrono a determinarla, fra essi compresi «sia gli aumenti o le diminuzioni apportati alla pena-base per le circostanze, che l'aumento conseguente al riconoscimento del vincolo della continuazione».

3. Permane, di contro, un contrasto in relazione all'obbligo o meno di rivedere in senso favorevole all'imputato il giudizio di comparazione espresso dal primo giudice allorquando, in accoglimento dell'impugnazione dell'imputato, venga esclusa una delle circostanze aggravanti o riconosciuta altra circostanza attenuante.

3.1. Secondo un orientamento interpretativo, la conferma da parte del giudice dell'impugnazione dell'esito del precedente giudizio di comparazione tra le circostanze, pur dopo l'esclusione di una circostanza aggravante o il

riconoscimento di una ulteriore circostanza attenuante, non violerebbe i principi posti dai commi 3 e 4 dell'art. 597 cod. proc. pen., essendo tale conferma soggetta alla sola verifica di adeguatezza della motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. In tal senso hanno argomentato, in ordine cronologico, sia pure con alcune differenze motivazionali, le sentenze Sez. 1, n. 5697 del 28/01/2003, G., Rv. 223442; Sez. 2, n. 42354 del 23/09/2005, B., Rv. 232742; Sez. 5, n. 13252 del 13/01/2006, M., Rv. 233981; Sez. 2, n. 47483 del 19/12/2007, D'A., Rv. 239325; Sez. 6, n. 13870 del 16/02/2010, S., Rv. 246685; Sez. 4, n. 41566 del 27/10/2010, T., Rv. 248457; Sez. 6, n. 41220 del 3/10/2012, C., Rv. 254261; Sez. 5, n. 10176 del 17/01/2013, A., Rv. 254262; le quali sono tutte giunte alla conclusione che, qualora alla esclusione di una circostanza aggravante od al riconoscimento di una ulteriore circostanza attenuante consegua la necessità di un rinnovato giudizio comparativo tra circostanze, il giudice dell'impugnazione conserva piena facoltà di conferma del precedente giudizio di valenza, il cui esercizio è insindacabile in cassazione se congruamente motivato.

3.2. Secondo altro orientamento interpretativo, invece, il divieto di *reformatio in peius*, così come interpretato alla stregua dei principi fissati da Sez. Un., n. 40910 del 27/09/2005, M., Rv. 232066, imporrebbe al giudice dell'impugnazione, in caso di esclusione di una circostanza aggravante o di riconoscimento di una ulteriore circostanza attenuante, di necessariamente rivedere il giudizio di comparazione in senso favorevole all'imputato.

In tal senso hanno argomentato, in ordine cronologico, pur esse con alcune differenze motivazionali, le sentenze Sez. 4, n. 2432 del 20/02/1997, Z., Rv. 207571; Sez. 5, n. 9250 del 28/07/1998, F., Rv. 211819; Sez. 5, n. 25905 del 3/06/2002, Di M., Rv. 222066; Sez. 1, n. 24895 del 28/05/2009, C. Rv. 243806; Sez. 3, n. 40007 del 22/09/2011, I., Rv. 251471; le quali hanno tutte messo in relazione con il tema del giudizio di bilanciamento il principio di diritto affermato dalla citata sentenza Sez. Un., n. 40910 del 27/09/2005, M., Rv. 232066, per il quale il divieto di *reformatio in peius* della sentenza impugnata dal solo imputato riguarda non solo il risultato sanzionatorio finale ma anche tutti gli elementi del calcolo.

4. La questione di diritto qui rimessa a seguito del rilevato contrasto giurisprudenziale appare, come già posto in evidenza anche dalle pronunzie sopra indicate, strettamente connessa con le tematiche, più volte oggetto di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, dell'ambito della cognizione del giudice di appello ai sensi dell'art. 597 cod. proc. pen. e della corretta interpretazione del divieto di *reformatio in peius* previsto dai commi 3 e 4 del medesimo articolo, allorquando impugnante sia il solo imputato.

E dunque, senza volere qui ulteriormente approfondire quanto si è più volte ed in varie sedi argomentato in punto di "effetto devolutivo dell'appello" nonché in punto di "fondamento", "natura" e "presupposti" del divieto di *reformatio in peius*, deve al proposito sottolinearsi – ai fini della risoluzione della questione rimessa – che, con la norma citata, il legislatore da un lato ha inteso, in via generale,

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS E GIUDIZIO DI COMPARAZIONE

limitare la cognizione del giudice di appello ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti (comma 1); dall'altro ha imposto, in caso di impugnazione proposta dal solo imputato, il divieto di *reformatio in peius* (commi 3-4); da altro lato, ancora, ha introdotto alcune eccezioni al ristretto ambito di cognizione del giudice di appello quale previsto in via generale (comma 5).

Più in particolare, tenuta presente la correlazione – già sottolineata dalla citata sentenza Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, M., Rv. 232066 – tra effetto devolutivo dell'appello e divieto di *reformatio in peius* della sentenza impugnata dal solo imputato, va rilevato:

– che alla limitazione della cognizione del giudice di appello «ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti» consegue necessariamente l'accoglimento o la reiezione in tutto od in parte dei suddetti motivi che, a loro volta, sono strettamente collegati alle richieste, sicché, pur quando in accoglimento del gravame proposto dal solo imputato si irroga una pena inferiore a quella inflitta nel precedente grado di giudizio, è precluso al giudice di appello mutare *in peius* l'entità degli elementi autonomi che concorrono a determinare la pena (cfr. sent. Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, M., Rv. 232066);

– che il limitato ambito della cognizione attribuita al giudice dell'appello è suscettibile di ampliamento solo nei casi previsti dal comma 5 dell'art. 597 cod. proc. pen., che consente l'applicazione di ufficio sia dei benefici di legge ai sensi degli artt. 163 e 175 cod. pen. sia di una o più circostanze attenuanti, e che contempla, con tutta evidenza, disposizioni di eccezione rispetto alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo posta dal comma 1 dello stesso articolo;

– che, proprio in ragione del carattere eccezionale della disposizione e della conseguente impossibilità di interpretare estensivamente i poteri di cognizione attribuiti in deroga al giudice di appello, l'ulteriore potere di effettuare "altresi" il giudizio di comparazione "quando occorre", pure previsto dal comma 5 dell'art. 597 cod. proc. pen., è subordinato all'applicazione di ufficio di circostanze attenuanti (cfr. Sez. U, n. 7346 del 16/03/1994, M., Rv.197700), ferma restando, naturalmente, la necessità di reiterazione del giudizio di bilanciamento tra le circostanze allorquando ciò sia imposto dall'accoglimento totale o parziale dell'impugnazione della parte e costituisca, quindi, conseguenza dell'effetto parzialmente devolutivo normativamente previsto in via generale.

5. Tutto ciò premesso, ritiene il Collegio di dover aderire all'indirizzo interpretativo secondo il quale la conferma da parte del giudice dell'impugnazione dell'esito del precedente giudizio di comparazione tra le circostanze, pur dopo l'esclusione di una circostanza aggravante o il riconoscimento di una ulteriore circostanza attenuante, non viola i principi posti dai commi 3 e 4 dell'art. 597 cod. proc. pen., essendo tale conferma soggetta alla sola verifica di adeguatezza motivazionale ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen.

5.1. La stretta correlazione ravvisabile, come si è detto, tra effetto devolutivo dell'appello e divieto di *reformatio in peius* della sentenza impugnata dal solo imputato e la pre-

visione, peraltro, di sia pur limitate eccezioni alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo posta dal comma 1 dell'art. 597 cod. proc. pen. impongono una attenta analisi della operatività del divieto di *reformatio in peius* alla stregua del tenore letterale delle varie disposizioni di cui al citato articolo e dei principi in punto di impugnazione, diritto di difesa ed ambito della valutazione discrezionale attribuita al giudice di appello.

5.2. Se è indiscutibile che il divieto di *reformatio in peius* è esteso alle singole componenti che concorrono a formare il trattamento sanzionatorio complessivo, ciò imponendolo la corretta interpretazione dei commi 3 e 4 dell'art. 597 cod. proc. pen., da leggersi in correlazione con la regola dell'effetto parzialmente devolutivo posta dal comma 1 del citato articolo, deve da subito porsi in evidenza come le ipotesi derogatorie a siffatta regola (previste nel comma 5) non possano, in assenza di specifica previsione, essere parimenti poste in correlazione con il divieto in questione, ad esse essendo estranee – proprio perché introduttive di poteri di ufficio del giudice di appello – quelle argomentazioni, ben esplicitate dalla citata Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, M., Rv. 232066, circa l'ambito della decisione di appello a fronte dei motivi proposti dall'imputato e del *petitum* sostanziale della sua impugnazione (si veda in particolare il passo in cui così si argomenta: «La previsione normativa secondo cui l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai "punti della decisione" ai quali si riferiscono i motivi proposti, non si limita a circoscrivere l'ambito oggettivo entro cui il giudice di secondo grado può operare, ma, con l'esplicito riferimento ai "motivi proposti", lascia chiaramente intendere che, entro quell'ambito oggettivo, la decisione non può che essere nel senso dello accoglimento o della reiezione, in tutto o in parte, dei suddetti motivi i quali, a loro volta, come è dato rilevare dal testuale tenore dell'art. 581 cod. proc. pen., sono strettamente collegati alle "richieste", cioè al *petitum* sostanziale dell'impugnazione, rappresentando, rispetto ad esso, per mutuare le categorie civilistiche, l'equivalente della *causa petendi*»).

5.3. Inoltre deve sottolinearsi:

– da un lato, che l'obbligo di corrispondente diminuzione della pena di cui al comma 4 dell'art. 597 cod. proc. pen. è limitato all'accoglimento dell'appello dell'imputato relativo a circostanze o reati concorrenti, ossia solo – come è lecito desumere dalla stretta correlazione tra la locuzione finale «la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita») ed il precedente riferimento ai motivi accolti «se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione») – ad ipotesi interessate da un metodo di calcolo comportante mere operazioni di aggiunta od eliminazione di entità autonome di pena rispetto alla pena-base, senza accenno alcuno ad ipotesi implicanti un giudizio di comparazione;

– dall'altro lato, che nessun richiamo o riferimento al divieto di *reformatio in peius* è rinvenibile nella disposizione di cui al comma 5 dell'articolo citato che – si sottolinea ancora una volta – disciplina ipotesi derogatorie alla regio-

la dell'effetto parzialmente devolutivo posta dal comma 1 dello stesso articolo, tra l'altro attribuendo, per quello che qui interessa, al giudice di appello, "quando occorre", il potere di effettuare il giudizio di comparazione a norma dell'art. 69 del codice penale.

Il tenore letterale delle disposizioni dei commi 4 e 5 dell'art. 597 (entrambe di stretta interpretazione) milita, pertanto, a favore dell'orientamento qui privilegiato, non potendosi estendere il regime previsto dal comma 4 dell'art. 597 cod. proc. pen ad ipotesi diverse da quelle in tale comma contemplate e non potendosi procedere, attesa la sua peculiarità, ad una "lettura integrata" del comma 5 del medesimo articolo sulla base del disposto di cui al comma che lo precede.

5.4. Infine deve rilevarsi come a favore di tale orientamento militino, parimenti, ragioni di ordine sistematico alle quali vanno ricondotte:

- la riconosciuta possibilità per il giudice di appello di estrinsecare liberamente, seppure nell'ambito del *devolutum*, i suoi poteri di cognizione con ampia libertà di motivazione (basti pensare al sindacato circa la corretta qualificazione giuridica dei fatti, nei limiti, ovviamente, dei punti che sono stati devoluti);

- la innegabile autonomia e discrezionalità del giudizio di comparazione che non sempre conduce ad attribuire un peso quantitativamente apprezzabile ad ogni elemento considerato (sicché una "alterazione" dei termini in comparazione non comporta necessariamente una "alterazione" altresì del giudizio precedentemente espresso); si pensi al caso del concorso di quattro o più aggravanti ritenute equivalenti ad una attenuante ed alla eventualità che il giudice di appello escluda una sola delle aggravanti ritenute sussistenti dal giudice di primo grado; una logica rigidamente ed esclusivamente matematica, comportante l'automatica riduzione della pena inflitta in primo grado, porterebbe a snaturare il giudizio di appello ed il potere di valutazione della gravità del fatto attribuito al relativo giudice;

- la incongruenza, quindi, di una "presunzione assoluta" della necessità di modifica del precedente giudizio, di fatto implicante non già una mera riduzione della pena ma una obbligatoria formulazione di un giudizio più favorevole, con conseguente irragionevole parificazione di casi eterogenei ed inaccettabile invasione del campo di valutazione discrezionale del giudice di appello. Ed infatti, ove non si riconoscesse al giudice di appello - allorquando dall'accoglimento dell'impugnazione conseguiva la necessità di un nuovo giudizio di comparazione - uno spazio deliberativo autonomo, si verrebbe ad attribuire la stessa "efficacia demolitrice" del giudizio di comparazione operato in primo grado a tutti i casi di sottrazione di una o più circostanze aggravanti od aggiunta di una o più circostanze attenuanti, siano esse afferenti a dati marginali per qualità e quantità ovvero siano esse di estremo rilievo qualitativo o quantitativo.

6. In conclusione, in relazione alla questione rimessa al giudizio di queste Sezioni Unite, deve affermarsi il seguente principio di diritto: «il giudice di appello, pur dopo avere escluso una circostanza aggravante o riconosciuto una

ulteriore circostanza attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, può, senza incorrere nella violazione del divieto di *reformatio in peius*, confermare la pena applicata in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza tra le circostanze purché esso sia accompagnato da adeguata motivazione».

7. Alla stregua delle argomentazioni sopra svolte e della soluzione adottata in relazione al rilevato contrasto giurisprudenziale si impone dunque il rigetto del primo motivo di gravame proposto nell'interesse di F.P.

7.1. Parimenti non merita accoglimento la censura, oggetto del secondo motivo di ricorso, in ordine alla riconosciuta recidiva. La scelta applicativa non appare infatti sindacabile in questa sede di legittimità in quanto congruamente motivata dal pur sintetico riferimento ai precedenti penali dell'imputato ed alla non modesta entità del fatto reato, implicitamente - ma chiaramente - ritenuti sintomo di una maggiore capacità a delinquere dell'imputato e, quindi, di una maggiore riprovevolezza della sua condotta e della sua personalità.

7.2. In base a quanto considerato in ordine alla necessità di una adeguata motivazione a sostegno della conferma del giudizio di equivalenza fra le circostanze, pur quando siano accolti i motivi di impugnazione dell'imputato volti ad ottenere l'esclusione di una circostanza aggravante od il riconoscimento di una ulteriore circostanza attenuante, deve di contro pervenirsi all'accoglimento del motivo di gravame (rubricato sub 2 e sub 3 dell'atto di impugnazione) con il quale si sono dedotti difetto di motivazione ed inosservanza dell'art. 192, comma 2, cod. proc. pen. in relazione al confermato giudizio di equivalenza.

Ed infatti, nell'argomentare la propria decisione di mantenere fermo il giudizio di equivalenza, la Corte di merito, nel contrapporre alle già riconosciute circostanze attenuanti generiche la residua circostanza aggravante della recidiva (della quale ha riconosciuto essere, nella specie, facoltativa l'applicazione), da un lato ha attribuito valenza al fatto di essere stato il P. già condannato, circostanza all'evidenza insita nel concetto di recidiva e quindi inidonea, di per sé sola e senza ulteriori specificazioni, a motivare l'attribuita valenza rispetto alle circostanze attenuanti generiche; dall'altro lato ha ommesso di palesare qualsivoglia considerazione a sostegno della implicita irrilevanza attribuita al venir meno di una circostanza aggravante di considerevole peso quale quella prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309/90, essendo all'uopo apodittico il riferimento alla ipotizzata "sussistenza di solidi legami con ambienti criminali di sicuro spessore", desunta dal mero dato ponderale di valenza assai ridimensionata dalla stessa Corte.

Dovendosi dunque concludere per la assoluta inadeguatezza della motivazione posta a base della conferma del giudizio di equivalenza, si impone l'annullamento in parte qua della sentenza impugnata.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Perugia limitatamente al giudizio di comparazione tra le circostanze.

Così deciso il 18 aprile 2013.

ADA FAMIGLIETTI

Ricercatore confermato di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Circostanze del reato e divieto di *reformatio in peius*: brevi note su una pronuncia

Crime circumstances and prohibition of reformatio in peius: short considerations

Il divieto di *reformatio in peius* è garanzia dell'appello ed è diretta derivazione del principio del *favor rei*. Con il vigente codice di procedura penale, si espande l'ambito applicativo del divieto ed emergono interpretazioni contrastanti relativamente alla sua operatività nell'applicazione delle circostanze e nel giudizio di comparazione. La decisione in commento evidenzia tutte le incongruenze dell'impugnazione di secondo grado in materia.

The prohibition of reformatio in peius is a guarantee of the appeal and is a direct derivation of the favor rei principle. With the current code of criminal procedure, the scope of the prohibition expands and conflicting interpretations emerge with respect to its operation in the application of the circumstances and in their judgment of comparison. The decision under review highlights all the inconsistencies of the second degree appeal in the field.

ASPETTI INTRODUTTIVI

A otto anni di distanza dall'ultima decisione in materia, le Sezioni Unite tornano sul divieto di *reformatio in peius*, con una pronuncia significativa nella delimitazione della portata del principio, ma non esente da critiche. Punto nodale della questione è l'operatività del divieto nei soli limiti della conferma della pena applicata in primo grado, alla luce dell'esclusione di un'aggravante applicata in primo grado e fermo restando il giudizio di equivalenza fra le residue circostanze.

Nel caso di specie, all'esito di una condanna disposta in sede di giudizio abbreviato, per il reato di detenzione al fine di spaccio di sostanze stupefacenti aggravato dalla recidiva e dall'ingente quantità, l'imputato – condannato alla pena di anni quattro di reclusione ed euro 30.000 di multa – proponeva appello. In tale sede, veniva accolto un motivo di impugnazione ed esclusa, per l'effetto, l'aggravante dell'ingente quantità; nel contempo, però, si ribadiva sia il giudizio di equivalenza tra le circostanze generiche e la recidiva, sia la pena inflitta dal primo giudice.

Avverso tale provvedimento, l'imputato ricorreva in sede di legittimità, deducendo la violazione dell'art. 597, comma 4, c.p.p., in quanto il divieto

di *reformatio in peius* avrebbe dovuto comportare la modificazione del giudizio di comparazione delle circostanze e la conseguente riduzione della pena complessiva, secondo il citato disposto a norma del quale: «In ogni caso, se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione, la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita». Data la sussistenza di un contrasto interpretativo in materia, la sesta sezione penale della Corte di cassazione, alla quale il ricorso era stato assegnato, ha ritenuto di rimettere la questione alle Sezioni unite che si sono pronunciate con la sentenza in commento.

Il divieto di *reformatio in peius*¹, piena espressione dell'interesse dell'imputato ad impugnare, nonché dell'effetto devolutivo in appello², è assurto al ran-

¹ Recentemente, Belluta, *Divieto di reformatio in peius*, Bargis-Belluta (a cura di), *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, 3 s. Sugli orientamenti giurisprudenziali, Peroni, *sub art. 597 c.p.p.*, Conso-Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale, Complemento giurisprudenziale*, Padova, 2011, 2409 s.; Id., *sub art. 597 c.p.p.*, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, II, 5346 ss.

² In argomento, Massa, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, *passim*. Si v. anche, nella vigenza del c.p.p. abr., Del Pozzo, *L'appello nel processo penale*, Torino, 1957,

go di vero e proprio cardine del giudizio di secondo grado, caratterizzato da una consistente parabola accrescitiva. Si tratta in realtà di un principio risalente, già disciplinato dall'art. 480 c.p.p. 1913, quale limite ai poteri decisori del giudice d'appello in ordine alla sola pena. Con il tempo si amplia la sua sfera operativa e, da generica situazione di "svantaggio" già disciplinata dall'art. 515, comma 3, c.p.p. 1930, è considerato piena attuazione del diritto di difesa, sancito dall'art. 24 Cost. Si è evidenziato, a tal fine, come il divieto in esame non costituisca un principio generale normativo, ma un «principio generale informatore»³, capace di esprimere una mera funzione interpretativa, che consenta di scegliere, tra diverse letture possibili di una norma, quella più favorevole all'imputato.

Nel vigente codice di procedura penale, il perimetro operativo del divieto si staglia nella norma dedicata alla cognizione del giudice di secondo grado, fino a comprendere il divieto non solo di irrogare una pena più grave per specie o per quantità, quando appellante sia il solo imputato, ma anche l'impossibilità per il giudice di applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza di primo grado, nonché revocare benefici. Due le condizioni perché operi tale limitazione alla decisione del giudice di appello: una positiva, vale a dire l'impugnazione dell'imputato; l'altra negativa, ossia l'assenza del corrispettivo appello del pubblico ministero, anche quando questo sia presentato, ma dichiarato inammissibile⁴. In presenza, dunque, di appello del solo imputato, opera il divieto di riforma in peggio, quale attuazione del *favor rei*⁵, ma resta salva la facoltà del giudice di dare al fatto una definizione giuridica più grave, in ossequio al principio *iura novit curia*, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado.

(SEGUE) ESTENSIONE DEL DIVIETO OLTRE L'APPELLO

Ci è spesso chiesti se l'art. 597, commi 3 e 4, c.p.p. sia disposizione generale o di natura speciale, ossia

limitata al solo giudizio di appello. L'impostazione tradizionale confina il divieto in esame all'impugnazione di secondo grado, quale norma di carattere eccezionale. A questa lettura, se ne contrappone una più elastica che estende l'operatività del divieto anche alle impugnazioni avverso provvedimenti applicativi di misure cautelari⁶ e nel procedimento di prevenzione⁷. Resta esclusa l'operatività del divieto nel gravame di legittimità, per la sua intrinseca natura di controllo estraneo a qualunque sindacato di merito, nonché per le tipologie delle sentenze d'inammissibilità, rigetto, annullamento con o senza rinvio, e rettificazione emesse dalla Suprema Corte, che non lascerebbero spazio alcuno per l'operatività del divieto. Invero, l'ipotesi disciplinata dall'art. 620, lett. l), c.p.p., per la quale la Corte di cassazione può disporre annullamento senza rinvio quando appare superfluo il giudizio di rinvio, ovvero può essa procedere alla determinazione della pena o dare i provvedimenti necessari, può consentire l'applicazione del divieto di riforma in *peius* anche in sede di legittimità, specie per le ricadute costituzionali di un'asserita inoperatività del principio in ultima istanza⁸.

In giurisprudenza, poi, ci si è interrogati sull'applicabilità del divieto al giudizio di rinvio conseguente all'annullamento della sentenza di primo grado stabilito in appello. A tal fine, le Sezioni Unite, confermando la precedente giurisprudenza in materia, hanno affermato che qualora l'annullamento della sentenza di primo grado concerna atti propulsivi della stessa, tali da renderla *tamquam non esset*, non costituendo più la sentenza annullata valido termine di paragone, non opera il divieto di *reformatio in peius* e, dunque, è possibile l'aggravamento del trattamento sanzionatorio nel giudizio conseguente all'annullamento⁹.

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Centro di un ampio dibattito è l'ambito di applicabilità del divieto di *reformatio in peius* al solo

passim. Nel vigente codice, si segnalano i contributi di Nuzzo, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2006, 177 ss. e di Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Milano, 2009, *passim*.

³ Così, Pisani, *Divieto della reformatio in peius: appunti penalistici retrospettivi e considerazioni impolitiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 279 s. In senso conforme, Belluta, *L'odissea del divieto di reformatio in peius: la parola torna alle Sezioni Unite*, www.penalecontemporaneo.it

⁴ Cass., Sez. I, 27 novembre 2001, S., *CE Cass.*, 220437.

⁵ In argomento, Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, *passim*.

⁶ Cass., Sez. I, 27 aprile 1993, *CE Cass.*, 195647; Cass., Sez. I, 4 aprile 1998, T., *CE Cass.*, 210249.

⁷ Cass., Sez. I, 5 febbraio 1991, R., *CE Cass.*, 186445.

⁸ In argomento, con molteplici riferimenti ai principi costituzionali, Lozzi, *Carenza o manifesta illogicità della motivazione e sindacato del giudice di legittimità*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 772; Id., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, 700 ss.

⁹ Cass., Sez. un., 11 aprile 2006, n. 17050, *Cass. pen.*, 2006, 3132, con nota di Spangher, *Divieto di reformatio in peius o poteri del giudice del rinvio? L'A. critica la decisione commentata*, in considerazione dell'autonomia dei poteri del giudice del rinvio, a seguito di annullamento disposto ai sensi dell'art. 604, comma 4, c.p.p.

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS E GIUDIZIO DI COMPARAZIONE

trattamento sanzionatorio, ossia alla pena complessivamente irrogata, oppure a singole componenti di essa, sino a esigere che le stesse «non subiscano aggravati tali da compensare variazioni *in melius* su punti diversi»¹⁰. Come già evidenziato in precedenza, infatti, rispetto all'abrogato art. 515, comma 3, c.p.p., il vigente art. 597, comma 4, c.p.p. amplia di molto la sfera operativa del divieto, al punto da stabilire la riduzione di pena, all'esito di accoglimento di appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione.

In materia, com'è noto, si fronteggiano da sempre due opposti orientamenti giurisprudenziali: da un lato, un indirizzo maggioritario, di stampo "analitico", secondo cui il divieto opera in riferimento alle singole componenti della pena, concernendo la motivazione della sentenza del giudice d'appello¹¹. Dall'altro lato, vi è un orientamento minoritario definito "sintetico"¹², secondo cui il divieto di *reformatio in peius* concerne la sola pena complessivamente irrogata, avendo quale unico punto di riferimento il dispositivo della sentenza e non estendendosi alla motivazione della stessa nella cui formulazione il giudice non può subire condizionamenti a seguito del dedotto gravame¹³. Così, già nel 2005 viene rimessa al vaglio delle Sezioni unite la questione concernente la corretta interpretazione dell'art. 597, comma 4, c.p.p. In quella circostanza i giudici di legittimità identificarono nella citata disposizione un *quid pluris* rispetto ai contorni classici del divieto di riforma in peggio, una sorta di precetto rafforzativo del precedente comma 3, da cui discende in «ogni caso» per il giudice il dovere di diminuire la pena complessivamente irrogata in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione¹⁴. Ne deriva, conseguentemente, che il giudice d'appello non può partire, per la determinazione della pena in secondo grado, da una base edittale più alta rispetto a quella considerata in primo grado, pur se la pena complessivamente irrogata risulti comunque inferiore a quella applicata in primo grado¹⁵.

Dopo tale intervento del supremo consesso nel 2005, la giurisprudenza delle sezioni semplici aveva aderito prevalentemente al principio di diritto ivi espresso, ma non erano mancati nuovi contrasti,

aventi ad oggetto il medesimo oggetto. Da un lato, infatti, si riteneva insussistente la *violazione del divieto di reformatio in peius nell'ipotesi in cui il giudice di appello, su impugnazione del solo imputato, lasciasse inalterata la misura della pena inflitta in primo grado, pur non riconoscendo l'esistenza di una circostanza aggravante o di una più grave forma di recidiva (nella specie, escludendone l'infraquinquennalità)*¹⁶. Dall'altro lato, nella stessa sezione, si era sancito che il giudice d'appello, qualora escluda una circostanza aggravante ovvero accolga il gravame in relazione a reati concorrenti, deve necessariamente ridurre non solo la pena complessivamente inflitta, ma anche tutti gli elementi che rilevano nel calcolo di essa¹⁷.

Il nuovo contrasto interpretativo conduce alla sentenza in commento delle Sezioni unite che, connettendo il divieto di *reformatio in peius* alla pena nelle sue singole componenti, finisce per siglare definitivamente la prevalenza dell'orientamento analitico. In questo ambito si colloca l'autonomia e discrezionalità del giudizio di comparazione delle circostanze, previsto dal comma quinto dello stesso art. 597 c.p.p., laddove ad avviso della Corte vengono disciplinate le ipotesi derogatorie alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo dell'impugnazione contenuta nel comma 1, consentendo, fra l'altro, al giudice dell'appello di effettuare, quando occorre, il giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 c.p. Inoltre, presumere una assoluta necessità di modifica del precedente giudizio comparativo, con un obbligo di giudizio più favorevole per l'imputato, appare «irragionevole, portando alla parificazione di casi eterogenei, con una invasione nel campo della valutazione discrezionale del giudice di appello»¹⁸.

RILIEVI CRITICI

Vi è, però, un dato testuale antinomico a questa interpretazione, che sembra difficilmente controvertibile anche alla luce dell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, e che non sfugge all'attenzione della dottrina¹⁹. L'art. 597, comma 4, c.p.p. infatti, dispone testualmente la riduzione della pena quan-

¹⁰ Cass., Sez. IV, 7 ottobre 2010 n. 41566, CED Cass., 248457.

¹⁰ Belluta, *L'odissea del divieto di reformatio in peius*, cit.

¹¹ Cass., Sez. un., 12 maggio 1995, n. 5978, Cass. pen., 1995, 3329.

¹² Belluta, *L'odissea del divieto di reformatio in peius*, cit.

¹³ Cass., Sez. un., 19 gennaio 1994, C., Cass. pen., 1995, 2024.

¹⁴ Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, n. 40910, Cass. pen., 2006, 408.

¹⁵ Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, n. 40910, Cass. pen., 2006, 408.

¹⁷ Cass., Sez. IV, 4 novembre 2010, n. 41585, CED Cass., 248549.

¹⁸ Così la decisione in commento; al riguardo, Montagna, *È possibile confermare la pena escludendo una aggravante?*, Il Quotidiano Giuridico, www.ipsoa.it; Santoriello, *Osservazioni a prima lettura*, Arch. pen., 2013, n. 3.

¹⁹ In tal senso Romeo, *Le Sezioni Unite sul divieto di reformatio in peius*, www.penalecontemporaneo.it; aderisce alla decisione in commento, Amato, *Il potere di ribadire l'equivalenza delle circostanze non contraddice il divieto della reformatio in peius*, Guida dir., 2013, 42, 81.

do venga accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione. Ciò non sembra lasciare molti margini di libertà all'interprete, nemmeno aderendo ad impostazioni suggestive come quelle che connettono l'operatività del divieto di *reformatio in peius* alla motivazione della sentenza e non più al solo dispositivo. Tuttavia, secondo l'annotata sentenza, il citato obbligo di diminuzione di pena sarebbe limitato all'accoglimento dell'appello dell'imputato su circostanze o reati concorrenti, che producono semplici operazioni di aggiunta o eliminazione di entità autonome di pena rispetto alla base edittale, senza che si faccia riferimento ad ipotesi implicanti un giudizio di comparazione; profilo che, in verità, appare da una lettura *praeter legem* piuttosto che derivare da argomenti insormontabili.

Altro profilo diretto a confortare tale concezione è relativo ai limiti del potere del giudice, dove il divieto di riforma *in peius* non atterrebbe più alla cognizione del giudice, ma alla sola decisione. Ma anche qui il dato testuale sembra smentire assiomi inconfutabili; basta pensare al fatto che la regola in esame trova collocazione proprio all'interno della norma dedicata alla cognizione del giudice d'appello, costituendone limite (art. 597 c.p.p.).

Pertanto, nonostante la decisione della Suprema Corte, restano sullo sfondo molte incertezze: le stesse che da sempre caratterizzano il giudizio di secondo grado, laddove i giudici di legittimità affermano che la devoluzione in appello non può più essere "limitata" ai soli punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti. A loro volta, come è dato rilevare dal testuale tenore dell'art. 581 c.p.p., i motivi sono «strettamente collegati alle "richieste", cioè al *petitum* sostanziale dell'impugnazione, rappresentando, rispetto ad esso, per mutuare le categorie civilistiche, l'equivalente della *causa petendi*»²⁰. Il legislatore non ha voluto o potuto fare scelte di cambiamento radicale dell'appello, concentrandosi solo su rimedi frammentari ed estemporanei²¹, ma una trasformazione del secondo grado da giudizio "ibrido" cartolare a strumento di controllo potrebbe far apparire meno incongruenti interpretazioni "analitiche", come quella qui commentata.

²⁰ Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, n. 40910, testualmente citata nella decisione in commento.

²¹ Il riferimento è alla nota vicenda della l. 20 febbraio 2006, n. 46, (c.d. legge "Pecorella") recante l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, dichiarata per ben quattro volte inconstituzionale.

ALESSANDRO DIDI*

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere

The new Law on gender-based violence: advantages and drawbacks

Una gragnuola di interventi che hanno modificato il trattamento sanzionatorio di talune fattispecie concernenti i reati commessi in ambiente domestico-familiare ed inciso disorganicamente su vari istituti processuali dovrebbero rappresentare la risposta ad un problema che, negli ultimi anni, stando alle statistiche ufficiali, ha assunto dimensioni drammatiche. Ad un'analisi più attenta, però, non solo le innovazioni sembrano assai poco efficaci a proteggere le vittime degli illeciti, ma gli obblighi assunti a livello internazionale imporranno, a breve, nuove e più radicali soluzioni per attribuire alla vittima un ruolo più determinante nel procedimento.

Violence against women and domestic abuse are now well recognized as a startling problem of worldwide significance. The latest legislative intervention, notwithstanding good intentions, is far from the aim of prevent and effectively respond to its consequences. Following the international framework, future actions should likely go in the direction of giving more importance to the victim in criminal proceedings.

LA VIOLENZA SULLE DONNE ED I REATI DOMESTICO-FAMILIARE: UN TREND IN CONTINUO AUMENTO

Numerose e non sempre di agevole lettura sono le modifiche apportate alla disciplina del codice penale e del codice di procedura penale dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 conv. con mod. dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119¹ il quale, oltre a rappresentare l'ennesimo inter-

vento di settore, si va ad inserire, in maniera disorganica, in un microsistema che si è venuto delineando dapprima attraverso l'introduzione del reato di atti persecutori di cui all'art. 612 bis c.p. (aggiunto dall'art. 7 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv in l. 23 aprile 2009, n. 38² e modificato, nel corso del 2013, ben due volte³) e, poi, ulteriormente definito attra-

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

¹ Per un commento sulle principali disposizioni di carattere sostanziale introdotte dal d.l. n. 93 del 2013, cfr. G. Amato, *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, in *Guida dir.*, 2013, n. 44, p. 77 e ss.; Id, *Pena più alta anche per il coniuge-stalker convivente*, *ivi*, p. 82 e ss.; per un'analisi delle nuove disposizioni di carattere processuale, invece, cfr. R. Bricchetti, *Bracciale elettronico per chi viene allontanato*, *ivi*, p. 93 e ss.; C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i reati commessi con violenza alla persona*, in *Dir.pen.proc.*, 2013, 1390; E. Lo Monte, *Repetita (non) iuvant: riflessioni 'caldo' sulle*

disposizioni penali di cui al recente d.l. 93/13 con. in l.n.199/13, in tema di 'femminicidio', in www.penalecontemporaneo.it; G. Pavich, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass.pen.*, 2013, 4314.

² Sull'argomento, F. Macrì, *Atti persecutori*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. IX, Torino, 2011, p. 352 e ss; recentemente, cfr. S. Tigano, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex": dall'introduzione del delitto di stalking alla recente legge n. 172 del 2012*, in *Dir. di fam. e delle persone*, 2013, p. 350.

³ Oltre che dal d.l. 93 del 2013, come si dirà, sull'art. 612 bis era intervenuto anche il d.l. 1 luglio 2013, n. 78 conv in l. 9 agosto 2013, n. 94 c.d. *svuotacarceri*.

verso le numerose modifiche apportate al codice penale ed a quello di procedura dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172 che ha ratificato la Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale entrata in vigore il 1° luglio 2010⁴.

Rappresentata dai *media* come la legge contro il femminicidio (peraltro in maniera imprecisa perché, come si vedrà, nessuna disposizione riguarda l'omicidio contro le donne)⁵, in realtà, il d.l. n. 93 del 2013 è un contenitore nel quale sono confluiti interventi eterogenei che, oltre a riguardare la tutela delle vittime dei reati commessi in ambiente domestico-familiare e, più in generale, a rafforzare la sicurezza pubblica, incide in settori (come quello della protezione civile) del tutto estranei al contesto citato⁶.

È, comunque, innegabile, come si avrà modo di analizzare, che lo sforzo maggiore compiuto dal legislatore, sia sul piano sostanziale che sul versante processuale, sia stato quello di incrementare la tutela offerta alle donne ed ai minori che, secondo recenti statistiche, sono i più esposti a fenomeni delittuosi commessi con violenza sulla persona.

Secondo fonti qualificate recentemente pubblicate, la percentuale delle vittime di tali delitti appartenenti al sesso femminile dal 1991 al 2010 si è incrementata dal 11% ad oltre il 25%⁷. Sebbene secondo un'indagine condotta dall'ISTAT nel 2006⁸, in Italia il tasso di aumento dei casi di violenza contro le donne sia inferiore a quella di altri Paesi, come Canada, Stati Uniti, Australia, il quadro che ne deriva è comunque piuttosto allarmante. Tanto per richiamare alcuni tra i più significativi dati, 4.813 sono state le violenze sessuali subite dalle donne nel 2010 e 4.617 nel 2011⁹. Complessivamente, oltre 6 milioni sono le donne che hanno subito violenza fisica o ses-

suale nel corso della vita a partire dai 16 anni. Circa 3 milioni di donne, pari al 14,3% di quelle che hanno o hanno avuto un partner, sono state, poi, vittime, almeno una volta, di violenza fisica o sessuale dal marito, dal convivente o dal fidanzato.

I RITOCCHI ALLE FATTISPECIE PENALI

È per rispondere a tale emergenza sociale che il legislatore è anzitutto intervenuto inasprendo il trattamento sanzionatorio previsto per alcune fattispecie penali¹⁰.

Va messo in evidenza che la tecnica normativa impiegata non è stata quella di creare nuove ipotesi di reato, ma, da un lato, quella di ritoccare i trattamenti sanzionatori riservati a determinate fattispecie e, dall'altro, di rimaneggiare, in vario modo, le previsioni circostanziali.

Il primo intervento di rilievo è consistito nell'aggiunta di una nuova ipotesi di aggravante comune nell'art. 61 (che ha assunto il n. 11 *quinques*). Nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'art. 572 c.p., l'autore che abbia commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza può, oggi, vedere aumentata la pena irrogabile fino ad un terzo¹¹.

Tale fattispecie circostanziale sembra costituire una prima attuazione della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 recentemente ratificata dalla l. 27 giugno 2013, n. 77 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (ed in particolare dell'art. 46) che, tra l'altro, impegna gli Stati ad adottare, per una serie di reati contemplati dalla stessa convenzione, inasprimenti sanzionatori allorquando il reato sia commesso, oltre che su un bambino, anche in sua presenza. La *ratio* di tale particolare rigore va evidentemente ricercata nel fatto che anche la sola assistenza a comportamenti violenti commessi all'interno del contesto familiare (la c.d. *violenza assistita*), costituendo un fenomeno che può compromettere l'educazione del minore, richiede di essere adeguatamente contrastato sul piano sostanziale.

Va ricordato che la previsione di una circostanza collegata alle qualità della vittima era, in realtà, già

⁴ In merito alle modifiche introdotte dalla l. n. 172 del 2012 si v. A. Mari, *Le principali novità introdotte dalla legge attuativa della convenzione di Lanzarote*, in *Cass.pen.*, 2012, p. 3956; S.Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir.pen.proc.*, 2013, p.881.

⁵ Per una critica al modo attraverso cui il nuovo testo normativo è stato presentato all'opinione pubblica, E. Lo Monte, *Ripetita (non) iuvant, cit.*, 2 e ss.

⁶ Si rammenta, a tale riguardo, che recentemente la corte costituzionale ha censurato la pratica dei c.d. decreti legge *omnibus*. Cfr. C. Cost.16 febbraio 2012, n. 22, in *Giur.cost.*, 2012, 283, con nota di R.Zaccaria, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il parlamento o anche per il governo?*, in *Giur.cost.*, 2013, 283.

⁷ Cfr. *Rapporto sulla criminalità e la sicurezza in Italia nel 2010*, a cura del Ministero dell'Interno in *www.interno.gov.it*

⁸ Cfr. indagine ISTAT condotta nel 2006 sulla base di una convenzione con il Dipartimento per i Diritti e le Pari Opportunità e con il finanziamento del Fondo Sociale Europeo PON Sicurezza, in *www.ista.it/archivio/5348*

⁹ Relazione del Ministero dell'Interno al Parlamento sull'andamento della criminalità in Italia in *www.interno.gov.it*

¹⁰ Per un commento alle novità introdotte dal d.l. n. 93 del 2013 sul piano sostanziale, cfr. G. Pavich, *La nuova legge*, cit., 4315-4316.

¹¹ Per un'analisi delle modifiche che hanno riguardato gli artt. 61 e 572 c.p. cfr. E.Lo Monte, *Ripetita (non) iuvant, cit.*, 6.

stata inserita dall'art. 4 comma 1, lett. d) della l. n. 172 del 2012 che, nel sostituire l'art. 572 c.p., aveva contemplato, al comma 2, nell'ipotesi in cui il maltrattamento fosse stato commesso in danno (e non anche in presenza) di persona minore degli anni quattordici (e non anche di diciotto), che la pena fosse aumentata. L'assorbimento di tale disposizione nell'ambito della nuova previsione ne ha comportato l'abrogazione, espressamente decretata dall'art. 1, comma 1 *bis* del d.l. 93 del 2013.

Il secondo intervento di rilievo riguarda il delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p.

Operando sull'art. 609 *ter* c.p., che già contiene un nutrito elenco di circostanze speciali (sul quale, peraltro, già il legislatore aveva inciso con l. 15 luglio 2009 n. 94 con la previsione di un'aggravante per il caso in cui il fatto sia stato commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto di istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa), il d.l. 93 del 2013 ha percorso due differenti strade¹².

L'art. 1, comma 1 *ter*, ha sostituito il n. 5 dell'elenco con la previsione che l'aggravante ad effetto speciale si applichi quando il fatto sia stato commesso ai danni di persona che non ha compiuto gli anni diciotto della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore. Nonostante il legislatore abbia optato per una radicale sostituzione dell'intero nr.5, a ben vedere, la modifica in questione si è semplicemente tradotta in un innalzamento del limite di età rilevante della vittima (in precedenza era solo fino a 16 anni). L'art.1, comma 2, invece, ha integrato il catalogo delle circostanze ad effetto speciale con la previsione che l'aumento della pena della reclusione da sei a dodici anni debba essere disposto allorché il fatto costrittivo a compiere o subire con violenza, minaccia o abuso di autorità atti sessuali, sia avvenuto nei confronti di donna in stato di gravidanza (nr. 5 *ter* dell'art. 609 *ter* ¹³) ovvero nei confronti di persona della quale l'autore è coniuge (anche se separato o divorziato) o di persona legata da relazione affettiva anche senza convivenza (nr.5 *quater*).

Tale previsione, nella parte in cui collega l'aggravamento della pena allo stato di gravidanza della

vittima, risulta in parte sovrapponibile a quella inserita nell'art. 61 nr. 11 *quinquies*, c.p. ed il conflitto dovrà essere risolto, in base al principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., a favore dell'aggravante ad effetto speciale¹⁴.

Gli ultimi due interventi sul piano sostanziale nella materia *de qua* realizzano piccoli ritocchi ai trattamenti sanzionatori previsti per il reato di minaccia e quello di atti persecutori.

Per effetto delle modificazioni apportate dall'art. 1, comma 2 *ter* del d.l. 93 del 2013, la multa prevista per il reato di cui all'art. 612 c.p. è stata aumentata da 51 euro a 1.032 euro. L'art. 1, comma 3, invece, con la sostituzione del secondo comma dell'art. 612 *bis* c.p., ha previsto che la reclusione per il reato di *stalking* (già innalzata da quattro a cinque anni dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78 conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94)¹⁵ e che, nella sua formulazione originaria, prevedeva un'ipotesi aggravata per il caso in cui il fatto fosse risultato commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che fosse legata da relazione affettiva alla persona offesa, può oggi risultare inasprita qualora il fatto sia commesso anche nei confronti del coniuge (e non solo dunque di quello separato o divorziato) nonché nei confronti di persona con la quale vi è un legame affettivo (e non solo di quella con il quale vi è stata tale relazione)¹⁶. A differenza, però, di quanto previsto con riferimento all'art. 609 *ter* c.p., per il caso degli atti persecutori, l'inasprimento della pena non può operare anche nel caso in cui la relazione affettiva sia caratterizzata dall'assenza di una convivenza¹⁷.

Sempre per effetto della integrale sostituzione del comma secondo dell'art. 612 *bis* c.p., oggi, il fatto può risultare aggravato anche nell'ipotesi in cui gli atti persecutori siano stati commessi attraverso strumenti informatici o telematici (il cd. *cyber-*

¹⁴ Nello stesso senso anche G.Pavich, *La nuova legge*, cit., 4316.

¹⁵ Ovviamente, per effetto dell'aumento di pena previsto per il reato di *stalking* oggi non si procederà più con citazione diretta bensì con richiesta di rinvio a giudizio. Sul d.l. n.78 del 2013 cfr. A. Della Bella, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.pena-lecontemporaneo.it*.

¹⁶ Anche in relazione alle innovazioni in tema di atti persecutori, si v. le osservazioni critiche di E.Lo Monte, Ripetita (non) iuvant, cit., 10 e ss.

¹⁷ In sede di conversione è, poi, stato inserito il comma 2 *bis* all'art. 1 del d.l. n. 93 del 2013 con il quale è stato modificato l'art. 609 *decies* c.p. che contempla le comunicazioni che il pubblico ministero deve trasmettere obbligatoriamente al tribunale dei minorenni quando procede per determinati delitti. Sull'argomento, anche per taluni di difetti di coordinamento con la disciplina civilistica, v. G.Amato, *Ampliate le finalità della comunicazione al tribunale*, in *Guida dir.*, 2013, n.44, p. 81.

¹² Ancora, per un esame puntuale delle modifiche introdotte con riferimento alla violenza sessuale, cfr. E.Lo Monte, Ripetita (non) iuvant, cit., 7-10.

¹³ Analoga fattispecie è prevista anche per il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p. secondo E.Lo Monte, Ripetita (non) iuvant, cit., 7 tale aggravante, oltre a non apportare un reale contributo innovativo rispetto a quanto prevede l'art. 61, n. 5 c.p., rischia di essere discriminatoria nei confronti delle donne che non hanno figli e non hanno legami con un partner.

stalking). Il preciso richiamo a tali strumenti impone all'interprete (anche attraverso un collegamento con l'art. 615 *ter* c.p. ed alla disciplina processuale contenuta negli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p.) di intendere l'aggravante *de qua* come operante, per la verità non senza qualche perplessità, solo quando il fatto sia commesso mediante tutti i mezzi di comunicazione elettronica diversi da quelli telefonici¹⁸.

A completare il quadro delle modificazioni sul piano sostanziale, vanno richiamati gli aggravamenti sanzionatori previsti in settori del tutto differenti rispetto a quello della protezione della vittima dei reati commessi in ambienti domestici.

Il d.l. n. 93 del 2013 ha modificato, infatti, il trattamento sanzionatorio previsto per la rapina (operato attraverso l'aggiunta, nel comma 3 dell'art. 628 c.p. di due nuove fattispecie circostanziali contenute, rispettivamente, nel n. 3 *bis*, che prevede l'aumento di pena per l'ipotesi in cui il fatto sia commesso in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa, e nel n. 3 *quinquies* che, a sua volta, comporta un aggravamento della pena per il caso in cui il fatto sia commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne); per il furto commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto alle infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o privati in regime di concessione pubblica (attraverso l'inserimento nell'art. 625 c.p. del n. 7 *bis*); per la ricettazione nell'ipotesi in cui il fatto riguarda denaro o cose provenienti da delitti di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, terzo comma, di estorsione aggravata ai sensi dell'art. 629, secondo comma, ovvero di furto aggravato ai sensi dell'art. 625, primo comma, n. 7 *bis* c.p.. Il d.l. recentemente convertito, infine, ha contemplato l'estensione della tutela già prevista dall'art. 640 *ter* c.p. al fatto commesso con furto o indebitto utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti; nonché quella contemplata dall'art. 682 c.p. che, oggi, potrà risultare applicabile, oltre che ai luoghi di interesse militare, agli immobili adibiti a sedi di ufficio, di reparto o a deposito di materiali dell'amministrazione della pubblica sicurezza, il cui accesso sia vietato per ragione di sicurezza pubblica.

¹⁸ Per una ricostruzione delle espressioni si può fare rinvio all'esegesi operata con riferimento all'art. 615 *ter* c.p. Sull'argomento, cfr. S. Cannata, D. Costalunghi, *Accesso abusive ad un sistema informatico*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*, cit., p. 529.

UNA NUOVA IPOTESI DI IRREVOCABILITÀ DELLA QUERELA

Scorrendo le varie modifiche apportate per rafforzare la protezione della vittima, appare significativa quella riguardante il quarto comma dell'art. 612 *bis* c.p. in base al quale la querela proposta dalla vittima del reato di atti persecutori è oggi divenuta irrevocabile, qualora il fatto sia commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612, comma secondo, c.p., e rimettibile solo con la forma processuale in tutti gli altri casi.

Anche se potrebbero sorgere talune perplessità sulla opportunità di una simile scelta, che in certi casi potrebbe perfino esplicare un effetto dissuasivo nei confronti della persona offesa, essa risulta in parte giustificata da quanto statuito dall'art. 55 della Convenzione di Istanbul che impegna gli Stati aderenti a rendere procedibili taluni reati indipendentemente da una segnalazione o da una iniziativa della vittima.

A prescindere, comunque, da tali rilievi di carattere generale, una prima considerazione che si impone è quella di definire in concreto la situazione di fatto che rende la querela irrevocabile.

Sul piano letterale, infatti, essa dovrebbe ricorrere quando le concrete modalità di esecuzione della condotta assumano i connotati indicati nell'art. 612, comma 2, c.p. che, come noto, contempla un'aggravante speciale applicabile al reato di minaccia.

Ora, sul piano delle scelte normative, è difficile giustificare perché un delitto che, il più delle volte, costituisce una progressione criminosa di quello di minaccia (il quale, per di più, allorquando si presenti nella forma circostanziata, è procedibile d'ufficio), ovvero può manifestarsi come uno sviluppo del reato di maltrattamenti in famiglia (il quale è sempre procedibile *ex officio*¹⁹), sia stato, invece, subordinato alla presentazione della querela.

Non può sfuggire, poi, come la situazione dalla quale dipende la irrevocabilità della condizione di procedibilità non sia affatto chiara.

A ben intendere la disposizione, infatti, sembrerebbe che la irrevocabilità debba dipendere dal fatto

¹⁹ Sui rapporti tra il reato di cui all'art. 572 c.p. e quello di cui all'art. 612 *bis* c.p. cfr. Cass., Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575 in *Cass. pen.*, 2013, 699 secondo il quale, salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 612 *bis*, comma 1, c.p., «è configurabile l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori (prevista dall'art. 612 *bis*, comma 2, c.p.) in presenza di comportamenti che, sorti nell'ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata), ovvero determinati dalla sua esistenza e sviluppo, esulino dalla fattispecie di maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare ed affettivo o comunque dalla sua attualità temporanea».

DIDDI / CHIAROSCURI NELLA NUOVA DISCIPLINA SULLA VIOLENZA DI GENERE

che la condotta sia stata posta in essere mediante *minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612 comma secondo c.p.* In altri termini, parrebbe che siano le modalità esecutive della reiterazione a dover coincidere con quelle che determinano l'aggravamento della minaccia.

Non deve sfuggire, però, come il comma 2 dell'art. 612 c.p. non preveda situazioni che caratterizzate da ripetizione che, invece, rappresenta il requisito caratterizzante il delitto di atti persecutori: l'aggravante prevista per il reato di minaccia, infatti, dipende dal fatto che la condotta che ne costituisce l'elemento costitutivo, da un lato, sia grave e, dall'altro, sia posta in essere in uno dei modi previsti dall'art. 339, vale a dire con armi, da persona travisata o da più persone riunite, con scritto anonimo o in modo simbolico o valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte, da più di cinque persone riunite mediante uso di armi, o da più di dieci persone senza uso di armi.

Poiché in nessuna delle numerose ipotesi in cui la minaccia risulta aggravata si riscontra una reiterazione comportamentale, occorre ipotizzare che le situazioni nelle quali la querela per il reato di *stalking* potrà essere davvero ritenuta irrevocabile non ricorreranno tanto nei casi in cui la prospettiva del male ingiusto sia posta in essere in uno dei modi che determinano l'aggravamento del reato di minaccia, ma quando il comportamento intimidatorio sia reiterato.

In pratica, tenuto conto del contesto nel quale il legislatore ha inteso incidere, è prevedibile come il campo di applicazione della irrevocabilità di cui si tratta – non risultando le numerose situazione contemplate dall'art. 339 richiamate dall'art. 612 comma 2, c.p. davvero applicabili ai contesti familiari – sembri limitarsi a ben poche ipotesi e, segnatamente, a quelle situazione rispetto alle quali la minaccia è grave.

Tutto ciò, ovviamente, apre scenari di non poco rilievo se si considera l'elasticità, che va ben oltre il limite della determinatezza, di tale riferimento normativo e, dunque, in pratica, la possibilità di ampie negoziazioni, in sede giudiziaria, sulle modalità esecutive della minaccia per rendere possibile la remissione della querela.

A parte le difficoltà esegetiche alle quali la norma in esame dà luogo, è evidente comunque l'intento del legislatore di voler equiparare il regime di procedibilità del reato di *stalking* a quello previsto dagli artt. 609 *bis*, 609 *ter* e 609 *quater* (violenza sessuale, anche aggravata, ed atti sessuali con minorenne) che, come noto, ai sensi dell'art. 609

septies, comma 3, c.p., prevedono l'irrevocabilità della querela.

È verosimile che la *ratio* alla quale si è ispirato il legislatore non sia unica. Da un lato, infatti, come emerge dai richiamati dati statistici, essendo gli atti persecutori una sorta di delitto precursore del reato di violenza sessuale, se ne è voluto equiparare il regime di procedibilità; dall'altro, traspare la preoccupazione del legislatore di interrompere possibili spirali intimidatorie cui le vittime di quel reato potrebbero essere sottoposte al fine di rimetterla²⁰. Non si può escludere, infine, come il legislatore possa anche aver inteso scoraggiare deprecabili strumentalizzazioni delle querele per il perseguimento di finalità risarcitorie²¹.

Come accennato, se lo scopo perseguito è certamente apprezzabile, nondimeno lo strumento per realizzarlo fa sorgere più d'una perplessità.

Il reato di atti persecutori, introdotto con lo scopo di proteggere molto spesso le donne vittime di atteggiamenti molesti, assillanti, ossessivamente ripetitivi, di controlli e pedinamenti di *ex partner* gelosi, a causa della sua formulazione, può in realtà trovare applicazione in un enorme numero di situazioni non legate alla sfera domestico-familiare.

In giurisprudenza, il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. ha trovato applicazione anche nei confronti del condomino responsabile di aver posto in essere una serie di comportamenti persecutori e molesti (aggressioni verbali, minacce, etc.) a danno degli altri condomini per imporre loro il proprio stile di vita²². La sua struttura della fattispecie ha consentito di formulare ipotesi accusatorie perfino in presenza di campagne a mezzo stampa che, condotte con serrate e persistenti aggressioni mediatiche, abbiano turbato la serenità della persona contro la quale sono state dirette²³.

²⁰ Così, G. Amato, *Pena più alta*, cit., 85, secondo il quale, peraltro, si tratta anche di una scelta coerente con le indicazioni della Convenzione di Istanbul, ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77 ed in particolare con l'art. 55 ove si rappresenta l'esigenza che il procedimento penale per taluni reati di violenza possa continuare anche qualora la vittima dovesse ritrattare la denuncia. Sull'argomento, C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1394.

²¹ Così, relazione on.le Ferranti in sede di conversione del decreto legge.

²² Cfr. Trib. Padova, Giudice per le Indagini Preliminari, ord. 15 febbraio 2013, n. 1222, in *dejure*, con la quale è stata applicata la misura cautelare di cui all'art. 282 *ter* c.p.p. del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalle persone offese e dai loro familiari. Nello stesso senso, Trib. Milano, Giudice per le Indagini Preliminari, ord. 10 dicembre 2012, in *dejure*.

²³ Non costano decisioni in merito. F. Amabile, *Stalking a mezzo stampa*, in *La Stampa*, 8 marzo 2010, però, dà conto di una richiesta di rinvio a giudizio nei confronti del proprietario di un

È evidente non solo come, se commisurata a tali ipotesi, la irrevocabilità della querela appaia incongruente con le finalità di politica criminale perseguite, ma, anche come essa rischi, addirittura, di creare situazioni di disparità di trattamento in relazione alla procedibilità di fatti che, sul piano del principio di offensività, non richiederebbero tali differenziazioni. Poiché l'irrevocabilità della querela concerne il fatto commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612 comma secondo c.p., è difficile spiegare, ad esempio, perché anche i reati di percosse e lesioni lievissime, che costituiscono, a loro volta, altrettanti precursori dello *stalking*, non debbano essere attratti nell'analogo regime di procedibilità.

Un ulteriore rilievo che va certamente mosso al legislatore è che la nuova legge tace, poi, sul regime transitorio e ciò potrà dare luogo a talune questioni nel caso in cui la persona offesa abbia proposto una querela prima dell'entrata in vigore della legge intenda rimetterla.

La soluzione della problematica dipende dalla *veaxta questio* circa la natura processuale ovvero sostanziale della querela

Nel primo caso, infatti, dovendosi fare applicazione del principio del *tempus regit actum*, il regime dell'atto non potrebbe che essere quello previsto al momento del suo perfezionamento. Poiché la querela, una volta presentata, ha esplicato tutti i suoi effetti giuridici, l'atto uguale e contrario che ne annulli integralmente la consistenza non potrà che essere esaminato sulla base dello schema normativo di riferimento esistente al momento della sua realizzazione²⁴.

Nonostante controversa, però, la remissione della querela è considerata alla stregua di una causa di estinzione del reato essendo difficilmente superabile il dato formale che si trae dalla sua collocazione all'interno del codice penale (accanto alla prescrizione, all'amnistia, all'oblazione alla morte dell'imputato, alla sospensione condizionale della pena ed al perdono giudiziale) tra le cause che, appunto, producono tale effetto. Seguendo tale impostazione, ovviamente, le vicende riguardanti la successione temporale delle norme non potrebbe non essere ricostruito sulla base dell'art. 2 c.p.²⁵.

giornale locale che aveva lanciato una ossessiva campagna stampa nei confronti di una persona.

²⁴ Sul punto, cfr. O. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, *passim*, ed in particolare, p. 117 e ss.

²⁵ Così, Sul punto, cfr. O. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., 189-190; S. Panagia, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 659-661; P. Pisa, voce *Prescrizione: f) diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 78-79. Secondo G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, è improprio parlare di estinzione del reato perché

Al di fuori dei casi in cui il fatto sia stato commesso mediante minacce reiterate, la querela per il reato di *stalking* – a termini della nuova legge – può essere soltanto processuale.

Come noto, ai sensi dell'art. 152, comma 2, c.p., la remissione è processuale o extraprocessuale ed in base all'art. 340 c.p.p. la remissione della querela può essere resa con dichiarazione all'autorità procedente o ad un ufficiale di polizia giudiziaria.

La finalità di tale previsione – oltre quella di impedire il perfezionamento di una remissione tacita esclusa in base al disposto di cui all'art. 152 c.p.²⁶ – è verosimilmente quella di consentire all'autorità giudiziaria di verificare le condizioni morali in cui versa la persona offesa e, dunque, di frapporre un deterrente ad odiose *escalation* di violenze esercitate sulle vittime dei reati di *stalking* per indurle a rimettere la querela²⁷.

Piuttosto, non si può non osservare come, a fronte della finalità perseguita dal legislatore indubbiamente condivisibile, lo strumento appaia piuttosto privo di efficacia.

A parte il problema se, con il richiamo espresso al regime della remissione processuale, il legislatore abbia inteso escludere la possibilità che essa possa essere raccolta anche dalla polizia giudiziaria²⁸, è innegabile come tale cautela non consenta certamente al magistrato di accertare pienamente se essa sia frutto di una libera scelta o la conseguenza di una violenza o di una minaccia.

²⁶ "se si ha riguardo al fatto storico, vale il principio *quod factum infectum est fieri nequit*. Se si ha invece riguardo alla valutazione giuridica, il reato 'estinto' continua a produrre alcuni effetti anche dopo l'avvenuta estinzione". Secondo F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 1987, p. 650, la remissione di querela, nonostante la collocazione operata dal legislatore, sarebbe istituto di diritto processuale.

²⁷ Così, F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1988, p. 803. Al riguardo, come rileva G. Amato, *Pena più alta*, cit., p. 86, non potrà ritenersi validamente rimessa la querela in caso di omessa comparizione del querelante nonostante la sollecitazione a comparire.

²⁸ Sottolinea come la forma vincolata della remissione è finalizzata a consentire all'autorità giudiziaria di vigilare la spontaneità del consenso e l'assenza di eventuali coartazioni G. Amato, *Pena più alta*, cit., p. 86; C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1393; G. Pavich, *La nuova legge*, cit., 4318.

²⁹ Si rammenta che, in base all'art. 340 c.p., anche la polizia giudiziaria può ricevere la remissione al pari dell'autorità giudiziaria. Nel senso che la querela processuale può essere resa anche alla polizia giudiziaria, R. Bettiol, *Diritto penale*, IX ed., Padova, 1976, p. 781. Decisamente orientato in senso restrittivo G. Pavich, *La nuova legge*, cit., 4318 secondo il quale con la previsione che la remissione possa essere solo processuale «si è inteso limitare la possibilità di definire bonariamente tali vicende, prevedendo che ciò avvenga solo davanti al giudice, in modo di evitare che la persona offesa rimetta la querela sotto la pressione di ricatti da parte del querelato o di terzi che agiscono nel suo interesse».

DIDDI / CHIAROSCURI NELLA NUOVA DISCIPLINA SULLA VIOLENZA DI GENERE

La procedura di remissione anche processuale della querela, infatti, non solo non esclude che possa essere presentata da un procuratore speciale, ma non contempla al suo interno alcuna verifica sui motivi che l'abbiano determinata. Il più delle volte, poi, le dichiarazioni di remissione e di accettazione sono presentate presso le segreterie degli uffici di procura e ricevute da incaricati che, oltre a non disporre degli strumenti per decifrare i reati con riferimento ai quali esse sono rese, non hanno alcun potere di sindacare le ragioni che hanno indotto la persona offesa alla sua iniziativa.

L'aver disposto che la remissione nei casi di *stalking* possa essere solo processuale sembra rilevare principalmente – sempre che, però, attraverso tale previsione si sia effettivamente inteso escludere la polizia giudiziaria – nei casi di arresto in flagranza (oltre che, come si vedrà, nell'ipotesi di applicazione dell'allontanamento urgente dalla casa di abitazione), non potendo in tali evenienze trovare applicazione l'ultimo periodo dell'art. 380, comma 3, c.p.p. che obbliga la polizia giudiziaria a disporre l'immediata liberazione della persona arrestata in flagranza se, dopo la presentazione della querela, l'avente diritto dichiara di rimetterla.

È agevole constatare come anche con riferimento a tale ipotesi di remissione non sia previsto un regime transitorio. Non soccorrendo, però, in tali casi, ragioni di ordine sostanziale per impedire la piena applicabilità del principio del *tempus regit actum*, la ritrattazione dovrà necessariamente seguire le forme esistenti per quella tipologia di atto al momento della sua formazione e non già la disciplina preesistente all'epoca della presentazione della querela²⁹.

IL RAFFORZAMENTO DELLE MISURE CAUTELARI

L'art. 282 *bis* c.p.p., inserito dall'art. 1 della l. 4 aprile 2001, n. 154, disciplina l'allontanamento coatto dalla casa familiare che costituisce un nuovo tipo di misura cautelare destinata ad operare nell'ambito dei reati che si consumano nell'ambiente domestico-familiare e che, in base alla deroga contenuta nel comma 6 del medesimo articolo, può perfino trovare applicazione anche al di fuori dei limiti previsti dall'art. 280 c.p.p. (che, come noto, stabilisce che le misure diverse dalla custodia in carcere, possano

essere applicate solo quando si proceda per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o quella temporanea superiore a tre anni).

La previsione, già modificata dall'art. 5, comma 1, lett. b) della citata l. n. 172 del 2012³⁰, viene oggi ulteriormente rimaneggiata per renderla applicabile sia al reato di lesioni personali lievi, purché procedibile d'ufficio o comunque aggravato³¹, sia a quello di minaccia aggravata, rispettivamente puniti con la pena della reclusione da tre mesi fino a tre anni e fino ad un anno dagli artt. 583 e 612 comma 2 c.p.

Significativa, a tale riguardo, anche l'estensione (introdotta in sede di conversione del decreto legge) delle modalità elettroniche di controllo previste dall'art. 275 *bis* c.p.p. il quale, inserito dall'art. 16, comma 2, d.l. 24 novembre 2000, n. 341, statuisce che, nel disporre la misura degli arresti domiciliari anche in sostituzione della misura cautelare in carcere, il giudice, se lo ritiene necessario in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, prescrive che all'indagato o all'imputato possano essere applicati strumenti idonei a verificare a distanza i suoi movimenti.

Anche in questo caso, l'apprezzabilissimo intendimento del legislatore di sottoporre a particolari forme di controllo le persone sottoposte ad indagini per taluni delitti sembra vanificato da una tecnica normativa particolarmente approssimativa. A parte il rilievo che, per effetto dell'inserimento della previsione della applicabilità della cautela *de qua* nell'ultimo comma dell'art. 282 *bis* c.p.p., tra le fattispecie per le quali è possibile l'utilizzo del bracciale elettronico non figura il reato di atti persecutori, il suo innesto sulla disciplina della misura dell'allontanamento dall'abitazione familiare non è privo di aspetti problematici.

In base all'art. 275 *bis* c.p.p., infatti, la prescrizione delle procedure di controllo richiede non solo il

²⁹ *Contra*, G. Amato, *Pena più alta*, cit., p. 86 secondo il quale il principio del *tempus regit actum* andrebbe applicato unitariamente avendo riguardo all'epoca della presentazione della querela. In giurisprudenza, cfr. Cass.Sez.II, 4 marzo 2003, n.14801, in *Cass.pen.*, 2004, p. 2875; Cass.Sez.II 13 gennaio 1994, Proc.rep. trib.Palermo, in proc C., in *Cass.pen.*, 1995, p.1855.

³⁰ Che ha introdotto nell'elenco i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù anche nelle forme attenuate (di cui agli artt. 600, 600 *septies* 1, 600 *septies* 2), tratta delle persone (di cui all'art. 601) e acquisto e alienazione di schiavi (di cui all'art. 602).

³¹ Anche sul punto la tecnica normativa non è ineccepibile. In base all'art. 582 comma 2, c.p. le lesioni volontarie sono procedibili d'ufficio, oltre che nel caso in cui la malattia abbia durata superiore a 20 giorni, allorché concorra alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dagli artt. 583 e 585 c.p. ad eccezione di quelle di cui al n.1 ed all'ultima parte dell'art. 577 c.p. (lesioni contro l'ascendente, il discendente, il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, il figlio adottivo o contro un affine in linea retta). La previsione dell'applicazione della misura cautelare *de qua*, oltre che nelle ipotesi procedibili d'ufficio, anche in quelle di lesioni aggravate, avrebbe potuto essere più semplicemente espressa facendo riferimento a queste ultime in quanto sempre procedibili d'ufficio.

consenso dell'imputato ma, soprattutto, una forma di negoziazione sulla tipologia di misura applicabile. Nella disposizione generale, infatti, è espressamente previsto che l'interessato esprima il consenso all'applicazione del braccialetto elettronico ed ancora, nell'evenienza in cui egli non ne accetti l'applicazione, che lo stesso sia sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere.

Ora, non solo tale meccanismo non è previsto con riferimento all'allontanamento dall'abitazione, ma lo 'scambio' braccialetto elettronico-custodia in carcere non sembra neppure proponibile tenuto conto del fatto che i reati rispetto ai quali è applicabile la misura dell'allontanamento dalla casa domiciliare non consentono neppure, in base all'art. 280, comma 2, c.p.p., la misura coercitiva più grave³².

Alcune importanti novità riguardano anche la revoca della misura cautelare di cui all'art. 282 *bis* c.p.p. (oltre che di quella di cui all'art. 282 *ter* concernente il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa).

Attraverso l'aggiunta di un periodo all'art. 282 *quater*, c.p.p. – che già prevede la comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza competente (ai fini dell'eventuale adozione dei provvedimenti in materia di armi e munizioni) oltre che alla persona offesa ed ai servizi socio-assistenziali del territorio, dei provvedimenti applicativi delle misure di allontanamento dall'abitazione o di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa – viene stabilito oggi che il responsabile dei servizi socio-assistenziali dia comunicazione al pubblico ministero ed al giudice della positiva ammissione dell'imputato al programma di prevenzione della violenza ai fini delle valutazioni in merito all'attuazione delle esigenze cautelari ai sensi dell'art. 299, comma 3, c.p.p.

Non è chiara la finalità di tale comunicazione. Sebbene la norma preveda che l'iniziativa debba promanare proprio dal responsabile del servizio socio-assistenziale e che il destinatario della informazione sia il giudice, essa, a ben vedere, non sembra introdurre deroghe al procedimento di revoca che richiede sempre (fatte, salve ovviamente le marginali e tassative ipotesi nelle quali, ai sensi dell'art. 299, comma 3, c.p.p., il giudice può disporre la revoca *ex officio*) l'istanza del pubblico ministero o dell'imputato. È innegabile, tuttavia, come, in pratica, le vicende delle misure di cui agli artt. 282 *bis* e 283 *ter* c.p.p. dipendono anche dalla volontaria sottoposizione dell'imputato ad un

programma di recupero e dalla sua positiva conclusione³³.

A tale riguardo, è importante sottolineare anche la prevista informazione in senso inverso, dal giudice ai servizi assistenziali, nel caso di revoca o di sostituzione delle misure cautelari adottate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona.

Attraverso l'introduzione di un comma 2 *bis* nell'art. 299 c.p.p., infatti, viene previsto che i provvedimenti di revoca o di sostituzione delle misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare (di cui all'art. 282 *bis* c.p.p.), del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (di cui all'art. 282 *ter* c.p.p.), del divieto od obbligo di dimora (di cui all'art. 283 c.p.p.), degli arresti domiciliari (di cui all'art. 284 c.p.p.) e della custodia in carcere o in luogo di cura (di cui, rispettivamente, agli artt. 285 e 286 c.p.p.) siano comunicati, oltre che alla persona offesa o al suo difensore (v. *infra*), anche ai servizi socio-assistenziali territoriali all'evidente scopo di consentire un controllo sulla possibile reiterazione dei comportamenti violenti dell'indagato³⁴.

È importante osservare come il legislatore abbia limitato tale obbligo – in maniera non proprio del tutto coerente – ai soli casi in cui la misura sia applicata in relazione a delitti commessi "con violenza alla persona" il che parrebbe escludere quelli commessi con semplice minaccia³⁵.

In base alla nuova disposizione, peraltro, la comunicazione di cui si tratta deve essere curata dalla polizia giudiziaria e se ciò, il più delle volte, non comporterà eccessive difficoltà nei raccordi con l'autorità giudiziaria (in quanto, il provvedimento di revoca o sostituzione è, di regola, in base agli artt. 97 *bis* e 98 disp.att.c.p.p., comunicato alla polizia e questa, quindi, potrà agevolmente procedere alle opportune informazioni), può accadere che la polizia giudiziaria sia completamente all'oscuro della liberazione dell'imputato come, ad esempio, nel caso di cassazione della misura ai sensi dell'art. 306

³³ Secondo C.Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1400 la sottoposizione al programma di prevenzione della violenza e la sua incidenza su revoca e sostituzione delle misure sembrerebbero riprodurre i tratti, sia pure rivisitati, del paradigma della messa alla prova.

³⁴ Tale obbligo di notificazione risponde all'esigenza di attuazione di quanto previsto dalla Convenzione di Istanbul. Sul punto, cfr. G. Pavich, *La nuova legge*, cit., 4319.

³⁵ Così, R. Bricchetti, *Braccialetto elettronico*, cit., 94 secondo il quale siccome il linguaggio del codice concepisce, di regola, la minaccia come alternativa alla violenza, si deve ritenere che l'omessa menzione della prima sia volontaria ed impedisce una integrazione analogica.

³² Per analoghe considerazioni, C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1399.

c.p.p. ovvero di revoca disposta in sede di riesame o di appello. In tali ipotesi, ove non informata dall'autorità giudiziaria, è ovvio come la polizia non può provvedere a tale incombente.

Con riferimento, poi, al procedimento di revoca e sostituzione delle misure coercitive diverse dal divieto di espatrio e dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria disposte nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, è stato inserito anche un inedito interpello obbligatorio della persona offesa.

Ai commi 3 e 4 *bis* dell'art. 299, infatti, è stata aggiunta una nuova previsione e cioè che la richiesta di revoca o di sostituzione delle citate misure coercitive deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità della richiesta stessa, presso il difensore della persona offesa ovvero, in mancanza di una nomina, all'indirizzo, eventualmente dichiarato o eletto, della stessa.

Le previsioni, sebbene su piano testuale non pongano difficili problemi interpretativi, sono foriere di non poche ambiguità applicative.

Essendo contenute nel comma 3 e nel comma 4 *bis* dell'art. 299, esse operano sia quando la richiesta di revoca o sostituzione sia presentata durante le indagini preliminari, sia dopo la loro chiusura. L'obbligo di interpello, però, è espressamente escluso allorché la richiesta di revoca sia proposta in sede di interrogatorio di garanzia e ciò, evidentemente, al fine di non indebolire la principale funzione assolta da tale strumento, finalizzata a consentire al giudice di valutare la permanenza delle condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste dagli artt. 273, 274 e 275 c.p.p. nonché di adottare immediatamente gli opportuni provvedimenti di revoca o di sostituzione che si rendessero necessari in relazione alle dichiarazioni dell'imputato.

Non è del pari chiaro se tali particolari formalità vadano osservate quando la revoca o la sostituzione della misura cautelare sia disposta *ex officio* nei casi previsti dall'art. 299, comma 3, c.p.p. (assunzione dell'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare; richiesta di proroga del termine delle indagini preliminari; assunzione dell'incidente probatorio; nell'udienza preliminare; nel giudizio) ovvero, ancora, quando la revoca o la sostituzione della custodia in carcere sia disposta per ragioni di salute.

La finalità di tale notifica – che, si ribadisce, rende inammissibile la richiesta – in base alla nuova previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 299 c.p.p., è quella di consentire alla persona offesa di presentare, entro due giorni, memorie *ex art.* 121

c.p.p. al giudice il quale, a sua volta, potrà decidere sulla istanza solo decorso tale termine. *Per incidens*, si nota come, sebbene il comma 4 *bis*, per il caso in cui la richiesta dell'imputato sia stata presentata dopo la chiusura delle indagini preliminari, preveda che essa debba essere accompagnata da un'analogha comunicazione alla persona offesa, esso nulla disponga in merito alle facoltà che questa potrà esercitare. È indubbio, tuttavia, come, nonostante il silenzio del legislatore, la finalità della notificazione non possa che essere quella di rendere possibile la presentazione delle memorie.

In pratica, dunque, la presentazione di una istanza di revoca o sostituzione avente ad oggetto una misura coercitiva diversa dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla polizia emessa nell'ambito di procedimenti concernenti delitti commessi con violenza alla persona, dovrà essere sempre corredata dalla prova dell'avvenuta notifica (che potrà avvenire anche per posta) in uno dei luoghi stabiliti e su di essa il giudice potrà decidere solo decorsi i due giorni successivi alla avvenuta notifica.

Si deve rimarcare che, in base alle nuove previsioni contenute nell'art. 299 c.p.p., le prescritte notifiche sono imposte a pena di inammissibilità solamente in relazione alle richieste di revoca e/o sostituzione presentate nell'ambito di procedimenti per reati commessi con violenza alle persone. Se, da un lato, esse non vanno eseguite allorché le misure siano applicate nell'ambito di procedimenti riguardanti reati della stessa indole ma commessi con modalità differenti (ad esempio la minaccia), dall'altro, nel cono precettivo della nuova disposizione, sembrano inclusi anche i reati commessi in ambienti diversi da quelli domestico-familiare (contrariamente, cioè, a quanto inizialmente previsto dal decreto legge che limitava tale speciale previsione alle misure di cui agli artt. 282 *bis* e 283 *ter* c.p.p.). Stando al tenore letterale della disposizione, infatti, l'espressione sembrerebbe abbracciare tutti quei delitti che, tra gli elementi costitutivi, contemplan l'impiego di un'energia fisica diretta contro una persona. Più in particolare, essa potrebbe operare avuto riguardo ai delitti di violenza o resistenza a pubblico ufficiale di cui agli artt. 336 e 337 c.p., ai reati di oltraggio a magistrato in udienza aggravato di cui all'art. 343, comma 3, c.p.; a quello di intralcio alla giustizia ed induzione a non rendere dichiarazioni, di cui agli artt. 377 e 377 *bis* c.p.; al delitto di evasione, di cui all'art. 385 c.p. nonché a quelli di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, di cui all'art. 393 c.p., di

boicottaggio, di cui all'art. 507 c.p. e di rapina di cui all'art. 628 c.p.³⁶.

La nuova disciplina della richiesta ex art. 299 c.p.p. appare per più ragioni discutibile. Oltre ad essere foriera di pericolose strumentalizzazioni della persona offesa e favorire sottili (ed il più delle volte impercettibili) forme di trattative tra privati aventi ricadute su beni che non dovrebbero essere intaccati da alcuna altra esigenza se non di natura strettamente processuale, l'onere cui l'istante colpito da una misura restrittiva viene sottoposto potrebbe limitare l'esercizio delle sue facoltà.

A parte le ricadute sui tempi della decisione del giudice il quale non potrà esprimersi sulla istanza sino a quando non sarà completata la notifica, essa, in molti casi, potrebbe essere di difficile attuazione come, ad esempio, nell'ipotesi in cui la persona offesa non abbia nominato un difensore, non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio ovvero non sia reperibile. Va osservato, a tale riguardo, che per la persona offesa non è prevista la raccolta della elezione o della dichiarazione di domicilio al pari di quanto avviene, per il caso della persona sottoposta ad indagini, in base al combinato disposto degli artt. 349, comma 3 e 161 c.p.p.

In ogni caso, ancorché acquisiti dall'autorità precedente, tali luoghi non sono facilmente conoscibili dall'indagato il quale, soprattutto quando ristretto agli arresti domiciliari o in carcere, incontrerà non poche difficoltà a presentare richieste delle quali, tra l'altro, non essendo prevista la necessaria assistenza del difensore, potrebbe occuparsi personalmente.

Come agevole osservare, le disposizioni citate non dispongono alcunché con riferimento al caso in cui la decisione sia stata assunta in difetto della notifica alla persona offesa o prima del decorso del termine di due giorni prescritto per il deposito della memoria ex art. 121 c.p.p. In mancanza di una espressa previsione, infatti, pare difficile ipotizzare

³⁶ Va dato atto, però, che le prime applicazioni giurisprudenziali della disposizione sembrerebbero escludere letture eccessivamente late della disposizione. Cfr. Trib. Torino, Giudice per le Indagini Preliminari Torino, Ord. 4 novembre 2011, in *Guida dir.*, 2013, n.47, p. 16 secondo il quale una interpretazione della nuova previsione in linea con la *ratio legis* ispiratrice della riforma ne giustificerebbe un'applicazione restrittiva. Sul punto, si v. anche le istruzioni impartite dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento la quale, con Circolare 13-2013 prot.n.6360/13-1.7, ha precisato che, anche in base a quanto prescrive l'art. 299 bis c.p.p., laddove si prevede che il provvedimento di revoca o di sostituzione *in melius* della misura debba essere comunicato, tra gli atti, ai "servizi assistenziali", ritiene di poter limitare l'ambito applicativo della disposizione ai reati connotati da violenza domestica e di genere ed in particolare ai reati di cui agli artt. 572, 575, 582 e 612 bis in quanto ascrivibili nell'ambito di tale contesto oggettivo.

una nullità di ordine generale posto che, nel caso di specie, la vittima non può essere considerata "parte". In ogni caso, anche ad ammettere che tali violazioni possano riverberarsi sulla validità dell'ordinanza, in forza del principio di tassatività, essa non può comunque essere impugnata dalla persona offesa ma, eventualmente, solo dal pubblico ministero il quale, in caso di accoglimento dell'appello ex art. 310 c.p.p., può ottenere il ripristino della misura.

NUOVI CASI DI ARRESTO OBBLIGATORIO IN FLAGRANZA

Tra le novità introdotte dalla nuova disciplina sul femminicidio, appaiono particolarmente significativi i potenziamenti dei poteri cautelari di polizia posti a protezione delle vittime.

Il d.l. n.93 del 2013 ha, anzitutto, ampliato il novero dei casi in cui la polizia giudiziaria deve procedere all'arresto obbligatorio in flagranza movendosi secondo direttrici non del tutto organiche.

Il primo gruppo di ipotesi rispetto alle quali il legislatore è intervenuto, infatti, non riguarda i reati commessi nell'ambiente domestico-familiare. Attraverso la modifica dell'art. 380, comma 2, lett. e) c.p.p., è stata, anzitutto, stabilita l'estensione della obbligatorietà dell'arresto nei casi di furto aggravato per essere il fatto commesso su componenti metalliche ai sensi dell'art. 625, comma 7 bis, c.p. (come accennato introdotto dall'art.8 comma 1, lett.a) del d.l. n. 93 del 2013). Ancora, con l'innesto della lett. f bis) nell'art. 380, comma 2, c.p.p. viene stabilita l'obbligatorietà della misura di polizia nel caso di delitto di ricettazione sempre nell'ipotesi aggravata di cui all'art. 648, comma primo, secondo periodo, c.p. (inserito dall'art. 8 comma 2, lett.b) del d.l. n. 93 del 2013). Altro settore ove si è inciso – sempre in ambito diverso da quello della protezione delle vittime dei reati domestici – è quello di cui all'art. 8, comma 1 *quinquies* della l. 13 dicembre 1989, n. 401, che ha esteso sino al 30 giugno 2016 l'applicabilità delle disposizioni (già previste come operanti sino al 30 giugno 2013) in materia di arresto in c.d. flagranza differita di persone individuate sulla base di documentazione video fotografica in occasione di manifestazioni sportive³⁷.

³⁷ Sull'argomento, F. Cortesi, *Gli istituti processuali per la prevenzione e la repressione degli episodi di violenza nell'ambito delle manifestazioni sportive*, in Garuti (a cura di), *I modelli differenziati di accertamento*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol.VII, tomo I, Milano 2011; 493; K. La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo Dal genus alla species*, Padova, 2011, p.173-177.

Solo attraverso l'interpolazione della lett. 1 ter) nell'art. 380 c.p.p. (che, in base all'art. 2, comma 4 del d.l. 93 del 2013, è applicabile partire dalla data della sua conversione) si è, invece, agito con riferimento ai reati commessi ai danni dei soggetti deboli della convivenza familiare.

Per effetto di tale previsione, l'arresto obbligatorio in flagranza, infatti, potrà oggi essere disposto anche nei casi di maltrattamento contro familiari e conviventi e nelle ipotesi di atti persecutori di cui, rispettivamente, agli artt. 572 e 612 bis c.p. per i quali, invece, in precedenza, l'arresto poteva essere disposto solo in via facoltativa.

A parte la collocazione non proprio felice di tali nuove previsioni di arresto in flagranza – poste tra la lett. 1 bis), che riguarda i delitti di promozione, direzione, costituzione ed organizzazione del reato di associazione per delinquere di tipo mafioso, e la lett. m), che concerne le medesime condotte poste in essere in relazione ad associazioni non qualificate – è pronosticabile come in concreto esse appaiano scarsamente applicabili.

Va, infatti, osservato come, poiché i delitti rispetto ai quali tale misura è destinata a trovare applicazione costituiscono tipici reati abituali³⁸, in relazione ad essi è arduo ipotizzare una flagranza. Siccome per la loro consumazione è richiesta una reiterazione nel tempo dei comportamenti vietati, è fatale che un lungo tratto della condotta criminosa sfugga ad una percezione diretta degli ufficiali di polizia giudiziaria³⁹.

Tra l'altro, come anche recentemente osservato dalla giurisprudenza in tema di atti persecutori, nel caso in cui la condotta determini una costrizione della persona offesa a modificare le proprie abitudini di vita, l'integrazione del reato richiede l'accertamento di un mutamento significativo e protratto per un apprezzabile lasso di tempo dell'ordinaria gestione della vita quotidiana. Per la integrazione del reato, infatti, non basta che si sia verificata una condotta persecutoria in quanto occorre che la vittima dimostri, ad esempio, di aver staccato gli apparecchi telefonici nelle ore notturne, di aver utilizzato, per

i propri spostamenti, percorsi diversi da quelli abituali, di aver modificato gli orari per lo svolgimento di determinate attività ovvero di averle cessate del tutto⁴⁰. Inoltre, sempre per ritenere consumato il delitto di *stalking*, occorre verificare non solo un grave stato di turbamento emotivo, ma anche che questo sia perdurante, protratto nel tempo⁴¹ e sia provocato dalle condotte commissive, anche se eterogenee tra loro, dell'agente⁴².

Ora, appare evidente come gli accertamenti richiesti per ritenere concretamente integrate le fattispecie in argomento sfuggano completamente alla fenomenologia tipica che, normalmente, caratterizza la flagranza di reato. L'elemento materiale dei reati in questione, infatti, richiama il concetto della c.d. logica *fuzzy*, non essendo agevole stabilire da quale momento, come nel paradosso del mucchio di grano di Zenone, il comportamento dell'autore del reato trasmodi nella condotta vietata. È, dunque, davvero difficile immaginare una situazione concreta nella quale ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria colgano una persona proprio nell'atto di maltrattare o perseguire la vittima.

Certo, non si può escludere che gli organi di polizia, magari chiamati dalla vittima per far cessare una di quelle condotte che, unitamente alle altre, integrino il reato abituale, constatino una minaccia o una lesione in atto; ma è evidente come, rispetto a tali atti, l'intervento precautelare non sia affatto impedito, potendo gli organi di polizia operare nell'ambito dell'arresto facoltativo in flagranza che, in base all'art. 381, lett. f) c.p.p., potrà essere disposto, in presenza di lesioni di cui all'art. 582 c.p.p., qualora la misura sia giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto.

Va osservato come tali rilievi consentano di apprezzare anche come la misura *de qua*, nei casi esaminati, si possa porre al di fuori delle coordinate previste dalla Costituzione.

In base all'art. 13, comma 3, Cost., infatti, i provvedimenti adottati dagli organi di polizia sulla libertà personale possono essere giustificati non solo

³⁸ Cfr. Cass.Sez.V, 27 novembre 2012, n. 20993, in *Riv.pen.*, 2013, 785 e Cass.Sez.V, 25 ottobre 2012, n. 7544 in *Dir. & giust.*, 1 marzo 2013.

³⁹ Sul punto, cfr. Cass.Sez.III, 15 novembre 2013, n. 45648, in *Dir. & giust.*, 15 novembre 2013 secondo la quale ai fini della integrazione della fattispecie bastano anche solo due episodi di atti persecutori. Per un'analisi critica della fattispecie di cui si tratta che, tra l'altro, evidenzia delicati profili di costituzionalità in relazione al principio di tassatività e determinatezza, cfr. F. Agnino, *Il delitto di atti persecutori e lo stato dell'arte giurisprudenziale e dottrinale*, in *Giur. merito*, 2011, p. 584; F.Macri, *Atti persecutori*, cit., p.371.

⁴⁰ Cass., Sez.V, 27 novembre 2012, n. 20993, cit.

⁴¹ Così Cass. Sez.V, 14 novembre 2012, 1889, in *Resp.civ. e prev.*, 2013, 1333, secondo la quale è idoneo ad integrare l'evento del reato di *stalking* "un grave e perdurante stato di turbamento emotivo, essendo a tal fine sufficiente che gli atti abbiano avuto un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima" ed ancor più esplicito Cass.Sez.V, 6 novembre 2012, 10388, in *Dir.&Giust.*, 7 marzo 2013, secondo la quale "il reato di *stalking* si configura nel momento in cui gli atti vengono reiterati nel tempo".

⁴² Trib. Salerno, 16 ottobre 2012, in *Giur.mer.*, 2013, n. 3, 676.

nell'ipotesi in cui essi siano tassativamente previsti dalla legge, ma solo quando essi rispondano al requisito della 'necessità' e della 'urgenza'.

Negli artt. 380 e 381 c.p.p. il legislatore ha appunto selezionato i casi nei quali la polizia giudiziaria deve o può limitare la libertà personale a seconda che i requisiti della necessità e dell'urgenza siano presunti ovvero debbano essere valutati caso per caso⁴³.

Orbene, è evidente come, con riferimento alla tipologia di reati rispetto ai quali il legislatore ha, appunto, esteso l'obbligo di arresto, non solo sia estremamente labile individuare il confine oltre il quale la protrazione temporale di una determinata condotta trasmodi nell'illecito ovvero quello in cui il numero e la tipologia di comportamenti penalmente rilevanti, come ingiurie o minacce, trascenda in maltrattamenti o atti persecutori ma, proprio perché si tratta di reati abituali, appare quasi impossibile concepire una situazione di tale urgenza da non consentire all'autorità giudiziaria di adottare direttamente la misura incidente sulla libertà personale.

LA MISURA DELL'ALLONTANAMENTO DOMICILIARE ADOTTATO D'URGENZA DALLA POLIZIA

L'apparato repressivo-cautelare congeniato dal legislatore per la tutela delle vittime dei reati compiuti in ambiente domestico-familiare risulta, poi, rafforzato dall'introduzione, operata con l'inserimento dell'art. 384 *bis* c.p.p.. Si tratta di una nuova misura precautelare concepita come l'omologo dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282 *bis* c.p.p., disposta dalla polizia giudiziaria, previa autorizzazione scritta del pubblico ministero oppure resa oralmente e successivamente confermata per iscritto o per via telematica dallo stesso.

A parte i rilievi critici che si dovranno svolgere con riferimento alla tenuta sul piano costituzionale anche di tale provvedimento d'urgenza affidato alla polizia giudiziaria nonché al suo discutibile inserimento nell'ambito di disposizioni tutte ricondotte nell'ambito di un titolo intestato *Arresto in flagranza e fermo*, occorre, anzitutto, tracciare i confini della nuova previsione anche al fine di separarne il campo di applicazione in relazione all'arresto in flagranza.

Non sfugge, infatti, che, per larga parte, gli ambiti dell'arresto in flagranza e dell'allontanamento disposto d'urgenza dalla casa familiare siano destinati a sovrapporsi, tenuto conto anche del fatto

che, nell'elenco dei reati di cui all'art. 282 *bis* c.p.p. – quelli, cioè, con riferimento ai quali la nuova misura può essere applicata – figurano anche delitti (quali quelli di cui agli artt. 571, 600, *bis* [nell'ipotesi di cui al comma 3], 600 *ter* [nell'ipotesi di cui ai commi 3 e 5], 600 *quater* [nell'ipotesi di cui al comma 2], 609 *bis* [nell'ipotesi di cui al comma 3], 609 *quater* [nell'ipotesi di cui ai commi 1 e 5], 609 *quinquies*) per i quali è possibile anche l'arresto facoltativo.

Inoltre, perché la polizia giudiziaria possa disporre l'allontanamento urgente dalla casa familiare, imponendo il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla parte lesa, occorre non solo che l'indagato sia colto in flagranza per taluno dei reati di cui all'art. 282 *bis* c.p.p., ma che sussistano "fondati motivi" per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate e possano porre in grave ed attuale pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa.

Orbene, il presupposto per l'applicazione della nuova misura non sembra differenziarsi in alcun modo da quello richiesto per l'arresto facoltativo che, in base all'art. 381 c.p.p., può essere adottato in quanto giustificato dalla gravità del fatto e dalla pericolosità del soggetto: al di là della maggiore ricchezza di dettaglio della previsione introdotta con il d.l. n. 93 del 2013, è indiscutibile, infatti, in entrambi i casi, il presupposto della cautela sia sempre lo stesso, vale a dire la pericolosità della persona⁴⁴.

Certo, la misura *de qua* potrebbe trovare applicazione in quei casi, come, ad esempio, nell'ipotesi di violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex* art. 570 c.p., in cui non può essere eseguito l'arresto in flagranza. Ma, da un confronto tra l'elenco dei reati in cui può essere adottato l'allontanamento previsto dall'art. 282 *bis* c.p.p. e quello dei delitti per i quali è possibile l'arresto di cui all'art. 381 c.p.p., le situazioni nelle quali il primo potrebbe avere un autonomo campo di applicazione sono davvero marginali.

Nell'impossibilità di seguire percorsi esegetici che autorizzino una netta delimitazione dei rispettivi ambiti operativi, laddove la nuova misura e quella dell'arresto concernano gli stessi reati, non resta che prendere atto della volontà del legislatore di conferire alla polizia giudiziaria una discrezionalità, da esercitare caso per caso, nell'applicare l'uno o l'altro provvedimento e, tutto ciò, come si intuisce, non è proprio irrilevante sul piano costituzionale.

⁴³ K. La Regina, *L'udienza di convalida*, cit., p.151 e ss; p. 161 e ss.

⁴⁴ Sull'ambito di valutazione concesso alla polizia nell'arresto facoltativo, cfr. K. La Regina, *L'udienza di convalida*, cit. p. 167 e ss.

Prima di affrontare tale profilo, però, vanno evidenziati ancora alcuni aspetti che concernono le disposizioni di procedura e che caratterizzano l'esecuzione di tale provvedimento.

Al riguardo occorre notare come, potendo l'allontanamento essere disposto anche in relazione a reati per i quali è prevista la procedibilità a querela (ad esempio lo *stalking*), attraverso il richiamo all'art. 381 comma 3, c.p.p. viene previsto che la condizione di procedibilità possa essere resa oralmente. In tale evenienza, però, essa deve essere riportata dagli ufficiali ed agenti di polizia nel verbale delle operazioni di allontanamento. Peraltro, nel caso in cui la misura sia applicata in seguito a flagranza degli atti persecutori aggravati di cui all'art. 612 *bis* c.p., l'eventuale ripensamento della persona offesa non può impedire l'esecuzione della misura qualora, come visto, si dovesse ritenere che la nuova previsione, nella parte in cui stabilisce che la remissione della querela può essere solo processuale, escluda che possa essere raccolta anche dalla polizia giudiziaria.

Con l'imposizione dell'allontanamento d'urgenza, la polizia giudiziaria, poi, oltre trasmettere senza ritardo le informazioni previste dall'art. 11 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 per favorire i contatti della vittima con i centri antiviolenza⁴⁵, deve attivare la procedura di convalida.

Poiché, infatti, la misura *de qua* costituisce un tipico provvedimento provvisorio di polizia, esso richiede il necessario intervento dell'autorità giudiziaria.

Il regime della convalida è tratteggiato attraverso l'integrale recepimento, nei limiti della compatibilità, dell'art. 386 c.p.p. In sintesi, l'ufficiale che ha adottato l'allontanamento deve informare immediatamente il pubblico ministero (il quale, comunque, dovrebbe esserne già informato, posto che, come detto, egli dovrebbe aver autorizzato, verbalmente

o per iscritto, la polizia ad eseguirlo). Il pubblico ministero, poi, entro le 48 ore successive, deve richiedere al giudice la convalida che si svolge con l'udienza di cui all'art. 391 c.p.p. e che si può concludere con l'eventuale adozione della misura coercitiva di cui all'art. 282 *bis* c.p.p.⁴⁶

A stretto rigore, per il caso di allontanamento coatto dalla casa disposto dalla polizia non è contemplata un'ipotesi corrispondente a quella della immediata liberazione dell'arrestato o del fermato disposta dal pubblico ministero, ipotesi che, ai sensi dell'art. 390 c.p.p., interrompe il procedimento di convalida. Sebbene tale lacuna si spieghi con il fatto che, come osservato, è il pubblico ministero a dover preventivamente autorizzare la polizia ad eseguire l'allontanamento, allo stesso non sarà comunque vietato, in omaggio al principio del *favor libertatis*, qualora ritenga insussistenti i presupposti per l'applicazione del provvedimento, revocarlo.

In alternativa alla convalida, secondo lo schema di cui agli artt. 386 e ss c.p.p., è possibile l'istaurazione del giudizio direttissimo.

L'art. 2 *h bis*) d.l. n.93 del 2013, infatti, ha aggiunto all'art.449, comma 5 la previsione per la quale, in caso di adozione della misura di cui all'art. 384 *bis* c.p.p., la polizia giudiziaria può provvedere, su disposizione del pubblico ministero, alla sua citazione per il giudizio direttissimo e per la contestuale convalida dell'*arresto (sic!)* entro le successive 48 ore, salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini. In tale ipotesi, è previsto anche che la polizia disponga la citazione del prevenuto per l'udienza di convalida indicata dal pubblico ministero.

Nonostante il silenzio della legge, nel caso in cui il giudice non convalidi la misura, dovrà trovare applicazione l'art. 449, comma 2, c.p.p. con la conseguente restituzione degli atti al pubblico ministero salvo, ovviamente, che quest'ultimo e l'imputato consentano alla celebrazione del rito⁴⁷.

(SEGUE). PROFILI DI COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE

Così tratteggiato l'ambito di applicazione della nuova misura di cui all'art. 384 *bis* c.p.p., occorre verificarne la compatibilità con il dettato costituzionale. Va, infatti, rammentato come, ai sensi dell'art. 13, comma 3°, Cost., la polizia giudiziaria possa adottare provvedimenti limitativi della libertà personale

⁴⁵ Rileva R. Bricchetti, *Braccialetto elettronico*, cit., 96 come l'inservanza di detta disposizione non sia sanzionata. L'art. 11 del d.l. n.11 del 2009, prevede che le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche che ricevono dalla vittima notizia del reato di cui agli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* o 612-bis del codice penale, hanno l'obbligo di fornire alla vittima stessa tutte le informazioni relative ai centri antiviolenza presenti sul territorio e, in particolare, nella zona di sua residenza. Le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche provvedono a mettere in contatto la vittima con i centri antiviolenza, qualora ne faccia espressamente richiesta. L'art. 3, comma 5, d.l. n. 93 del 2013 ha, poi, previsto che le misure di cui si tratta trovino altresì applicazione nei casi in cui le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche ricevono dalla vittima notizia dei reati di cui agli articoli 581 e 582 del codice penale nell'ambito della violenza domestica.

⁴⁶ Sul procedimento di convalida, cfr. K. La Regina, *L'udienza di convalida*, cit., p.243 e ss.

⁴⁷ Così, R. Bricchetti, *Lesioni, ridotta la competenza del giudice di pace*, in *Guida dir*, 2013, n.44, p.100.

solo nei casi di necessità e di urgenza tassativamente indicati dalla legge.

Orbene, la evidenziata discrezionalità affidata alla polizia giudiziaria, di poter applicare nei casi di flagranza di taluni reati l'arresto o l'allontanamento dalla casa familiare è totalmente eccentrica rispetto allo schema costituzionale il quale, nel richiedere la necessaria predeterminazione, oltre che dei casi, anche dei modi in cui la libertà del cittadino può essere compressa per provvedimento di polizia, esclude qualunque margine di discrezionalità.

Il rilievo sembrerebbe non essere sfuggito al legislatore il quale, come notato, ha introdotto un inedito meccanismo autorizzativo.

L'art. 384 *bis* c.p.p., infatti, prevede che gli ufficiali e gli agenti di polizia hanno la facoltà di disporre l'allontanamento d'urgenza della persona colta in flagranza solo *previa autorizzazione del pubblico ministero scritta oppure resa oralmente e confermata per iscritto o per via telematica*.

È evidente, però, come tale autorizzazione non valga a spostare l'inquadramento del provvedimento *de quo* dal terzo al secondo comma dell'art. 13 cost. Anche a voler lasciare da parte il problema, di non poco conto con riferimento alla materia in esame, della riferibilità al pubblico ministero dei poteri attribuiti dal citato secondo comma dell'art. 13 all'autorità giudiziaria, è innegabile come per l'autorizzazione, scritta o orale che sia, non è prevista alcuna motivazione che, invece, sarebbe imposta qualora si ritenesse di ricondurre l'allontanamento disposto d'urgenza nell'ambito dei poteri dell'autorità giudiziaria.

Né potrebbe essere obiettato – per escludere la compatibilità della misura con il dettato costituzionale – che tale provvedimento esulerebbe dal cono precettivo dell'art. 13 Cost.

Se è in un certo senso vero, infatti, che l'allontanamento dalla casa familiare non intacca la libertà personale intesa come *habeas corpus*⁴⁸, è innegabile come esso finisca comunque per operare alla stregua di un provvedimento reale, in analogia con un qualunque sequestro, determina infatti un limite alla fruibilità di uno spazio nel quale si svolge la personalità di un individuo e, dunque, in definitiva, lo spossessamento di un bene di cui esso, fino a quel momento, poteva disporre.

⁴⁸ Se storicamente e tradizionalmente la libertà personale è stata intesa nel senso di libertà ed integrità del corpo, l'evoluzione storico-sociale-tecnologica negli ultimi due secoli ha rivelato come anche l'integrità psichica possa essere minacciata da varie tecniche materiali o immateriali di intrusione e restrizione. Sul punto, F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p.19-20.

È evidente, allora, come tale misura, se non incidente sulla libertà personale, determini comunque la lesione della libertà domiciliare la cui tutela, in base all'art. 14 Cost., è, come noto, identica a quella assicurata dall'art. 13⁴⁹.

Non si può allora non tornare all'iniziale constatazione ed osservare come la misura di cui all'art. 384 *bis* c.p.p., costituendo una sorta di doppione dell'arresto in flagranza, implichi, nel momento della sua applicazione, una scelta discrezionale rimessa alla polizia in violazione del principio di tassatività di cui all'art. 13, comma 3°, cost.

IL POTENZIAMENTO DEL RUOLO DELLA PERSONA OFFESA

Sicuramente, almeno sulla carta, il settore nel quale l'intervento del legislatore è apparso più robusto è quello concernente il rafforzamento dei poteri della vittima del reato che si inserisce nell'ambito di una più vasta revisione del ruolo che la persona offesa assume oggi nel processo penale⁵⁰.

A tale riguardo, una delle principali innovazioni che si lascia apprezzare dall'analisi del testo normativo è certamente costituita dal potenziamento del regime di informazione circa i diritti e le facoltà che l'ordinamento riserva alla persona offesa. Si tratta di una serie di avvisi che assolvono, in parte, agli obblighi promananti dalla recente ratifica della Convenzione di Istanbul sulla violenza sulle donne e dalla direttiva 2012/29/UE, atti che, proprio a protezione dei diritti delle persone offese, prescrivono una serie di comunicazioni.

Tratteggiato sulla base di quanto previsto per la persona sottoposta ad indagini dall'art. 369 *bis* c.p.p., l'art. 101 comma 1, c.p.p. prevede, oggi, che al momento dell'acquisizione della notizia di reato, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria informino la persona offesa che essa può nominare un difensore per l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa attribuiti.

⁴⁹ In materia, cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 2000, p. 223.

⁵⁰ Per analoghe considerazioni, cfr. C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1394. Più in generale, sulla posizione e sul ruolo che la vittima del reato assume e dovrà assumere, anche in una prospettiva internazionale, cfr. L. Parlato, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass.pen.*, 2013, 3293 e ss. nonché S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 1 e ss; L. Luparia, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale penale italiano?*, ivi, 33 e ss; M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, ivi, 59 e ss; H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore; la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, ivi, 95 e ss.

È bene osservare che la previsione, stante la sua genericità, ha un campo di applicazione praticamente illimitato e non riguarda solo i reati connessi alle violenze nell'ambito domestico-familiare. Tenuto conto dell'orientamento giurisprudenziale di rinvenire persone lese anche in reati tradizionalmente considerati adespoti (come il falso documentale), è evidente come l'acquisizione di una qualunque notizia di reato comporterà l'obbligo di tale comunicazione.

In pratica, ogni qualvolta ricevano una denuncia o una querela e, ad eccezione dell'ipotesi in cui essa sia recapitata dal difensore, la polizia giudiziaria e le segreterie del pubblico ministero devono avere cura di far nominare alla persona offesa il difensore o di avvisarla di tale facoltà⁵¹.

Nei casi in cui, però, la notizia di reato sia acquisita *ex officio*, gli organi di polizia giudiziaria e gli uffici della procura dovranno attivarsi per procedere alle dovute informazioni alle persone offese anche se, a tale riguardo, la disposizione tace sulle modalità attraverso le quali ciò potrà avvenire⁵².

Un'estensione così lata dei confini entro i quali tale comunicazione deve operare ovviamente non può non destare perplessità. Peraltro, siccome, stando alla lettera della legge, essa dovrà avvenire sin dal momento dell'acquisizione della notizia di reato, non sfuggono le problematiche di tipo organizzativo che essa determina. La norma, però, tace sulle conseguenze derivanti dall'omissione di tale atto che, in mancanza di una previsione di nullità *ad hoc*, rischia, pertanto, di rimanere *telum imbelles sine ictu*. Al pari di quanto previsto per l'omesso invio dell'informazione di garanzia di cui all'art. 369 c.p.p. alla persona offesa (nella prassi pressoché sconosciuta), infatti, è prevedibile che la mancata o ritardata comunicazione *ex art.* 101 c.p.p. – non riconducibile nell'art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p. non assumendo la persona offesa nelle inda-

gini preliminari la veste di "parte"⁵³ – costituiscono mere irregolarità⁵⁴.

Mutuando, in parte, quanto previsto a proposito dell'informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa, la persona offesa, oltre che della facoltà dell'assistenza tecnica, deve essere anche avvisata di quella di accedere al patrocinio a spese dello Stato.

A tale riguardo, si ricorda come, per effetto dell'art. 76, comma 4 *ter*, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 4, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, la persona offesa dai reati di cui agli artt. 600 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p. possa essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti, per tutti gli altri casi, dal comma 1. L'art. 2, comma 3 del d.l. n. 93 del 2013 ha esteso tale diritto alla persona offesa dei reati di maltrattamenti di famiglia, di pratiche di mutilazione degli organi genitali e di atti persecutori di cui, rispettivamente, agli artt. 572, 582 *bis* e 612 *bis* c.p.⁵⁵

L'ammissione di cui si tratta, ovviamente, deve essere preceduta da una richiesta *ad hoc* della persona offesa che deve naturalmente scegliere il difensore tra quelli inseriti nell'apposito elenco di cui all'art. 81 d.p.r. n. 115 del 2002⁵⁶ e copre anche le spese relative al consulente tecnico ed all'investigatore di cui agli artt. 101 e 102. Essa, inoltre, deve ritenersi irreversibile, posto che le ipotesi in cui il provvedimento può essere revocato, in base l'art. 112 del testo unico spese di giustizia, sono tutte collegate al presupposto reddituale⁵⁷.

La ragione del particolare rafforzamento del regime di informazione circa le facoltà che l'ordinamento attribuisce alla persona offesa va ricercata, oltre che nell'esigenza di dare attuazione, come detto, ai numerosi vincoli che l'Italia ha assunto a livello internazionale, nel nuovo ruolo che la vittima dei reati domestico-familiari può

⁵¹ Sul punto, si v. le richiamate istruzioni impartite dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, che ha sollecitato gli operatori di polizia giudiziaria e gli addetti della segreteria della Procura di apporre in calce al verbale di ricezione di una qualunque denuncia/querela l'informazione prevista dall'art. 101 (p.12-13). Si rammenta che l'esigenza di informare la persona offesa della pendenza del procedimento sin dal primo contatto con l'autorità giudiziaria, sia previsto dall'art. 4 della dir. 2012/29/UE. Su tale profilo, cfr. C.Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1395.

⁵² Le richiamate istruzioni contenute nella citata Circolare della Procura presso il Tribunale di Trento ritengono che possa prescindere dall'incombente dell'avviso il magistrato assegnatario che si determini all'archiviazione senza riscontrare l'esigenza di svolgere attività investigative che rendano necessario l'intervento della persona offesa (p.13).

⁵³ Così, ancora, la citata Circolare Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento (p.13). Esclude che dal mancato avvertimento della persona offesa possa derivare una nullità, cfr. C.Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1395. *Contra*, R. Bricchetti, *Lesioni, ridotta la competenza*, cit., p. 99.

⁵⁴ Nel senso che l'omessa informazione di garanzia alla persona offesa non dia luogo a nullità si v. P. Ielo, sub art. 369 c.p.p., in G.Spangher (diretto da), *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, 2013, p. 2006.

⁵⁵ Secondo i dati riportati nel *Dossier* illustrativo del d.l. A.S. 1079, p.7, la stima degli oneri aggiuntivi a carico dello Stato derivanti dall'introduzione di tale previsione ammonta a circa 2,7 milioni di euro all'anno.

⁵⁶ Si ricorda che Corte cost. 28 giugno 2002, n. 299 in *Giur. cost.*, 2002, p. 2153, ha ritenuto legittima la norma che, nel patrocinio a spese dello Stato, vincola l'imputato a nominare un difensore solo nell'ambito dello speciale elenco previsto dalla l. 29 marzo 2001 n. 34.

⁵⁷ R. Bricchetti, *Braccialetto elettronico*, cit., p. 98.

svolgere principalmente rispetto ai procedimenti cautelari.

Come si è già notato, infatti, mentre in passato la persona offesa doveva essere resa edotta, in base all'art. 282 *quater* c.p.p., semplicemente dell'emissione dei provvedimenti di cui all'art. 282 *bis* e 282 *ter* c.p.p., oggi, in base all'art. 299, comma 2 *bis*, c.p.p. la vittima dei reati commessi con violenza alla persona deve essere avvisata dalla polizia giudiziaria dei provvedimenti di revoca o sostituzione di tutte le misure. Soprattutto, come pure già osservato, la persona offesa partecipa al procedimento di revoca o di sostituzione della misura cautelare applicata nei confronti degli indagati e degli imputati per delitti commessi con violenza sulle persone, essendo destinataria della notifica della richiesta presentata dalla persona sottoposta a misura e potendo interloquire su di essa.

Tali flussi informativi, evidentemente, possono effettivamente tradursi in un incremento di protezione, in quanto la vittima di tali reati sia assistita da una difesa tecnica in grado di guidarla nella predisposizione delle memorie *ex art.* 121 c.p.p. che, in base alle nuove disposizioni, possono essere presentate al giudice chiamato a decidere sulle istanze *de libertate* avanzate dall'interessato.

Sempre per effetto di quanto disposto dal d.l. n. 93 del 2013, il ruolo della persona offesa nelle indagini preliminari risulta rafforzato anche in altri due settori con riferimento ai quali la presenza del difensore si appalesa opportuna.

Per quanto concerne l'archiviazione, in base al nuovo comma 3 *bis* dell'art. 408 c.p.p. inserito dall'art. 2, comma 1, lett. g) d.l. n. 93 del 2013, l'avviso della richiesta è in ogni caso notificato, sempre che si tratti di procedimento concernente delitti commessi con violenza, alla persona offesa e, dunque, a prescindere dal fatto che la stessa abbia, all'atto della presentazione della denuncia o successivamente, formulato la richiesta di essere informata di tale epilogo del procedimento. Significativo, a tale riguardo, anche l'aumento del termine per proporre opposizione, elevato a venti giorni.

Se, anche in tale ipotesi, non sfuggono gli obiettivi sicuramente condivisibili perseguiti dal legislatore nell'ampliare le facoltà delle vittime di reati particolarmente odiosi, non si può fare a meno di sottolineare la approssimazione della tecnica legislativa. Va rimarcato, infatti, come il legislatore abbia enucleato la tipologia di reati rispetto ai quali può operare tale speciale forma del procedimento di archiviazione, attraverso la già evidenziata locuzione "delitti commessi con violenza alla persona" dalla quale sono necessariamente sottratti i reati consumati attraverso

altre modalità come, ad esempio, le minacce alla persona⁵⁸. Oltre a dare luogo a talune perplessità sul piano della ragionevolezza, l'attuazione pratica di tale sistema richiede operazioni selettive non sempre agevoli che non solo possono dare luogo a non poche incertezze ma che si traducono inevitabilmente in un incremento del contenzioso in sede di legittimità nel caso di archiviazioni erroneamente disposte *de plano*⁵⁹.

Va, poi, rimarcato come, anche con riferimento a tale disposizione, manchi una previsione che regoli il regime intertemporale. In applicazione dei criteri sulla successione della legge nel tempo, sembrerebbe doversi ritenere applicabile la nuova disciplina a tutte le richieste di archiviazione presentate dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 93 del 2013.

Altra misura che dovrebbe comportare un rafforzamento del ruolo della persona offesa è l'avviso di conclusione delle indagini che, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lett. h) del d.l. n. 93 del 2013, deve esserle oggi notificato, quando si proceda per i reati di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.⁶⁰.

È importante sottolineare, riallacciandosi a quanto sopra osservato a proposito delle modificazioni apportate all'art. 101 c.p.p., come, secondo la nuova previsione, la notifica debba essere consegnata al difensore della persona offesa e, solo in mancanza dell'avvenuto esercizio della facoltà di nominare il difensore, direttamente alla vittima del reato.

La ragione di tale previsione (dalla cui violazione, secondo un'opinione avanzata in dottrina, potrebbe perfino scaturire una nullità a regime intermedio che si ripercuoterebbe sulla successiva richiesta di rinvio a giudizio o sul successivo decreto di citazio-

⁵⁸ Così, R. Bricchetti, *Braccialeto elettronico*, cit. 97 e la più volte richiamata Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento (p.19-20).

⁵⁹ L'omesso avviso di cui si tratta, infatti, determina, al pari di quanto avviene con riferimento all'omologa previsione di cui al comma 2 dell'art. 408, una nullità di ordine generale a regime intermedio. Così, sul punto, R. Bricchetti, *Braccialeto elettronico*, cit., 97 e, in giurisprudenza, recentemente, Cass., Sez. III, 27 novembre 2012, n.11543, in *Cass.pen.*, 2013, 4484, con nota di C. Fanuele, secondo la quale «l'omesso avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta determina la violazione del contraddittorio e la conseguente nullità *ex art.* 127 comma 5, c.p.p. del decreto di archiviazione, impugnabile con ricorso per cassazione, esperibile nel termine ordinario di quindici giorni, che decorre dal momento in cui la persona offesa abbia avuto notizia del provvedimento». *Contra*, nel senso che nessuna sanzione sembrerebbe garantire i diritti della persona offesa, C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1396.

⁶⁰ Come sottolinea R. Bricchetti, *Braccialeto elettronico*, cit. 98 non è chiara la ragione della limitazione a tali soli due delitti della nuova previsione e dell'aggiunta, avvenuta in sede di conversione, dell'art. 612 *bis* a quello di cui all'art. 572 c.p. previsto originariamente dal decreto legge.

ne diretta a giudizio⁶¹) non è del tutto comprensibile. Si deve sottolineare, al riguardo, come la disposizione non specifichi quali siano le facoltà che potrà esercitare la parte lesa dopo la notifica dell'avviso *de quo*. Siccome tutte le facoltà contemplate nell'art. 415 *bis* c.p.p. (di prendere visione ed estrarre copia degli atti; di presentare memorie; di richiedere di essere sentito etc.) restano comunque declinate nei confronti dell'indagato, pare doversi concludere che la persona offesa, dopo tale informazione, non possa comunque esercitare alcun diritto.

Va poi rammentato che la finalità dell'avviso di conclusione delle indagini (che, si rammenta, è stata introdotto dall'art. 17 della l. 16 dicembre 1999, n. 479 in seguito alla contestuale eliminazione della previsione per la quale la richiesta di rinvio a giudizio era nulla se non preceduta dall'invito a comparire ai sensi dell'art. 375 comma 3, c.p.p.) è quella di stimolare una sorta di contraddittorio tra la difesa ed il pubblico ministero per impedire il successivo esercizio dell'azione penale.

In tale situazione è allora difficile ipotizzare un ruolo ed un interesse della persona offesa a ricevere l'avviso di conclusione delle indagini: non solo perché, essendo il pubblico ministero già giunto alla determinazione di non richiedere l'archiviazione, la parte lesa non sembra aver nulla da sollecitare ma, soprattutto, perché, non può fornire alcun documentato contributo per contrastare le difese esplicitate dall'indagato, restando ad essa comunque inaccessibili (non essendo previsto un deposito *ad hoc*) le eventuali memorie e quant'altro la persona sottoposta ad indagini ha deciso di depositare al pubblico ministero ed il contenuto delle dichiarazioni rese dopo la notifica del citato avviso⁶².

DISPOSIZIONI SPECIALI APPLICABILI AI PROCEDIMENTI PER REATI DOMESTICO-FAMILIARI

Oltre a quanto si è avuto modo di osservare con riferimento ai poteri della persona offesa, il d.l. n. 93 del 2013 ha apportato numerose modifiche che incidono sul versante delle indagini, della competenza e della formazione della prova nei procedimenti concernenti i reati domestico-familiari.

Anzitutto, è stata ritoccata la competenza del giudice di pace al quale, per effetto dell'art. 2, comma 4 *bis* del d.l. n. 93 del 2013 (inserito in sede di con-

versione) che ha modificato l'art. 4, comma 1, lett. a) del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, è stata sottratta la cognizione del reato di lesioni personali volontarie lievissime commesse contro uno dei soggetti elencati dall'art. 577, comma 2, c.p. ovvero contro il convivente.

Il giudice di pace, infatti, era competente per il delitto di lesione volontaria limitatamente a tutte le fattispecie perseguibili a querela; attraverso la modificazione inserita dal d.l. n. 93 del 2013 è stata attribuita, invece, al tribunale in composizione monocratica la competenza sui reati di lesione volontaria anche lievissima (in quanto produttivi di malattia di durata non superiore a venti giorni) e comunque procedibili a querela in quanto aggravati, per essere il fatto stato commesso contro il convivente ovvero contro il coniuge, il fratello, la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo o contro un affine in linea retta. Per contro, il reato di lesione personale aggravato perché commesso contro l'ascendente o il discendente (art. 585 in relazione all'art. 577 comma 1 n. 1 c.p.) continua ad appartenere alla competenza del giudice di pace⁶³.

Sul versante delle indagini, è importante ricordare l'introduzione di una nuova ipotesi di intercettazione telefonica. Attraverso l'aggiunta della lett. *f quater*) nell'art. 266, nel caso di procedimenti per il reato di atti persecutori, è consentita oggi l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche o di altre forme di comunicazioni⁶⁴. A tale riguardo, si deve sottolineare che, siccome la commissione di tali atti attraverso sistemi informatici o telematici costituisce, in seguito alle novità introdotte con la legge sul femminicidio, un'aggravante, anche su tali mezzi di comunicazione, per effetto del richiamo ai casi elencati dall'art. 266 operato dall'art. 266 *bis* c.p.p., potranno essere disposte intercettazioni.

Sempre avuto riguardo alle indagini, è importante notare come la polizia, in base all'art. 350, comma 1, come modificato dal d.l. n. 93 del 2013, non possa procedere all'acquisizione delle sommarie informazioni dalla persona indagata sottoposta alla misura dell'allontanamento della casa di abitazione *ex art. 384 bis* c.p.p., essendo lo *status* in cui essa ver-

⁶¹ Così, R. Bricchetti, *Braccialetto elettronico*, cit., 98.

⁶² Evidenzia l'inutilità di tale avviso C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1398 secondo la quale, peraltro, l'omessa notifica dell'avviso di conclusione delle indagini alla persona offesa determinerebbe una nullità della richiesta di rinvio a giudizio.

⁶³ R. Bricchetti, *Lesioni, ridotta la competenza del giudice di pace*, in *Guida dir.*, 2013, n. 44, p. 99 secondo il quale, in mancanza di una disposizione transitoria, la competenza per materia dovrà essere determinata con riferimento al momento in cui viene emesso il decreto di citazione a giudizio perché solo con il promovimento dell'azione penale si configura in capo al giudice l'obbligo di *ius dicere*.

⁶⁴ Accoglie con favore l'introduzione di tale nuovo caso di intercettazione telefonica, G. Pavich, *L nuova legge*, cit., 4317.

sa espressamente equiparato a quello della persona in stato di arresto o di fermo⁶⁵. Restano ovviamente possibili le assunzioni di informazioni nelle ipotesi di cui ai commi 5 e 7 dell'art. 350 c.p.p.

Anche con riferimento all'assunzione delle sommarie informazioni dalle persone minorenni che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini e che, contemporaneamente, siano vittime di maltrattamenti ed atti persecutori, è intervenuto il d.l. n. 93 del 2013.

Come noto, l'art. 5, comma 1, lett.c) della l. n. 172 del 2012 recante la *Ratifica della convenzione di Lanzarote*, oltre a modificare gli artt. 362 e 391 bis c.p.p., aveva introdotto il comma 3 bis all'art. 351 c.p.p. per effetto del quale, nei procedimenti per i delitti di mantenimento e riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), prostituzione e pornografia minorile (art. 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quater.1, 600 quinquies), tratta di persone (art. 601 c.p.), acquisto ed alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) e violenza sessuale (art.609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 609 undecies), l'assunzione delle sommarie informazioni da persone minori deve avvenire con l'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile nominato dal pubblico ministero⁶⁶.

Tale cautela, per effetto della modifica apportata all'art. 351 dall'art. 2 lett. b ter del d.l. n. 93 del 2013, viene ora estesa anche alle vittime minorenni dei reati di cui agli artt. 572 e 612 bis c.p.p.⁶⁷

Va sottolineato, a tale riguardo, come la modifica di cui si tratta operi anche nei confronti delle sommarie informazioni assunte dal pubblico ministero, stante il rinvio che l'art. 362, comma 1 bis c.p.p. opera all'art. 351, comma 3 bis c.p.p.

Sotto tale profilo, si deve segnalare che, anche con riferimento all'incidente probatorio, sono state ampliate le cautele previste – per i reati già richiamati a proposito delle assunzioni di informazioni ex art. 351, comma 3 bis c.p.p. – allorché fra le persone interessate all'assunzione delle prove vi siano minorenni.

In particolare, va rammentato che l'art. 398, comma 5 bis c.p.p. (inserito dall'art. 14, comma 2, l. 15 febbraio 1996, n. 66 recante *Norme sulla violen-*

za sessuale, più volte modificato e, da ultimo, dalla cit. l. n. 172 del 2012 recante *Ratifica della Convenzione di Lanzarote*) non solo stabilisce particolari modalità attraverso cui procedere all'incidente probatorio⁶⁸, ma anche che il giudice, qualora non si avvalga delle speciali strutture di assistenza, possa disporre che l'udienza avvenga presso l'abitazione della persona interessata dalla prova. Tale speciali modalità acquisitive della prova sono state estese, in base all'art. 2, comma 1, lett.e) del d.l. n.93 del 2013, anche al reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p.p.⁶⁹.

Sempre avuto riguardo al reato di maltrattamenti in famiglia, oltre che a quello di *stalking*, poi, il legislatore, nell'ottica di imprimere un'accelerazione alla loro trattazione, ha inciso sui termini massimi di durata delle indagini proseguendo un percorso già intrapreso per altre categorie di reati.

Come noto, l'art. 4, l. 21 febbraio 2006, n. 102 in materia di *incidenti stradali*, ha introdotto il comma 2 bis nell'art. 406 c.p.p. stabilendo che, quando si proceda per i reati di cui agli artt. 589, secondo comma, e 590, terzo comma, c.p. (vale a dire omicidio colposo e lesioni personali colpose commesse con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro), la proroga possa essere concessa una sola volta. Per effetto dell'art. 2 lett. f) del d.l. n. 93 del 2013 tale disciplina – che in pratica consente lo svolgimento delle indagini solo per un anno – viene estesa anche ai reati di cui agli artt. 572 e 612 bis c.p.

Sul punto, si deve anche ricordare come il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (conv. in l. 19 gennaio 2001, n. 4) abbia introdotto l'art. 132 bis disp.att.c.p.p. (successivamente modificato dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in l. 24 luglio 1998, n. 125). In forza di tale previsione, nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi è assicurata priorità assoluta a quelli relativi a determinati delitti, a quelli che concernono imputati *in vinculis* o che siano stati introdotti con giudizio direttissimo o immediato⁷⁰. Orbene, sempre per assicurare una rapida definizione di processi riguardanti talune particolari categorie di reati, l'art. 2, comma

⁶⁵ Rileva R. Bricchetti, *Bracciale elettronico*, cit., 96, come l'aggiunta non sia formalmente impeccabile. Resta, infatti, poco chiaro dal punto di vista letterale, se il fine della modifica sia quello di consentire che siano assunte sommarie informazioni dell'indagato ovvero il contrario.

⁶⁶ Sulle modifiche di carattere processuale introdotte dalla l. n. 172 del 2012, cfr. C. Cesari, *Il "minore informato sui fatti" nella legge n. 172/2012*, in *Riv. It.dir.proc.pen.*, 2013, p. 157.

⁶⁷ Osserva C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1400 l'incompletezza dell'opera del legislatore il quale non ha previsto alcuna sanzione per il caso in cui l'atto sia espletato senza esperto.

⁶⁸ Sulla disciplina contenuta nell'art. 398, comma 5 bis c.p.p., cfr. H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 112 e ss.

⁶⁹ Per una critica al generale regime di formazione della prova testimoniale con le forme dell'incidente probatorio per il caso in cui tale strumento si richieda per la protezione della vittima del reato, cfr. H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 105 e ss; C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1401

⁷⁰ Sull'argomento, cfr. F.R. Dinacci, *Criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza e rinvio dei processi in corso*, in A. Scalfati (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, p. 211 e ss.

2, d.l. n. 93 del 2013 ha esteso le regole previste per la formazione dei ruoli di udienza anche ai dibattimenti riguardanti i reati di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p., di maltrattamento di cui all'art. 572 c.p. e quelli di violenza sessuale di cui agli artt. 609 *bis* – 609 *octies* c.p.

L'attenzione del legislatore, infine, si è concentrata sulle forme di assunzione della prova testimoniale in dibattimento.

Va rammentato che l'art. 498, comma 3 *ter* c.p.p. (introdotto dall'art. 13 l. 3 agosto 1998, n. 269 recante *Norme contro la pedofilia* e successivamente modificato dall'art. 15 della l. 11 agosto 2003, n. 228 recante *Misure contro la tratta delle persone* e dall'art. 9, lett. d) del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38 sulla *Violenza sessuale*) stabilisce che, quando si procede per i delitti di mantenimento e riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), prostituzione e pornografia minorile (art. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quinques*), tratta di persone (art. 601 c.p.), acquisto ed alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), violenza sessuale (art. 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinques*, 609 *octies* e 609 *undecies*) ed atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.), l'esame del minore e del maggiorenne infermo di mente vittime del reato⁷¹ sia effettuato mediante l'uso di vetro specchio unitamente ad impianto citofonico. L'elenco dei reati per i quali tale modalità può essere adottata comprende oggi, per effetto di quanto statuito dall'art. 2, comma 1, lett. i n.1) del d.l. n. 93 del 2013, anche il reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. Tali cautele, quando si procede per i reati previsti dall'art. 498, comma 4 *ter*, c.p.p., possono essere adottate anche nell'ipotesi in cui la persona offesa sia maggiorenne non inferma di mente. Per effetto del nuovo comma 4 *quater* dell'art. 498 inserito dall'art. 2, comma 1, lett. i n. 2) del d.l. n. 93 del 2013, si prevede, infatti, che in tali casi l'esame venga condotto non solo tenendo conto della particolare vulnerabilità della stessa persona offesa, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede, ma anche che, qualora sia ritenuto opportuno e vi sia la richiesta della persona offesa o del suo difensore, esso si attui attraverso l'adozione di particolari modalità protette⁷².

⁷¹ Si rammenta che Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63 in *Cass. pen.*, 2006, p. 445, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 498, comma 4 *ter* c.p.p. nella parte in cui non prevede che l'esame del maggiorenne infermo di mente vittima del reato sia effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di vetro specchio unitamente ad impianto citofonico.

⁷² Osserva C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1402 come le innovazioni introdotte nell'art. 498 siano in linea con quanto disposto dall'art. 23 della dir. 2012/29/UE.

RILIEVI CONCLUSIVI

Dall'analisi del d.l. n. 93 del 2013, emerge evidente l'impegno compiuto dal legislatore per rafforzare gli strumenti di repressione di un fenomeno che, come documentano le statistiche, ha assunto dimensioni preoccupanti.

L'intervento del legislatore si è esteso tanto sul piano sostanziale, attraverso un aggravamento dei trattamenti sanzionatori previsti per taluni reati, quanto su quello processuale, attraverso una serie di modificazioni caratterizzate da un incremento delle garanzie e delle facoltà previste per la vittima dei reati commessi nell'ambito domestico-familiare.

Sotto tale profilo, l'impressione che si ricava nel tratteggiare le linee di tendenza seguite dal legislatore negli ultimi anni è quella del profondo mutamento che, anche per l'impulso proveniente dalla esigenza di attuare gli impegni assunti a livello internazionale, si sta imprimendo sulla figura ed il ruolo della vittima nel processo⁷³ nonché della sempre più marcata trasformazione, assai lontana alla nostra tradizione culturale, del processo che sembra ormai aver perso la connotazione di strumento di applicazione del diritto penale per assurgere ad un complesso meccanismo di prevenzione e di controllo sociale⁷⁴.

A parte tali considerazioni di carattere generale, solo il tempo, ovviamente, potrà dire quanto le recenti misure saranno utili a contrastare le dimensioni assunte dal fenomeno che si è inteso colpire. Non è, tuttavia, difficile presagire la scarsa efficacia preventiva di molti degli strumenti adottati, in taluni casi, risibili (come l'aumento della multa per il reato di minaccia) e, in altri, scarsamente deterrenti⁷⁵. Basti considerare, ad esempio, che, sul piano sostanziale, il legislatore si è mosso solo attraverso modifiche delle fattispecie circostanziali che possono essere sempre elise attraverso il bilanciamento con le attenuanti⁷⁶.

Molte innovazioni, poi, appaiono inidonee ad innalzare il livello di tutela offerto alla persona offesa. Si è già avuto modo di osservare l'incongruenza derivante dalla pressione della irrevocabilità della

⁷³ Sull'argomento, cfr. S. Lorusso, *Le conseguenze del reato*, cit., p.882.

⁷⁴ Sul punto, C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1391.

⁷⁵ Peraltro, secondo parte della dottrina, sul piano sostanziale il rafforzamento della tutela offerta alle vittime dei reati dovrebbe anche prevedere una maggiore attenzione per altre fattispecie, come l'incesto e l'abuso di mezzi di correzione. Così, H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 97.

⁷⁶ Sottolineano la scarsa efficacia preventiva svolta dall'inasprimento sanzionatorio, C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti*, cit., 1392 ed E.Lo Monte, Ripetita (non) iuvant, cit., 3.

querela per il reato di atti persecutori che, per come costruito, può colpire anche comportamenti senza alcuna connessione con l'ambiente familiare. Piuttosto, non si può non osservare come non sia comprensibile la ragione per la quale il reato di *stalking*, che nella forma aggravata ha assunto una connotazione tipicamente domestica, non debba essere ritenuto sempre procedibile d'ufficio se si considera, da un lato, che le indicazioni provenienti dagli impegni assunti a livello internazionale ne imporrebbero la repressione anche a prescindere dalla iniziativa della vittima e, dall'altro, che per la procedibilità dei delitti precursori dello *stalking*, come quelli di violazione di taluni degli obblighi di assistenza familiare, di cui all'art. 570, comma 3, c.p., di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p., di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. e di minacce aggravate di cui all'art. 612 comma 2, c.p. la procedibilità non è sottoposta ad alcuna condizione.

Sul versante processuale, si sono già evidenziate le molteplici perplessità derivanti dalla nuova previsione di arresto obbligatorio in flagranza per i reati di maltrattamenti e atti persecutori che, a parte i delicati problemi di compatibilità con il dettato costituzionale, paiono in pratica di ardua applicazione, per la difficoltà di ipotizzare, rispetto a reati abituali, una flagranza di reato.

Sotto tale profilo, risulta discutibile anche la nuova misura precautelare dell'allontanamento coattivo dall'abitazione familiare disposto dalla polizia giudiziaria. A parte le perplessità che tale misura solleva in relazione all'art. 13 (ovvero all'art. 14 Cost. qualora esso, piuttosto che come misura personale, lo si voglia intendere come provvedimento cautelare reale), l'efficacia che detta misura potrà svolgere in pratica nell'azione di contrasto dei fenomeni di violenza in ambito familiare sembra davvero limitata. Ad un'identica valutazione non si sottrae nemmeno la corrispondente misura cautelare prevista dall'art. 282 *bis* c.p.p. il cui regime, come visto, dovrebbe oggi essere inasprito dalla possibilità di adottare anche la speciale forma di controllo, dalla prassi quasi sconosciuta, del braccialetto elettronico (il cui innesto sulla disciplina *de qua*, peraltro, comporta aspetti problematici di rilievo a cagione di una tecnica legislativa approssimativa).

Peraltro, non sfuggono alcune incoerenze di sistema non essendo spiegabile, ad esempio, la ragione per la quale tale strumento di controllo non sia stato esteso anche al caso di applicazione della misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa di cui all'art. 282 *ter* c.p.p. che, soprattutto con riferimento ai comportamenti a danni di vittime non legate da rapporti

di convivenza con l'autore del reato, sembrerebbe, invece, avere maggiore utilità.

Ad uno sguardo di sintesi, infine, non si può non rilevare come quello operato dal d.l. 93 del 2013 sia solo l'ultimo dei numerosi interventi che, se si tiene conto delle modifiche apportate alla disciplina della violenza sessuale, degli atti persecutori, dei maltrattamenti in famiglia, tanto per citare i più rilevanti, si sono susseguiti negli ultimi anni per il contrasto della violenza di genere.

Il quadro che se ne ricava, però, è che in un settore così delicato si sia agito in maniera del tutto disorganica ed estemporanea e sull'onda dell'emotività.

Non sfugge, ad una lettura anche solo superficiale del codice di procedura penale, l'enorme ed ormai ingiustificabile proliferazione di regimi differenziati presenti nel sistema per la trattazione di materie omogenee e comunque affini.

Basti pensare che, per effetto delle nuove regole, la persona offesa, a prescindere dal titolo del reato per il quale si procede, deve essere avvisata della facoltà di nominare un difensore di fiducia; la richiesta di archiviazione deve esserle notificata in ogni caso quando si procede per reati commessi con violenza alla persona; analogamente, la parte lesa dei reati commessi con violenza alla persona deve essere avvisata delle vicende modificative delle misure cautelari; l'avviso di conclusione delle indagini, però, le è notificato solo quando si procede per i reati di maltrattamenti e di *stalking* e non anche, ad esempio, per quelli di violenza sessuale; anche l'aumento del termine per la proposizione della opposizione avverso la richiesta di archiviazione per determinati reati – elevato da dieci a venti giorni – riguarda solo le vittime dei reati commessi con violenza alle persone. Ancora, le indagini preliminari devono essere contenute entro un anno, ma solo quando si procede per i reati di maltrattamento e di atti persecutori. Senza contare, poi, le modifiche apportate dal d.l. n. 78 del 2013 che, nell'introdurre misure c.d. svuotacarceri ha, a sua volta, inserito numerose previsioni destinate ad incidere su molti dei reati considerati anche dal d.l. n. 93 del 2013.

Insomma, interventi a pioggia rispetto ai quali è davvero difficile orientarsi e che, anziché aumentare l'efficienza, rischiano di creare confusione e difficoltà negli operatori⁷⁷. Basti pensare alla scelta di limitare talune facoltà della persona offesa ai soli reati commessi con violenza alla persona ed alle difficoltà, talvolta, di individuare con esattezza la condotta materiale e le possibili ripercussioni

⁷⁷ Per analoghi rilievi critici sulla tecnica normativa utilizzata, cfr. E.Lo Monte, Ripetita (non) iuvant, cit., 1

DIDDI / CHIAROSCURI NELLA NUOVA DISCIPLINA SULLA VIOLENZA DI GENERE

che siffatte incertezze potrebbero avere sulle validità degli atti.

Certamente l'obiettivo perseguito dal legislatore di rafforzare gli strumenti di tutela offerti alla persona offesa – e non solo sul piano processuale⁷⁸ – non può che essere condiviso anche perché non va dimenticato come pure le fonti internazionali spingano per una maggiore considerazione delle esigenze della vittima.

A parte, però, la considerazione già espressa, e cioè che, come accaduto anche attraverso i vari 'pacchetti sicurezza' succedutisi negli ultimi anni, piuttosto che offrire reali opportunità di tutela dei diritti violati alle persone offese, si cerca sempre più spesso di trasformare la funzione del processo in strumento di controllo sociale, non passa inosservato come molte delle misure che parrebbero dover aumentare le aspettative di giustizia della vittima, rischino, in pratica, di tradursi in operazioni più di facciata che di sostanza.

Ad esempio, ancorché in via generale possa sembrare apprezzabile che il legislatore si sia preoccupato di stabilire che la durata delle indagini preliminari per i reati di maltrattamenti e *stalking* non

possa superare l'anno e che i ruoli di udienza debbano essere formati dando priorità ai processi per reati domestico-familiari, d'altro canto non si può non osservare la scarsa efficacia che tali misure, già sperimentate per altri reati ed in altri settori, hanno avuto in pratica.

Peraltro, si deve considerare come l'esigenza di assicurare la rapida definizione di determinate tipologie di reati non sia stata completamente perseguita con l'estensione anche delle prescrizioni contenute nell'art. 416, comma 2 *bis*, 552, commi 1 *bis* e 1 *ter* e 429, comma 3 *bis*, c.p.p. che – previste per i reati di lesioni ed omicidio colposi commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale e su quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro – impongono l'esercizio dell'azione penale entro determinati termini.

Né, sempre in una considerazione di sintesi, si può omettere di osservare come, molto spesso, simili previsioni rischino di ritorcersi contro quelle stesse apprezzabili finalità per le quali sono state concepite. Si deve ricordare, infatti, che gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini sono affetti da inutilizzabilità ai sensi dell'art. 407, comma 3, c.p.p.⁷⁹ e, sotto tale profilo, la prevista accelerazione rischia di far scontare un prezzo troppo elevato alle finalità dell'accertamento.

L'auspicio, dunque, è che il legislatore, il quale a breve dovrà rimettere nuovamente mano alla materia, per dare attuazione alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio colga l'occasione per un riordino più organico dell'intera materia⁸⁰.

⁷⁸ Il d.l. n. 93 del 2013 contiene una ricca quantità di interventi posti a tutela delle vittime dei reati di violenza domestica. Oltre alle misure esaminate, si deve ricordare il permesso di soggiorno per le vittime dei reati di cui agli artt. 572, 582, 583, 583 *bis*, 605, 609 *bis* e 612 *bis* c.p. o per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p. commessi sul territorio nazionale in ambito di violenza domestica, previsto dall'art. 4 del d.l. n. 93 del 2013 attraverso l'inserimento dell'art. 18 *bis* nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione*. A tale riguardo, si sottolinea che in base al comma 4 *bis* del citato art. 18 *bis* nei confronti dello straniero condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella *ex art.* 444 c.p.p. per uno dei richiamati delitti, possono essere disposte la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione ai sensi dell'art. 13. Ancora, l'art. 5 del d.l. n. 93 del 2013 ha disciplinato il piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere prevedendo che il ministro delegato per le pari opportunità elabori, con il contributo delle associazioni di donne e dei centri antiviolenza, un piano d'azione da predisporre in sinergia con la nuova programmazione dell'Unione europea per il periodo 2014-2020. A tale riguardo, si segnala come il piano deve perseguire, tra l'altro, l'obiettivo di potenziare le forme di assistenza e di sostegno alla donne vittime di violenza ed ai loro figli attraverso modalità omogenee di rafforzamento della rete dei servizi territoriali, dei centri antiviolenza e dei servizi di assistenza alle donne vittime di violenza ed a tal fine, in forza dell'art. 5 *bis* del d.l. n. 93 del 2013, è stato aumentato il fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità.

⁷⁹ Così, R. Bricchetti, *Braccialeto elettronico*, cit. 97 secondo il quale ricorrerebbe una inutilizzabilità non rilevabile d'ufficio ma solo su eccezione di parte.

⁸⁰ Si ricorda che la l. 6 agosto 2013, n. 96 recante *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea*, ha previsto, all'art. 1 l'adozione dei decreti legislativi delegati per l'attuazione di una serie di direttive (elencate negli allegati A e B) tra le quali la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, ed all'art. 4, l'attuazione della direttiva 2011/36/UE del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di essere umani e la protezione delle vittime.

FRANCESCO TRAPELLA*

Dottore di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

La revisione (o revoca?) della sentenza estradizionale

The “revisione” of judgment of extradition

È ammissibile la revisione della sentenza che dispone la consegna dell'estraddando in presenza di elementi idonei a sovvertire il quadro fattuale che ha determinato il provvedimento? Esiste un orientamento negativo. L'indagine si propone di considerare argomenti favorevoli anche alla luce dell'elaborazione in tema di “giudicati *rebus sic stantibus*”.

Is it possible the “revisione” of judgement who orders the delivery the extradited when it is evident to overturn the factual background which led to the decision? There is a negative opinion. The survey aims to consider arguments “for” especially in light of the development on the “judgments rebus sic stantibus”.

QUALCHE PREMessa

In tempi recenti, la corte d'appello di Napoli ha emesso un'ordinanza in tema di estradizione che ha ispirato il presente studio¹. La vicenda interessava un soggetto nei cui confronti erano state ritenute presenti le premesse per la sua estradizione a fini processuali verso il Regno Unito. L'interessato promuoveva richiesta di revisione della sentenza favorevole alla consegna *ex art. 630 c.p.p.*, allegando sia una pronuncia del Consiglio di Stato – che gli aveva negato l'accesso agli atti del procedimento estradizionale custoditi presso il Ministero della

Giustizia, «*in relazione alle esigenze di tutela dell'attività di repressione della criminalità e di tutela dell'ordine dalle minacce del terrorismo islamico internazionale*»² – sia una decisione del Tribunale di Isernia³ che lo aveva assolto dal reato di calunnia (presumibilmente) ai danni del magistrato inglese di collegamento interessato alla sua estradizione, dopo che questi aveva curiosamente opposto la propria immunità diplomatica alla richiesta del giudice italiano di sentirlo in giudizio.

Secondo il ricorrente le pronunce menzionate avrebbero agevolmente dimostrato che la richiesta di estradizione sarebbe stata promossa dall'autorità inglese al fine di perseguirlo per ragioni politiche

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

¹ App. Napoli, Sez. fer., ord., 7 agosto 2012, *inedita*.

² C. St., Sez. IV, 5 giugno 2012, n. 3316, *Foro amm., Cons. Stato*, 2012, 1578.

³ Cfr. trib. Isernia, 6 marzo 2012, *inedita*.

TRAPPELLA / LA REVISIONE (O REVOCA?) DELLA SENTENZA ESTRADIZIONALE

e, quindi, in contrasto con l'art. 3, paragrafo 2 della Convenzione europea di estradizione⁴; più in particolare – si legge nell'ordinanza – l'istante avrebbe «tentato di denunciare all'opinione pubblica inglese un caso di tortura ad opera dei servizi segreti britannici in danno di un cittadino tunisino, erroneamente ritenuto (come successivamente accertato) fiancheggiatore del terrorismo islamico internazionale»; il ché avrebbe, poi, suscitato la reazione degli inquirenti d'oltremarica, intenzionati ad ottenere la consegna dell'attuale ricorrente e ad acclararne il coinvolgimento in ambienti terroristici.

La corte napoletana, ricostruiti i caratteri della revisione ed enunciati i profili della sentenza estradizionale – da concepirsi come punto d'arrivo di un procedimento diverso da quello di cognizione, peraltro «non più suscettibile», una volta definitiva, «di alcuna modificazione per l'assenza nel nostro ordinamento processuale di una specifica norma nella quale inquadrare un provvedimento che accolga la domanda presentata»⁵ –, ha respinto la richiesta del ricorrente, pur riconoscendo le nuove circostanze da lui palesate «ben lontane dal ritenersi, ictu oculi, prive di fondamento»⁶.

Il giudice accosta due fattispecie comunque differenti – la sentenza di estradizione e la pronuncia che decide sul merito della domanda penale –, quasi che entrambe siano suscettibili di passare in giudicato, con successiva cristallizzazione dei loro effetti, sostenendo, poi, che le sentenze non avrebbero alcuna affinità sul piano dell'impugnazione straordinaria, giacché il codice prevede la revisione solo per le decisioni di condanna.

Una siffatta conclusione si presenta frettolosa almeno sotto tre aspetti.

In primo luogo occorre recuperare la distinzione tra sentenza sul merito e provvedimenti idonei ad «ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale, possono comprometterne il risultato»⁷; s'intende qui per «tutela giurisdizionale» l'obiettivo che l'ordinamento si prefigge per l'attività cognitiva e per quella – successiva ed eventuale – esecutiva. Solo alla decisione di proscioglimento/condanna è riconoscibile l'efficacia di giudicato, essendo gli altri provvedimenti resi in ragione di uno specifico contesto fattuale e, quindi, revocabili al mutare delle condizioni che *ab initio* li

giustificavano. In seconda battuta bisogna rivolgere uno sguardo alle distinte statuizioni giudiziali, notando come sia differenziata la forza preclusiva⁸ che le caratterizza; in particolare, essa è tanto maggiore quanto più ci si avvicina al momento in cui il giudice è chiamato a rendere la decisione sul merito della domanda penale. Altrimenti detto, la massima forza preclusiva è riservata a quella pronuncia che definitivamente statuisce sull'imputazione; mentre le decisioni strumentali al conseguimento di altri obiettivi giudiziari possiedono un attutito effetto stabilizzante e sono revocabili allorquando smettano di essere giustificabili secondo la funzione attribuitale nella fase in cui si collocano.

In ultimo, occorre superare i confini italiani, notando come da diversi anni l'interazione tra ordinamenti nazionale ed europeo imponga di rivalutare concetti come «*ne bis in idem*», «giudicato» e «impugnazione straordinaria». Dalla Corte di Strasburgo, infatti, proviene il monito, tutto rivolto al giudice nostrano, di adeguare le pronunce interne alle prescrizioni della Cedu: il ché può persino insinuare l'ipotesi di una revisione *contra reum*⁹, come accade laddove sia passata in giudicato una sentenza interna di proscioglimento che, ledendo i diritti della persona offesa, abbia disconosciuto una o più delle situazioni giuridiche protette dalla Convenzione.

Ad anticipare le conclusioni dell'indagine, può già affermarsi che la sentenza favorevole all'extradizione diverge dalla decisione sul merito, essendo la sua forza preclusiva sicuramente inferiore a quella tipica della pronuncia di condanna/proscioglimento; al riguardo, è probabilmente più corretto parlare di *revoca* piuttosto che di *revisione*, al sopravvenire di riscontri idonei a modificare il contesto fattuale in cui fu emessa. Sotto altro profilo, il tenore dell'art. 630 c.p.p. – che, è vero, non contempla le sentenze estradizionali – è oggi almeno in parte calmierato dalla normazione sopranazionale, un tempo estranea all'ordinamento interno, ma attualmente parte integrante – e per certi versi preponderante – di esso¹⁰, attendendosi

⁴ È ovviamente la Convenzione europea di estradizione, siglata a Parigi il 13 dicembre 1957.

⁵ Così, App. Napoli, Sez. fer., ord., 7 agosto 2012, cit., nota 1.

⁶ Sempre App. Napoli, Sez. fer., ord., 7 agosto 2012, cit., nota 1.

⁷ Pur con riferimento al civile, Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, *Nozioni introduttive e principi generali*, Editio minor, Torino, ed. 2005, 22.

⁸ In tema di «forza preclusiva» e art. 414 c.p.p., La Gioia, *Brevi note sul meccanismo di riapertura delle indagini preliminari*, Perchinunno (a cura di), *Percorsi di procedura penale*, vol. IV, Milano, 2008, 201, ss.

⁹ In tema, già per un primo approccio e di qualche anno antecedente alla sentenza n. 113 del 2011, molto chiaro Tega, *La revisione del processo penale dopo una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo?*, *Quaderni cost.*, 2007, 192, ss.

¹⁰ Tanto da potersi parlare – con attenzione al livello europeo – di «quarto grado di giurisdizione»: così, Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Cass. pen.*, 2011, 794, ss.

– si spera – un intervento del legislatore di adeguamento sul punto.

“GIUDICATO” *REBUS SIC STANTIBUS*

Esistono pronunce giudiziarie dotate di una stabilizzazione più fluida rispetto alla decisione sull'accusa, dove l'intervento del *novum* è capace di determinare un nuovo esame della vicenda oggetto di dette pronunce.

Un tradizionale settore, segnato da statuizioni suscettibili di modifica al mutare delle circostanze che in prima battuta le hanno determinate è quello dei provvedimenti di sorveglianza.

In materia di semilibertà è stato detto che la revoca ex art. 51, comma 1, ord. penit. impone di valutare «la mancata adesione del condannato al trattamento individuale e, dunque, l'inadeguatezza della misura a perseguire lo scopo di contribuire al recupero sociale del reo. Per converso, si esclude che siffatta forma di revoca richieda necessariamente l'inosservanza degli obblighi connessi all'alternativa penitenziaria ovvero la realizzazione di comportamenti aventi rilevanza penale»¹¹. In altre parole, il provvedimento in questione «non ha ... finalità punitive, ma più semplicemente si fonda sulla constatata insufficienza dei progressi compiuti dal soggetto che gli consentano di porsi in relazione proficua con il regime di semilibertà, nonché sulla assenza di condizioni che attribuiscano allo svolgimento della vita fuori dell'istituto capacità di determinare un suo graduale reinserimento nella società»¹²; ciò ben spiega una formula di legge – «quando il soggetto non si appalesi idoneo al trattamento» (art. 51, comma 1, ord. penit.) – talmente generica da rasentare l'indeterminatezza¹³, prescindendo da specifiche violazioni di legge o di prescrizioni altrimenti imposte al condannato¹⁴.

Se il tribunale di sorveglianza aveva *ab origine* formulato una valutazione prognostica di possibile integrazione del reo¹⁵, fattori successivi la smentisco-

no, obbligando il giudice a tornare indietro, appunto, con la revoca del beneficio¹⁶. Più precisamente, nel quadro fattuale sottoposto ai magistrati si inserisce un elemento – sopravvenuto¹⁷ o preesistente ma non inizialmente considerato¹⁸ – che impedisce di accordare fiducia circa il buon esito dell'applicazione della misura alternativa sul condannato.

Detto profilo induce a richiamare la nozione di “provvedimenti allo stato degli atti”, intesi come quelli dettati dalla «natura stessa del processo [che] impone di formulare giudizi, e prendere decisioni, sulla base delle conoscenze acquisite sino ad un determinato momento del suo sviluppo»¹⁹. Constando il procedimento penale di «giudizi parziali» – *rectius*: «settoriali»²⁰ –, ognuno preordinato alla realizzazione di un certo risultato, lo “stato degli atti” è quello che inquadra una situazione provvisoria e in quanto tale suscettibile di ulteriori valutazioni al modificarsi del contesto di riferimento²¹.

Questo discorso vale per l'intero settore trattamentale, considerato il «mutevole configurarsi dei presupposti per l'ammissione ai benefici penitenziari», che «non consente di equiparare gli effetti che la cosa

itenziario del nemico”, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 482, ss.. Si segnala, dello stesso Autore, *Revoca della semilibertà: tra “successione proporzionata” e finalità punitive*, *Foro amb.*, 2004, 68, ss..

¹⁶ Questo – si badi – in ragione sempre di comportamenti – ancorché non criminosi – sintomatici della predetta inidoneità del trattamento e mai in relazione di semplici stati d'animo o modi di essere del condannato: così, Palazzo, *La disciplina della semilibertà: evoluzione normativa e ampiezza funzionale di un buon istituto*, Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme di emergenza*, Padova, 1994, 387, ss..

¹⁷ Ad esempio la sopravvenuta impossibilità di svolgere attività lavorativa: cfr. Cass., Sez. I, 28 giugno 1982, *Giust. pen.*, 1983, III, 469. Sul tema, per tutti, Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 348. Sulla revoca per mancata osservanza del piano di trattamento predisposto per il condannato-detenuto, trib. sorv. Milano, ord., 19 novembre 2003 criticata da Consulich, *Revoca della semilibertà: epifania*, cit. nota 15.

¹⁸ Quale l'avanzare di una malattia degenerativa che impedisce al condannato di adempiere ai propri obblighi e di cui non ci si era avveduti quando gli venne accordata la semilibertà, o l'accertamento della dipendenza da sostanze stupefacenti occorso sull'interessato dopo la concessione del beneficio. Sui rapporti tra tossicodipendenza e semilibertà, da cui *mutatis mutandis* è tratto l'esempio in parola, Cass., Sez. I, 14 giugno 1993, *Cass. pen.*, 1994, 3111.

¹⁹ Con efficace sintesi, Negri, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 42. Nella stessa direzione, Lorusso, *Provvedimenti “allo stato degli atti” e processo penale di parti*, Milano, 1995, passim.

²⁰ L'espressione è di Kostoris, voce *Giudizio*, *Eng. giur. it.*, VI agg., Roma, 1997, 2.

²¹ In tema – pur con riferimento ad altri luoghi dell'ordinamento – Triggiani, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*, *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 125, ss. o Kostoris, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, *Riv. dir. proc.*, 2008, 915, ss. o, più risalente, Cristiani, *Considerazioni sui provvedimenti allo “stato degli atti” nel nuovo processo penale*, Pisani (a cura di), *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, Milano, 1991, 155, ss.

¹¹ Cass., Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 10271, citata da Fiorentin, *Misure alternative alla detenzione e tossicodipendenza*, Milano, 2011, 375.

¹² Presutti, *Sub art. 51*, Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, 748.

¹³ Sul punto già Grevi, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti dell'XI Convegno E. De Nicola*, Milano, 1977, 150, nota 23.

¹⁴ Pur ovviamente dovendosi sempre e comunque giustificare la revoca sulla base di precisi fatti comportamentali, come rileva Grasso, *Misure alternative alla detenzione*, Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 694.

¹⁵ Dovendo, quindi, contestualizzare la necessità di applicare la misura in parola al caso di specie, alla personalità del destinatario, alla sua condotta carceraria, alla vita anteatta, ecc. Così, Consulich, *Revoca della semilibertà: epifania del “diritto pen-*

TRAPPELLA / LA REVISIONE (O REVOCA?) DELLA SENTENZA ESTRADIZIONALE

giudicata genera all'esito del processo di cognizione a quelli che seguono al consolidarsi del procedimento di sorveglianza»²².

Spontaneo, a questo punto, è il paragone con le pronunce *de libertate*, accumulabili alle decisioni di sorveglianza dalla "logica possibilità di un accertamento ulteriore"²³; anzi, a meglio approfondire, possono cogliersi interessanti analogie anche vagliando le *species* interne al *genus* dei "provvedimenti allo stato degli atti": decisioni *rebus sic stantibus*, *provisorie* e allo stato degli atti *in senso stretto*²⁴.

La completezza dell'istruttoria compiuta dal giudice cautelare e da quello di sorveglianza impedisce di ascrivere le rispettive decisioni alla seconda categoria di pronunce, «*impennate su di un accertamento genericamente o volutamente sommario delle fattispecie in vista dell'immediato riconoscimento di un bene o di una situazione giuridica, che, tuttavia, una valutazione successiva più compiuta potrà fare apparire fondato o inadeguato sulla scorta di nuove risultanze*»²⁵.

Del pari, la natura fisiologicamente mutevole dell'oggetto del *decisum* blocca ogni possibilità di inquadrare le delibere in argomento nella terza tipologia: non si tratta, infatti, di provvedimenti – frutto di un accertamento completo per le possibilità sussistenti al momento in cui furono emessi – che, «*come le sentenze*» civili «*che mandano le parti a meglio istruire la causa*»²⁶, esprimono il potere dell'organo giudicante di decidere la causa solo in parte, disponendo l'ulteriore istruttoria per le questioni non decise²⁷.

Procedendo oltre, e una volta inquadrata la natura delle decisioni in parola tra quelle emesse *rebus sic stantibus*²⁸, con attenzione alla materia *de libertate* si giunge all'idea del *giudicato cautelare* – definibile, appunto, come «*un giudicato "allo stato degli atti"*»²⁹ – «*che preclude la possibilità di rivalutare questioni già esaminate, salva l'ipotesi di sopravvenienza di nuove*

emergenze in fatto o in diritto»³⁰. Alla stessa maniera si può parlare di un *giudicato di sorveglianza*³¹, pur esso connotato da stabilità³² fin tanto che non sopraggiungano elementi idonei a smentire il quadro dei fatti inizialmente sottoposto al giudice.

La nozione di "giudicato"³³, se esposta alle incertezze di materie definibili con pronunce *rebus sic stantibus*, perde forza, ponendosi all'antitesi di quel paradigma di definitività cui viene tradizionalmente associata³⁴. Si può, quindi, già additare un primo punto di arrivo: la decisione che esprime uno dei tanti giudizi settoriali³⁵ rimane in piedi fino a quando mantiene la propria utilità verso l'obiettivo giudiziale che l'ordinamento ha previsto per lo specifico momento in cui è stata resa: diversamente, viene richiamata indietro o, meglio, in una sola parola, e ad esaltare il dato etimologico, *revocata*.

(SEGUE) EFFICACIA PRECLUSIVA DELLE DECISIONI

Lo si può esprimere come un teorema: quanto più il procedimento si avvicina alla decisione sulla domanda penale, tanto più le pronunce giudiziarie

³⁰ La Rocca, *Il riesame*, cit. nota 27, 198. In giurisprudenza, Cass., Sez. V, 2 aprile 1998, *CED Cass.*, 210848. Per un parallelismo tra "giudicato cautelare" e "giudicato di esecuzione", allorché diventa ammissibile la riproposizione dell'istanza di indulto già rigettata se interviene un mutamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite, dettato dalla necessità di interpretare il diritto europeo in senso conforme alle prescrizioni Cedu nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, *CED Cass.*, 246651.

³¹ Espressione già usata, ad esempio, da Fiorentin-Marcheselli, *Il giudice di sorveglianza: la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2012, 91; Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, 465. In tema anche Giunchedi, *Regime carcerario differenziato, irrevocabilità "allo stato degli atti" ed "elementi nuovi"*, *Giur. it.*, 2005, 157 o Filippi, *Proroga del regime di cui all'art. 41-bis ord. penit. e "giudicato di sorveglianza"*, *Giur. it.*, 2005, 1061.

³² Ricordando sempre che, in generale, ciò che è travolto dal giudicato «non è mai connotat[o] da irrevocabilità assoluta»: cfr. Fadalti-Rebecca, *Appunti sul giudicato penale*, *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 3.

³³ Questo, sempre a volere parlare di "giudicati allo stato degli atti", invero quasi con un ossimoro. Certo, «elaborato dalla giurisprudenza in materia cautelare, codificato in materia di procedimento di esecuzione e ritenuto operante anche in numerosi ed eterogenei altri settori, quello dell'irrevocabilità *rebus sic stantibus* è un fenomeno ormai immanente al nostro sistema processuale, sempre più orientato a cristallizzare "il risultato degli accertamenti che ne scandiscono il percorso procedurale, sia che si tratti della risoluzione di questioni incidentali, sia che si tratti di decisioni principali sui *merita causae*"». Vedasi Fonti, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, 191, che cita Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 22.

³⁴ Per cui si rimanda alle primissime pagine di Giunchedi, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012, 1, ss..

³⁵ Si riprende a prestito l'efficacissima espressione di Kostoris, voce *Giudizio*, cit. nota 20, 2.

²² Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Ubertis-Voena (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. XLI.1, Milano, 2012, 390. In giurisprudenza, sul punto, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 17 novembre 2005, *CED Cass.*, 233134 o trib. sorv. Venezia, 4 gennaio 2005, *www.diritto.it* per cui nel procedimento di sorveglianza «sono impediti rivalutazioni della medesima situazione sulla scorta dei medesimi elementi fattuali, ma non di certo successive diverse valutazioni che tengono conto di elementi conoscitivi sopravvenuti».

²³ L'espressione è di Nuvolone, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Padova, ristampa 1969, 102.

²⁴ Sul punto, Pierro, *Il giudicato cautelare*, Milano, 2000, 89.

²⁵ Sempre Pierro, *Il giudicato cautelare*, cit. nota 24, 89, che richiama Nuvolone, *Contributo alla teoria*, cit. nota 23, 114.

²⁶ Esempio di Pierro, *Il giudicato cautelare*, cit. nota 24, 90.

²⁷ Cfr. l'art. 279 c.p.c. in tema di sentenze non definitive.

²⁸ Nella tripartizione di Nuvolone, quindi, si tratta della prima tipologia.

²⁹ La Rocca, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Milano, 2012, 198.

acquistano efficacia preclusiva, occorrendo motivazioni più forti e sistemi di critica più articolati per metterle in discussione. Sotto tale profilo, il panorama è denso di esempi.

Una prima norma cui riferirsi è l'art. 414 c.p.p., considerando l'elaborazione giurisprudenziale sul sintagma «esigenza di nuove investigazioni».

Una massima merita totale interesse: «in tema di archiviazione, l'efficacia preclusiva del decreto ha per oggetto la notizia criminis e non il fatto, ed impedisce dunque la prosecuzione della fase procedimentale, ma non la definizione giuridica della imputazione, la quale, al momento dell'archiviazione non è neppure formulata»³⁶. Quello della riapertura delle indagini è un meccanismo assai esile³⁷ che va attivato laddove esplorazioni incomplete lascino intravedere il pericolo di «imputazioni azzardate o prive di quei riscontri che meritano un approfondimento nel contraddittorio»³⁸: insomma, a nulla vale affermare l'efficacia preclusiva del provvedimento archiviativo in rapporto al fatto-reato, poiché esso impedisce unicamente la ripresa delle indagini sulla base del solo compendio degli elementi già acquisiti e valutati dal giudice dell'archiviazione³⁹.

Sei anni prima di questo arresto, le Sezioni Unite avevano chiarito che «il decreto di archiviazione, pur non essendo munito dell'autorità della res iudicata, è connotato da un'efficacia preclusiva, quantunque limitata, operante sia con riferimento al momento dichiarativo della carenza di elementi idonei a giustificare il proseguimento delle indagini, sia riguardo al momento della loro riapertura, condizionata dal presupposto dell'esigenza di nuove investigazioni», peraltro evidenziando che lo «stesso fatto» che può motivare l'istanza di ulteriori indagini comprende «sia le componenti oggettive dell'addebito – condotta, evento, rapporto di causalità – sia gli aspetti esterni al fatto di reato, da identificare nell'autorità che procede o procedette all'investigazione, in quanto l'effetto preclusivo discendente dall'archiviazione condiziona solo la condotta dell'ufficio inquirente che chiese e ottenne il relativo provvedimento»⁴⁰. Insomma, non sono certi necessari nuovi elementi: è sufficiente un *quid*

novi – che dovrà intendersi nel senso più generale possibile – «tale da superare la motivazione dell'originaria richiesta e quella del provvedimento che l'ha condivisa»⁴¹.

L'art. 414 c.p.p. detta, quindi, una procedura estremamente semplice, da applicarsi laddove «vi [siano] due notizie, ma un unico fatto di reato»⁴² nella medesima sede giurisdizionale⁴³: qui, dimostrato il *quid pluris*, il pubblico ministero rivolge istanza di riapertura dell'indagine al giudice, che autorizza *de plano* con decreto motivato. Volendo attribuire un valore matematico alla resistenza della decisione archiviativa, esso si avvicina molto – *rectius*: tende – a zero, giacché la sua efficacia preclusiva può venire meno anche solo in corrispondenza di una nuova lettura del materiale già raccolto, giustificabile sulla scorta di una qualunque sopravvenuta circostanza⁴⁴.

Diverso è il caso della revoca della sentenza di non luogo a procedere. Si dia lettura di questo passaggio: «supponiamo che, opposto a qualche ferratissimo delinquente, il pubblico ministero agisca con armi inadeguate (fosse cauto, indagherebbe ancora); così esilmente toccato, al dibattimento costui finirebbe assolto; ovvio che schivi udienza preliminare e non luogo a procedere, puntando alla decisione sul merito, con i relativi effetti preclusivi»⁴⁵. L'esempio calza e già basta a dimostrare la differente resistenza della sentenza di non luogo a procedere ad eventuali elementi idonei a porla in discussione rispetto alla pronuncia conclusiva della fase dibattimentale.

La giurisprudenza, dal canto proprio, ha stabilito che «ai fini della revoca della sentenza di non luogo a procedere, le nuove prove poste a sostegno della richiesta devono essere oggetto, nel merito, di una valutazione d'idoneità a determinare, nel caso concreto, il rinvio a giudi-

³⁶ Ad esempio, Cass., Sez. V, 21 agosto 2007, n. 33057, CED Cass., 237581.

³⁷ L'espressione è di Stoja, *Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione e certezza in senso soggettivo: un problema irrisolto*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, 358.

³⁸ Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit. nota 22, 362.

³⁹ In materia, con speciale attenzione agli effetti preclusivi dell'archiviazione sulla vicenda cautelare, Orlandi, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, Cass. pen., 1998, 3291. Più in generale, sicuramente degno di nota è Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 434.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 1 giugno 2000, n. 9, CED Cass., 216004.

⁴¹ Corso, *Indagini preliminari*, AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2010, 435.

⁴² Carli, *Preclusione e riapertura delle indagini preliminari nell'art. 414 c.p.p.*, Giur. it., 1993, II, 641, ss.

⁴³ Come ha chiarito Cass., Sez. VI, 12 luglio 1996, n. 8511, Cass. pen., 1997, 2117.

⁴⁴ Foss'anche l'istanza con cui il difensore «convince» il g.i.p. che il reato per cui si è proceduto non è perseguibile a querela – per la proposizione della quale erano scaduti i termini: ciò che motivò il provvedimento archiviativo – ma d'ufficio. Cfr. Cass., Sez. IV, 29 marzo 2007, n. 12801, CED Cass., 236280. Per utili approfondimenti sul tema qui accennato, per una ricognizione delle posizioni più recenti, D'Agnolo, *In tema di effetti preclusivi rebus sic stantibus dell'archiviazione*, Giur. it., 2011, 1901; Aprati, *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"*, Dir. pen. proc., 2011, 422; Servi, *L'efficacia preclusiva del decreto di archiviazione: un déjà vu con qualche ritocco*, Proc. pen. giust., 2011, 1, 58 o Cerqua, *Brevi osservazioni sugli effetti invalidanti della mancata autorizzazione del giudice ex art. 414 c.p.p.*, Il giudice di pace, 2008, 349.

⁴⁵ Cordero, *Procedura penale*, Milano, ed. 2006, 915.

TRAPPELLA / LA REVISIONE (O REVOCA?) DELLA SENTENZA ESTRADIZIONALE

zio, non a fondare o meno un giudizio di colpevolezza»⁴⁶. Il contesto, insomma, è completamente diverso da quello in cui si forma il giudizio sul merito, tanto che è del tutto ammissibile l'ipotesi che, in questa fase – cioè dopo il non luogo a procedere – l'inquirente reperisca elementi «capaci di dare nuova luce al quadro probatorio allora ritenuto insufficiente» e, quindi, «idonei a determinare il rinvio a giudizio»⁴⁷: d'altra parte si tratta di questo, di offrire al giudice la possibilità di vagliare la richiesta del pubblico ministero di arrivare al giudizio, o – allontanandosi dall'«icastica denominazione ... , esito del primo brain storming all'indomani della riforma del codice di procedura penale: ... "filtro delle imputazioni azzardate"»⁴⁸ per approdare a più recenti arresti delle Sezioni Unite – di procedere alla «stabilizzazione dell'accusa»⁴⁹.

Il procedimento è qui più articolato di quello descritto dall'art. 414 c.p.p. per la riapertura dell'indagine. Così, se certo il non luogo a procedere è inidoneo ad acquisire il carattere dell'irrevocabilità⁵⁰, sicuramente la resistenza di quella pronuncia si attesta su valori superiori rispetto alla semplice archiviazione, perlomeno considerando che si tratta di decisione conseguente all'esercizio dell'azione penale, comunque suscettibile di chiudere il "processo". Il suo superamento impone il contraddittorio, con successiva previsione di nuova udienza preliminare attraverso un atto in forma di ordinanza (artt. 435, comma 3 e 436, comma 1, c.p.p.)⁵¹.

Giungendo alla pronuncia che si esprime sul contenuto dell'accusa, è bene partire da alcune considerazioni preliminari, attinenti alla forza del giudicato. Si sa che «la cosa giudicata formale [è] qualità specifica dell'atto giurisdizionale: ... se nessuno muove obiezioni, "iudicium blasphemando", l'ipotesi sottoposta dagli scabini all'assemblea diventa regola definitiva. In lingua romana, res iudicata. È atto normativo la decisione ossia genera diritto». Certo, «l'«irrevocabilità» [è] relativa: sul non luogo a procedere incombono possi-

bili revoche, sopravvenendo nuove prove, ma nemmeno le condanne "irrevocabili" sono realmente tali, perché soggiacciono a revisione»⁵².

In tema, con assoluta nitidezza s'è poi affermato che la revisione «continua a rappresentare uno dei più delicati punti d'equilibrio del sistema processuale italiano, dal momento che, attraverso la sua disciplina, l'ordinamento mira a realizzare una complessa mediazione tra la tendenza autoconservativa del giudicato e la necessità di approntare rimedi efficaci all'errore giudiziario, così da assicurare il primato della verità materiale su quella processuale»⁵³. Essa si configura pertanto come eccezione alla regola per cui è definitiva la pronuncia non impugnata entro i termini previsti *ex lege* o esauriti gli ordinari strumenti di critica: appello e ricorso per cassazione. È – si diceva – un'anomalia determinata dall'esigenza di cancellare una condanna evidentemente ingiusta, stabilendo nel caso specifico il primato della verità reale su quella formale.

L'impugnabilità della sentenza irrevocabile è così giustificata *ratione iniquitatis*⁵⁴ e, al di là della casistica descritta dall'art. 630 c.p.p., la sola ragione per cui il giudicato viene posto in discussione è l'intrinseca ingiustizia di una condanna⁵⁵; ci si trova nella posizione opposta a quella descritta per la decisione archiviativa: se là tendeva allo zero la resistenza del provvedimento, superabile per causa di un qualsiasi elemento – foss'anche la diversa rilettura del materiale investigativo già raccolto – e grazie ad una statuizione *de plano*, qui la forza del *decisum* mira all'infinito, non coincidendo con il massimo valore possibile giusto per causa di quell'eccezione che è data proprio dalla possibilità di sottoporre a revisione le condanne per loro ingiustizia.

Passando, poi, oltre, per i provvedimenti adottati dal giudice dell'esecuzione e dal magistrato di sorveglianza, essi si caratterizzano per una stabilità "allo stato degli atti". Già lo si è visto per la revo-

⁴⁶ Cass., Sez. IV, 15 maggio 2008, CED Cass., 240174.

⁴⁷ Dani, voce *Revoca della sentenza di non luogo a procedere*, Dig. disc. pen., XII, Torino, 1997, 147.

⁴⁸ Valentini, *L'accrescimento cognitivo in udienza preliminare*, AA.VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme*, Torino, 2009, 47.

⁴⁹ Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, *Dir. pen. proc.*, 2009, 177.

⁵⁰ Come espressamente previsto dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, G.U., *Serie generale*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Supp. ord.*, n. 2, 139. Sul punto pure Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 121 e anche Spangher, *Sub art. 434*, Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, 1990, 745, ss.

⁵¹ Cfr. su questi temi Sechi, *Revoca della sentenza di non luogo a procedere*, Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, 857, ss.

⁵² Cordero, *Procedura penale*, cit. nota 45, 1218.

⁵³ Sono parole di Fiorio, *La prova nuova*, cit. nota 50, 225. Il tema non è affatto recente, e sulla dialettica tra il *dictum* irreversibile e le «esigenze della verità e della giustizia reale» si rimanda a De Marsico, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, 328 o, più recentemente, a Dean, *La revisione*, Padova, 1999, *passim* che parla in merito di necessario bilanciamento «tra una concezione esasperatamente formalistica della certezza giudiziaria e la rinuncia alla stabilità delle relazioni giuridiche» (p. 9).

⁵⁴ Ricordando la dicotomia di Ferrari, *Aurea Practica*, Colonia, 1576, 209 cui rimanda Valentini, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 190.

⁵⁵ Ciò che giustifica il titolo di una bella opera in tema, che mostra come la revisione sia strumento di critica che si colloca tra forma e sostanza, tra la perfezione di una decisione non più impugnabile e la sostanziale ingiustizia della medesima: vedasi Callari, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Torino, 2012.

ca della semilibertà ex art. 51, comma 1, ord. penit.; ancor meglio ciò si evince dall'art. 666, commi 2 e 6 c.p.p.⁵⁶: l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione definisce la questione sottopostagli dalle parti può essere ricorso per cassazione (comma 6); d'altra parte, l'istanza del pubblico ministero o del condannato può, anche in caso di rigetto, essere nuovamente rivolta al giudice che, però, la dichiara inammissibile se «*costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata*» (comma 2). Con altre parole, la parte è ammessa a presentare la propria domanda più di una volta solo se è mutato il contesto che la motiva, di talché la nuova istanza non consiste in un *idem* rispetto a quella già rifiutata. Si giunge per questa via a parlare di «*precaria definitività*»⁵⁷ della decisione ex art. 666 c.p.p. e ad accostare le statuizioni del giudice dell'esecuzione a quelle di sorveglianza, aventi ad oggetto – come s'è visto – misure «*sempre passibil[i] di revoca*»⁵⁸.

Ed ecco che alla sola pronuncia sull'imputazione – conclusiva quindi del procedimento di cognizione – è possibile attribuire una pretesa di definitività, peraltro non assoluta giacché superabile nell'ipotesi di *iniquitas* del *decisum*, mediante l'impugnazione straordinaria⁵⁹.

(SEGUE) PROSPETTIVE EUROPEE

Già s'è definita la revisione come «*rimedio eccezionale per porre fine ad una ingiustizia sostanziale che l'ordinamento non può tollerare*»⁶⁰. Sulle medesime considerazioni la Consulta è giunta a dichiarare illegittimo l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione al fine di «*consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi*

dell'articolo 46, paragrafo 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea»⁶¹.

Dopo questa pronuncia ci si è opportunamente chiesto se esista un sistema integrato nazionale-convenzionale delle impugnazioni⁶²: l'interrogativo sorge spontaneo, considerata l'esigenza di superare il principio di tipicità sancito dall'art. 568 c.p.p. allorché entrino in gioco, ad esempio, pronunce di Strasburgo che, su impulso della persona offesa, accertino violazioni implicanti la riapertura del processo⁶³.

In tal caso, il rimedio straordinario verrebbe attivato sulla base di una decisione europea che imporrebbe di orientare un processo nostrano, già esauritosi in un precedente proscioglimento, verso una condanna, ossia nella direzione opposta a quella tratteggiata dall'art. 629 c.p.p..

In siffatta situazione non ammettere la revisione sarebbe ovviamente conforme allo schema codicistico italiano, ma si porrebbe in antitesi sia all'art. 46 Cedu sulla forza vincolante delle sentenze del giudice europeo – e sul conseguente obbligo degli Stati di ottemperarvi –, sia al monito della Consulta⁶⁴, che imponeva – sempre nella decisione del 2011 – di ritenere inapplicabile ogni regola interna che impedisca all'interessato di porsi «*nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata*»⁶⁵.

⁵⁶ Su questi temi Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 213, ss. o anche Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit. nota 22, 390.

⁵⁷ Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit. nota 22, 390.

⁵⁸ Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale: dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, 432. Vedasi anche Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, 464-465.

⁵⁹ E nella trattazione s'è fatto riferimento solo alla revisione; qualche parola va spesa anche per il ricorso ex art. 625bis c.p.p. che pone rimedio ad errori – di fatto o materiali – nelle sentenze della Suprema Corte. Qui non si chiede una nuova valutazione giuridica rispetto a quella già resa dalla Cassazione, bensì l'emenda di una sbagliata percezione o di una non voluta dimenticanza del giudice, chesi è ripercossa fino all'estremo grado di giudizio. In modo chiaro inquadra le due categorie di vizi ricorribili Capone, *Errore materiale ed errore di fatto della Corte di cassazione*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 863, ss.. Sull'impossibilità di ricomprendere nella nozione di "errore di fatto" anche l'erronea interpretazione di norme processuali, vedasi Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u. e revisione del processo penale*, vol. I, *Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Roma, 2012, 121.

⁶⁰ Così App. Napoli, Sez. fer., 7 agosto 2012, cit., nota 1.

⁶¹ C. cost., sent., 7 aprile 2011, n. 113, *Guida dir.*, 2011, 17, 42 e su di essa, Callari, *La revisione. La giustizia penale*, cit. nota 55, 286 e anche Geraci, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, *Proc. pen. giust.*, 2011, 4, 93, ss., che sottolinea come, secondo la ricostruzione operata dal Giudice delle Leggi, la revisione per contrasto con le sentenze della Corte edu debba concepirsi quale *extrema ratio*, operando allorché «essa appaia l'unico strumento attraverso cui rimuovere in modo integrale le conseguenze pregiudizievoli della violazione accertata dalla Corte dei diritti umani» (p. 101). Bella l'espressione di Gialuz che – sempre con riguardo alla sentenza 113 – parla di decisione «*additiva di istituto*», chiaramente mutuando il *modus dicendi* dalla tassonomia delle pronunce della Consulta (in *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, *Cass. pen.*, 2011, 3308, ss.). Sugli stessi temi, anche Diddi, *La "revisione del giudizio": nuovo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze emesse in violazione della C.e.d.u.*, *Giust. pen.*, 2011, III, 138, ss.

⁶² L'espressione è di Geraci, *La revisione quale rimedio*, cit. nota 61, 103.

⁶³ Il caso è quello di Corte e.d.u., 6 aprile 2010, *CGIL e Cc. Italia*, allorché «un soggetto che si riten[eva] diffamato da dichiarazioni rese da un parlamentare e che, impossibilitato a far valere utilmente le sue ragioni innanzi all'autorità giudiziaria dall'operatività dell'insindacabilità ex art. 68, comma 1, Cost., ricorra alla Corte europea per violazione del diritto di accesso a un tribunale ai sensi dell'articolo 6, §1, della Convenzione». Ricostruzione sempre di Geraci, *La revisione quale rimedio*, cit. nota 61, 102.

⁶⁴ Sempre C. cost., sent., 7 aprile 2011, n. 113, cit. nota 61.

⁶⁵ Come acutamente osservato da Geraci, *La revisione quale rimedio*, cit. nota 61, 102.

TRAPPELLA / LA REVISIONE (O REVOCA?) DELLA SENTENZA ESTRADIZIONALE

Peraltro, già prima della sentenza n. 113 del 2011 la Corte costituzionale aveva formulato «*al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazione dei principi sanciti dall'art. 6 Cedu*»⁶⁶. A ciò non seguiva alcun adattamento della disciplina nostrana, tanto che la Corte tornava sul tema – appunto, nel 2011 – dichiarando illegittimo l'odierno art. 630 c.p.p. Insomma, la questione è quanto mai attuale e il principio di tipicità ex art. 568 c.p.p. si rivela inadeguato a sopportare l'osmosi di giudizi interni ed europei che entrano con forza nel nostro ordinamento, collocandosi a presidio di una normativa ormai di rango sub-costituzionale.

Non è ancora tutto: ormai quasi un decennio fa⁶⁷ la Corte di Strasburgo aveva distinto tra «*renouveau des poursuites*» e «*réouverture du procès*»⁶⁸; il primo contrasta con il divieto di *ne bis in idem*, mentre la seconda è ammissibile sulla scorta dell'art. 4, par. 2 del Protocollo n. 7 alla Convenzione.

Nel caso di specie, la Corte aveva ricondotto ad essa la rivisitazione del giudicato *contra reum*, motivata dalle eccezionali circostanze di «*faits nouveaux ou nouvellement révélés*» e della scoperta di un «*vice fondamental dans la procédure précédente*»⁶⁹: in tali situazioni, «*la procedura verte sulle stesse accuse che si ponevano a fondamento del processo penale conclusosi con la decisione impugnata e della quale si contesta la regolarità. Quando l'istanza di revisione è ritenuta ricevibile e il procedimento viene riaperto per il riesame del caso, la domanda di revisione ha per effetto ultimo quello di annullare ogni precedente provvedimento e di comportare una statuizione sulle accuse penali con una nuova decisione*»⁷⁰.

Stime come questa impongono, sul piano più generale, di rivalutare l'idea di “giudicato”: pur a tacere delle implicazioni legate all'*impasse* generato dalla collocazione della Cedu nella gerarchia delle fonti, dal monito della Consulta di ritenere inapplicabili le norme interne che impediscano al ricorrente l'esercizio dei diritti consacrati nella Convenzione e dall'effettiva impossibilità di dichiarare l'art. 629

c.p.p. illegittimo per il solo fatto che non prevede una revisione *contra reum*, trattandosi di scelta discrezionale del legislatore⁷¹, quelle poste sono premesse necessarie a meglio comprendere le influenze europee che, *de iure condendo*, interessano l'ambito di indagine.

Già qualche anno fa, si osservava che «*ogni manovra additiva del legislatore imporrebbe di costruire un percorso parallelo, con regole autonome, in vista dei casi in cui bisogna ripetere il processo in seguito alla violazione constatata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*»⁷²; oggi si distinguono due modelli di revisione, quello “interno” e quello “europeo” «*la cui articolazione è solo in parte coincidente con le cadenze delineate dal codice di rito, ed il cui ambito di attivabilità ai fini della riparazione delle violazioni convenzionali è forse, invece, da circoscrivere*»⁷³. Difatti, in base all'imperativo della Consulta, la violazione di qualsiasi parametro Cedu dovrebbe essere censurata sulla base del rimedio straordinario, con ciò generandosi due ordini di questioni, allorché sia l'offeso ad essere impossibilitato a godere dei diritti espressi in Convenzione – e qui, si è visto, verrebbe ad ammettersi una revisione, sì, in favore della vittima, ma *contra reum* – e laddove si ammettesse la revisione europea come «*attivabile non solo in caso di sentenza di condanna della Corte di Strasburgo per violazione delle garanzie processuali del fair trial cristallizzate all'art. 6 C.e.d.u., ma per qualsivoglia lesione dei canoni convenzionali, ciò che aprirebbe la praticabilità del rimedio straordinario anche alle ipotesi di accertate violazioni di carattere sostanziale, esaltando il ruolo della C.e.d.u. di fondamentale fattore di rafforzamento delle garanzie*»⁷⁴.

Le prospettive europee sono varie e suggestive, e non possono prescindere dalla Cedu e dall'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo: ciò insi-

⁶⁶ C. cost., sent., 30 aprile 2008, n. 129, *Dir. pen. proc.*, 2008, 728. In tema, Valentini, *Il caso Dorigo: sense and sensibility*, *Giust. pen.*, 2008, 7, 206, ss.

⁶⁷ Corte e.d.u., 20 luglio 2004, *Nikitinec. Russia*, §45.

⁶⁸ Sul punto Callari, *La revisione*, cit. nota 55, 76.

⁶⁹ Utili approfondimenti sulla disposizione menzionata, in Spangher, *Sub art. 4 Protocollo 7, Bartole-Conforti-Raimondi* (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 960.

⁷⁰ Corte e.d.u., 20 luglio 2004, *Nikitine*, cit. nota 67, §46. Traduzione dal francese di chi scrive.

⁷¹ Per cui si rimanda, oltre alla bibliografia già citata, a Repetto, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, *Giur. cost.*, 2011, 1548, ss.; Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e invalidità processuali secondo le regole interne*, *Legisl. pen.*, 2011, 473, ss.; Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... Ovverosia, quando la certezza del diritto è obbligata a dare il passo alla certezza dei diritti*, *Legisl. pen.*, 2011, 481, ss.; Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, *Giur. cost.*, 2011, 1542, ss.; Canzio, *Passato, presente (e futuro?) dei rapporti tra giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, *Legisl. pen.*, 2011, 465, ss.; Chiavario, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*, *Legisl. pen.*, 2011, 495, ss.

⁷² Scalfati, *I giudici offrono un "rimedio tampone" in attesa che si colmi il vuoto legislativo*, *Guida dir.*, 2007, 9, 80.

⁷³ Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u.*, cit. nota 59, 167.

⁷⁴ Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u.*, cit. nota 59, 170 e anche Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, Manes-Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 7, ss.

nua nel nostro ordinamento un nuovo archetipo di rimedio ripensando al giudicato o, per meglio dire, all'idea di *iniquitas* dinnanzi alla quale viene meno la definitività della pronuncia. Al di là del dibattito sul punto – in queste pagine solo accennato – non può revocarsi in dubbio che, dopo la sentenza n. 113 del 2011, il concetto di “impugnazione straordinaria” non sia più legato solo ad erronee ricostruzioni del fatto, ma anche alla mancata rispondenza dello schema processuale interno – di merito e/o di legittimità – rispetto alle prescrizioni Cedu, ormai entrate con vigore tra le fonti interne, ad un livello quasi parificato a quello costituzionale⁷⁵.

STABILITÀ E REVOCA DELLA PRONUNCIA ESTRADIZIONALE

“Giudicato estradizionale” è espressione ormai d'uso comune – come *giudicato cautelare* o *giudicato di sorveglianza* –, e va intesa quale richiamo ad una definitività legata al permanere delle condizioni che determinarono la scelta sull'istanza di consegna⁷⁶. Non può dubitarsi che la sentenza estradizionale determini una «mera preclusione allo stato degli atti»⁷⁷ che, quindi, «non opera ... quando le vicende processuali intervenute dopo l'adozione della prima decisione modifichino il contesto della decisione precedente»⁷⁸ od, ovviamente, se «a seguito della precedente domanda di estradizione non sia stata adottata alcuna decisione sul merito della stessa»⁷⁹.

Tradizionalmente, un riferimento normativo motiva l'affermazione della limitata efficacia preclusiva della sentenza che conclude il segmento giurisdizionale della procedura di estradizione: l'art. 707 c.p.p., il cui richiamo non è certo fortuito in questa sede, pur riferendosi al caso dello Stato richiedente che formuli una nuova domanda di estradizione, successiva a sentenza italiana contraria alla consegna. Tramite questa norma, in presenza di elementi idonei a sovvertire la precedente valutazione del giudice, è ammesso l'esame di una nuova domanda di consegna. Simmetricamente,

dati i caratteri di limitata stabilità del *decisum* estradizionale, suscita perplessità un orientamento che esclude la possibilità di un ripensamento alla luce del *novum* che, per esempio, esprimesse l'indole marcatamente politica della domanda avanzata dallo Stato richiedente⁸⁰.

È importante precisare – restando sul piano delle simmetriche opportunità di “rivedere” la decisione estradizionale, in *pejus* e in *melius* – come dall'art. 707 c.p.p. si evinca che «la pronuncia di una successiva sentenza di estradizione non è preclusa a seguito di un'ulteriore domanda presentata da uno stesso Stato per i medesimi fatti a norma dell'art. 707 cod. proc. pen., quando la medesima decisione sia stata fondata su motivi procedurali»⁸¹; pertanto, la norma si applica in presenza di «elementi che non siano già stati valutati dall'autorità giudiziaria», trattandosi – lo dice chiaramente la Corte – di dati di fatto, e non di questioni di correttezza procedurale.

Ciò premesso, è improprio parlare di “impugnazione della sentenza estradizionale”: considerato il tema alla luce delle problematiche connesse al “giudicato” *rebus sic stantibus* – *genus* cui evidentemente appartiene anche quello estradizionale, stante l'intrinseca mutevolezza dell'oggetto della decisione cui è chiamata la corte d'appello, per effetto dell'eventuale sopravvenienza di riscontri idonei a smentire l'iniziale valutazione del giudice sull'istanza di consegna – diventa più opportuno parlare di “revoca della sentenza estradizionale”⁸². E a nulla importa che la consegna fosse ingiusta *ab initio* o che lo si sia

⁸⁰ Si richiamino, così, i criteri dettati dal giudice strasburghese nella nota sentenza *Lutsenko*: «per la Corte [edu, ndr.], la Convenzione riposa sull'assunto che le pubbliche autorità negli Stati membri agiscano in buona fede. Certo, ogni manifestazione di pubblico potere e qualunque misura assunta nei confronti di taluno possono avere finalità nascoste: ovviamente la presunzione di buona fede è confutabile. Tuttavia, il ricorrente che affermi esservi stata una illegittima limitazione dei propri diritti e libertà deve dimostrare in maniera convincente che il motivo dell'agire della pubblica autorità era diverso da quello proclamato o ragionevolmente deducibile dal conteso. Un semplice sospetto che l'autorità abbia ricorso al proprio potere per finalità diverse da quelle previste nella Convenzione non basta a provare che l'articolo 18 sia stato infranto». Occorrono elementi forti a dimostrazione della malafede dello Stato richiedente: nel caso in esame essi esistono, per affermazione della stessa corte distrettuale campana.

⁸¹ Cass., Sez. VI, 21 novembre 2011, n. 42905, *www.mondodiritto.it*, che rimanda a Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2006, n. 40167 con nota di Peroni, *Sull'ambito di operatività del “giudicato estradizionale”*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 452.

⁸² In un'ottica forse non troppo diversa dalla revoca della sentenza di non luogo a procedere, essendo accostabili la fase giurisdizionale del procedimento di estradizione e l'udienza preliminare dall'essere momenti di interferenza tra rito e merito, dovendo, infatti, il giudice esaminare i fatti per assumere una decisione destinata ad influire sul destino del procedimento, che nel primo caso può pervenire – previo parere favorevole del Ministro – alla traduzione dell'extradando, e nel secondo può giungere alla fase del giudizio dibattimentale.

⁷⁵ Tematica, questa, dibattutagli da tempo all'estero: per tutti, Cameron, *Protocol 11 to the European Convention of Human Rights: the European Court of Human rights as a Constitutional Court?*, in *Yearbook of European Law*, 1995, 219, ss. in cui si indaga la vocazione della Corte strasburghese alla *constitutional justice* e, quindi, a divenire un “giudice delle Leggi” dei diritti umani (espressione di Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u.*, cit. nota 59, 28).

⁷⁶ Aprile, *Sulle condizioni e i limiti per l'operatività del giudicato estradizionale*, *Cass. pen.*, 2007, 3777.

⁷⁷ Cass., Sez. VI, 4 marzo 2011, n. 8122, *Riv. it. dir. int. priv. e proc.*, 2012, 465.

⁷⁸ Cass., Sez. VI, 15 maggio 2010, n. 18505, *CED Cass.*, 247001.

⁷⁹ Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 39944, *CED Cass.*, 244875.

TRAPPELLA / LA REVISIONE (O REVOCA?) DELLA SENTENZA ESTRADIZIONALE

saputo dopo: mutuando ragionamenti formulati in settori che manifestano contiguità quanto alla struttura del giudizio espresso – ossia in tema di cautele –, s'è scritto che «*ammette rimedio [nei termini della revoca, ndr.], anzi lo esige, anche l'atto iniquo ex tunc, sebbene il colpito non l'avesse impugnato*». In tema di revoca, infatti, il legislatore ha disposto «*equiparando (era ovvio) i ripensamenti da fatti nuovi alla ri-decisione sullo stesso materiale, re melius perpensa*»⁸³.

La circostanza che manca un dato normativo al quale agganciare la revoca della sentenza estradi-

zionale a favore del consegnato non è argomento insormontabile dal quale dedurre *more geometrico* che lo strumento sia precluso. Innanzitutto, sarebbe forse contrario al principio di eguaglianza permettere allo Stato richiedente di ottenere la rivisitazione del precedente diniego di consegna e vietare la speculare possibilità all'interessato contro l'avvenuta estradizione; ma, facendo seguito alle premesse circa la natura di "decisione allo stato degli atti" che qualifica la sentenza estradizionale – come dimostra l'art. 707 c.p.p. – essa è per conseguenza revocabile sulla base del *novum* anche in assenza di un'esplicita previsione.

⁸³ Cordero, *Procedura penale*, cit. nota 45, 525.

ROSALBA NORMANDO

Professore di Procedura penale – Università degli Studi di Salerno

Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore

Alternative models of justice in criminal law: the intervention of the mediator

L'indagine è rivolta ad individuare il ruolo svolto dal mediatore nelle pratiche di giustizia riparativa. Nell'Europa continentale soltanto nell'ultimo ventennio si sono diffusi istituti propri della *restorative justice*, peraltro nella mappa giuridica europea la circolazione di modelli alternativi e/o complementari al processo penale si restringe fondamentalmente alla mediazione. Soggetto strategico e facilitatore delle procedure, il mediatore aiuta le parti a pervenire a forme di composizione (anziché di decisione), nelle quali il dialogo e il consenso possano prendere il posto del *dictum* del giudice, producendo rilevanti effetti sulla vicenda giudiziaria. "Terzo imparziale ed indipendente" non soltanto deve possedere una specifica competenza nella gestione delle dinamiche conflittuali, ma, in forza del legame genetico con il processo penale, deve essere, altresì, in grado di comprendere le implicazioni giuridiche della singola controversia.

The study is aimed at finding out what is the role played by the mediator in restorative justice. In continental Europe, only in the last twenty years have regulatory schemes been developed that are peculiar to restorative justice, and, in the European juridical map, the circulation of models that are alternative and/or complementary to the criminal trial is mainly restricted to mediation. As a strategic subject and a facilitator to procedures, the mediator helps the parties to get to a settlement (rather than a decision), in which dialogue and consent can replace the judge's dictum, producing relevant effects on the judiciary trial. "Third, impartial and independent" not only must he/she have a specific skill in handling adversarial dynamics, but, pursuant to the genetic binding with the criminal trial, he/she also has to be able to comprehend the juridical implications of the single litigation.

LA DIFFUSIONE DI UN NUOVO MODELLO DI GIUSTIZIA
PENALE: RIPARAZIONE *VERSUS* RETRIBUZIONE?

Un'indagine volta ad individuare le funzioni ed il ruolo svolti dal mediatore nelle pratiche di giustizia riparativa non può prescindere dal soffermarsi, per qualche riflessione sia pur sintetica, sul fon-

damento e sugli scopi che stanno alla base della medesima. Il modello riparativo, orientato verso la ricerca di possibili soluzioni secondo una prospettiva che sottende il superamento della concezione del reato quale mera violazione di norma giuridica, si propone come risposta al fatto criminoso che trova «la sua legittimazione morale nel danno cagionato

ma non si esaurisce nella inflizione in capo all'autore di un male ulteriore»¹ e che fa del dialogo e della mediazione, tra la vittima e l'autore del reato, strumenti fondamentali per sanare, in via extragiudiziale, la frattura tra le parti. L'affiancarsi del binomio conflitto-riparazione all'assioma reato-retribuzione e il conseguente ingresso accanto alla finalità retributiva e riabilitativa di quella riparativa, corrispondono, di fatto, ad una diversa concezione sanzionatoria che, abbandonati i rigidi canoni del diritto penale², accede alle opportunità di gestione privata dei conflitti ed alla prospettiva di soddisfare le esigenze della vittima, per i danni provocati dal delitto, attraverso azioni del reo dirette a reintegrare l'offesa patrimoniale e morale inferta con il proprio atto, secondo principi propri della c.d. *restorative justice*³, o "giustizia di prossimità"⁴, vicina alla vittima, all'autore dell'infrazione, alla comunità e antitetica alla giustizia "classica", distante e solenne, iconograficamente rappresentata con gli occhi bendati in segno di imparzialità.

Gli strumenti riparativi, svincolati dal rigore formale del processo e dalla logica retributiva ed ispirati ai valori della riconciliazione, consentono di affrontare i conflitti in modo più efficiente rispetto al tradizionale sistema penale, in chiave di complementarità e di integrazione, non "contro" l'apparato giudiziario ma "accanto".

Non sorprende che modelli e tipologie che consentono il compenetramento della sfera pubblica con la privata e che enfatizzano il ruolo della risoluzione consensuale si siano diffusi più facilmente nei sistemi di *common law*, nel cui ambito si tende a

concepire il processo penale come scontro tra due contendenti finalizzato alla risoluzione del conflitto, con la conseguente riduzione del coinvolgimento del giudice⁵.

E così, non a caso, il paradigma riparativo viene forgiato nell'ordinamento angloamericano, trovandovi ampi spazi e molteplici modalità di applicazione. Significativi modelli non giurisdizionali di gestione delle controversie sono stati messi in campo negli Stati Uniti, ove, nel corso degli anni sessanta, si assiste all'introduzione dell'*alternative dispute resolution*, riguardante il contenzioso civile, e, a distanza di un decennio, dei *victim offender reconciliator programs*, che si collocano nell'alveo dei movimenti a favore delle vittime, con l'obiettivo minimo ma immediato di offrire alle stesse la riparazione concreta del danno derivante dal reato.

Invece, nell'Europa continentale soltanto nell'ultimo ventennio iniziano a far breccia pratiche riconciliative complementari al modello meramente repressivo, inoltre nella mappa giuridica europea la circolazione del nuovo principio si restringe fondamentalmente alla mediazione⁶.

Particolare ritrosia e scetticismo verso la concreta portata degli strumenti riparativi emerge dalla verifica degli esigui spazi di operatività ad essi riservati nel nostro Paese, posto che il quadro legislativo d'assieme denota come le potenzialità insite in pratiche conciliative o mediatriche, che affianchino il sistema sanzionatorio, risultino ancora sostanzialmente inesplorate⁷. Infatti, l'attuale strutturazione della giustizia penale italiana prevede l'esperibilità di procedure riparative esclusivamente nella fase dell'esecuzione, nell'ambito della giustizia penale minorile e della giurisdizione del giudice di pace; peraltro, pur nel prevalente disfavore, nel dibattito della dottrina processualpenalistica comincia a farsi strada l'idea che forme e tecniche di riconciliazione ispirate al paradigma riparativo siano «strumenti di intervento promettenti, più che il processo penale tradizionale»⁸.

¹ Wright, *Justice for Victims and Offender: A Restorative Response to Crime*, Waterside Press, Winchester, 1996, 112.

² Il conflitto nascente dal reato può trovare esaustiva soddisfazione anche al di fuori della pena, in corrispondenza di violazioni a cui poter riparare attraverso una soluzione condivisa, che superi l'ordine imposto dall'alto per arrivare ad un ordine negoziato; sul punto cfr. Ceretti, *Mediazione e giustizia penale. Incontrare una norma*, Studi in ricordo di Pisapia, Milano, 2000, 742; Mannozi, *La giustizia ripartiva: percorsi evolutivi, culturali, giuridici e sociali*, Palazzo-Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 35 ss.

³ Al riguardo nell'amplessissima letteratura, v. Ceretti-Di Cio-Mannozi, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001; Marshall, *The evolution of restorative justice in Britain*, *European journal on criminal policy on research*, IV, 1996, 21-43; Mazzuccato, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di giustizia ripartiva tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, Picotti-Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002; Wright, *Justice for Victims and Offender: A Restorative Response to Crime*, cit.

⁴ La felice definizione sta ad indicare prossimità affettiva, in quanto la pace sociale lesa si ricostruisce dalla base, prossimità temporale e territoriale, in quanto vicina nel tempo e nel territorio all'episodio criminoso; in merito v. Bonafè Schmitt, *La mediazione: une justice douce*, Paris, 1992.

⁵ Cfr. Damaška, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 160 ss.

⁶ Per un sistematico quadro generale, cfr. *Mapping Restorative Justice: Developments in 25 European Countries*, edited by David Miers and Jolien Willemsens for the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven, 2004.

⁷ Sul punto, v. Daraio, *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, *Dir. pen. proc.*, 3, 2013, 362 ss..

⁸ Così, Fiandaca, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, cit., 105. In relazione a questi aspetti si rinvia anche a Orlandi, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, *Riv. dir. processuale pen.*, 2006, 1171 ss.;

Su questo «ripensamento circa il significato e gli scopi della punizione nel diritto penale contemporaneo»⁹ non lieve influsso è esercitato dalla crisi di efficienza della giustizia nel suo complesso, provocata dalla lunghezza dei processi, dall'eccessivo carico giudiziario, dall'ipertrofia del sistema penale conseguente ad una proliferazione delle fattispecie criminose e, non ultimo, dal sovraffollamento delle carceri, tutti elementi che, unitamente all'esigenza di assicurare la tutela della vittima, suggeriscono la ricerca di soluzioni, dosate sull'intensità del conflitto, atte a rispondere in termini adeguati al danno cagionato dal reato, evitando, laddove possibile, il processo¹⁰. Certamente, all'interno del sistema giuridico, la mediazione «non è da considerarsi come un surrogato del processo legale»¹¹, può però sostituirlo laddove forme soddisfattive dei conflitti rispondano meglio della «punizione del colpevole». Il problema di fondo è che la definizione consensuale del conflitto, attraverso la riparazione del danno e la responsabilizzazione del reo, ossia attraverso forme di composizione (anziché di decisione) nelle quali il dialogo e il consenso prendono il posto del *dictum* del giudice, produce rilevanti effetti sulla vicenda giudiziaria. Non a caso, nei documenti internazionali¹² si rinviene una dettagliata previsione dell'estensione dei diritti e delle garanzie di un giusto processo anche nello svolgimento delle procedure riparative e si assicura la necessaria tutela alla presunzione di innocenza. Infatti, il riconoscimento da parte del reo della propria condotta non deve essere usato come prova di ammissione di colpevolezza: la presunzione di innocenza non può essere compromessa dalle dichiarazioni dell'autore

del fatto che accede alla mediazione¹³, la cui mancata riuscita non comporterà alcuna conseguenza negativa nel procedimento penale poiché niente di quanto avvenuto durante gli incontri potrà essere comunicato all'autorità giudiziaria, salvo l'esito finale; mentre dall'ipotesi di conclusione positiva della mediazione, deriverà la preclusione di un nuovo giudizio nei confronti del medesimo soggetto per i medesimi fatti¹⁴.

IL RUOLO DEL MEDIATORE NELLE CARTE INTERNAZIONALI

Puntando l'obiettivo sul tenore letterale degli atti sovranazionali, si osserva una definizione «procedurale» piuttosto che «categoriale» della mediazione penale, non si enuncia cosa essa sia ma come si svolge. L'accento è posto sulla dinamica dell'intervento, legata essenzialmente a due fattori: l'accordo delle parti contrapposte che accettano liberamente di tentare una risoluzione consensuale del conflitto e la partecipazione di un mediatore nel ruolo di «facilitatore», il quale, senza imporre loro alcuna volontà, li supporta nell'individuazione di una soluzione riparatrice¹⁵. Nel dualismo attivo vittima-autore questo soggetto terzo, indipendente e imparziale si pone in relazione con entrambi in modo neutrale ma non distaccato, mettendo in campo tecniche e competenze atte a restituire ai protagonisti del fatto illecito il potere, la responsabilità e l'impegno finalizzati a ristabilire un contatto corretto¹⁶.

Le linee guida raccomandate in materia, che trovano esplicita consacrazione sul finire degli anni novanta, vengono recepite dagli Stati con modalità e

Ubertis, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, 1321.

⁹ In tali termini, Fiandaca, *Gli obiettivi della giustizia*, cit., 97.

¹⁰ Certamente la giustizia riparativa non è in grado di sostituirsi alla giustizia penale, tuttavia il ricorso a tecniche extragiudiziali di riparazione e composizione del conflitto può essere proficuamente utilizzato tutte le volte in cui sia necessario principalmente riparare il danno alla vittima e l'applicazione della pena tradizionale appaia, in relazione al suo destinatario, inutile o addirittura controproducente. Nel nostro ordinamento, questa finalità è sottolineata nella Relazione di accompagnamento allo schema di d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace», Guida dir., 2000, 38 ss.. Circa «l'esaltazione» del ruolo conciliativo del giudice di pace, v. Marandola, *Il procedimento penale innanzi al giudice di pace*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII, Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, 2011, 188-189.

¹¹ Mannozi, *La giustizia riparativa*, cit., 36.

¹² La *Recommendation* n. 19/99, fornisce ai Paesi membri una serie di indicazioni riguardante le caratteristiche che i programmi di mediazione penale dovrebbero avere e gli aspetti generali degli stessi, quali la partecipazione spontanea, la riservatezza e le caratteristiche dell'accordo conciliativo, che deve essere ragionevole e proporzionato alla gravità del reato.

¹³ Estremamente vasta la letteratura in materia, tra tutti v. Fiorio, *La presunzione di non colpevolezza*, Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 119 ss.; Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

¹⁴ *Recommendation* n. 19/99, art. 17.

¹⁵ Uno degli aspetti fondamentali dei programmi di mediazione penale è la partecipazione spontanea, infatti, non è obbligatorio partecipare ad un'attività di mediazione, né proseguirla una volta iniziata poiché le parti possono interrompere il procedimento in qualsiasi momento (art. 1 *Racc.* n. 19/99). Il principio generale di partecipazione volontaria si basa sul presupposto che i partecipanti siano messi in condizione di dare un consenso consapevole, informato e spontaneo alla mediazione, a tal fine devono essere pienamente informati dei loro diritti, della natura del processo di mediazione e delle possibili conseguenze delle loro azioni (art. 10 *Racc.* n. 19/99) e non devono essere indotte a parteciparvi con mezzi subdoli (art. 11 *Racc.* n. 19/99). Per questo motivo, non è possibile fare mediazione se una delle due parti non ne comprende il significato (art. 13 *Racc.* n. 19/99).

¹⁶ Bonafè Schmitt Bouchard-Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005; Bouchard, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice*, *Questioni Giustizia*, Milano, 4, 1995, 894; Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000.

standard inevitabilmente diversi, in base alle regole proprie di ciascun sistema giudiziario¹⁷; di conseguenza, nel panorama legislativo ultranazionale si riscontra una pluralità di tecniche di intervento che si traduce, a sua volta, in molteplici varianti operative. Tuttavia il modello più diffuso è costituito dalla mediazione.

La *Raccomandazione n. 19/99* del Consiglio d'Europa, nel definirla come «procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore)»¹⁸, riconosce la centralità del ruolo di quest'ultimo per assicurare la qualità e l'efficacia delle procedure. Pochi anni dopo, nella *Decisione-quadro 2001/220/GAI*¹⁹, si afferma che la mediazione nelle cause penali è la ricerca prima o durante lo svolgimento del procedimento penale di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato con la mediazione di una persona competente²⁰. A sua volta, la *Risoluzione sulla Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia: nuove sfide nel XXI secolo (Assemblea generale delle Nazioni Unite – n. 55/59 del 04/12/2000)*, al cap. XV, sottolinea, accanto alla necessità di promuovere una cultura favorevole alla mediazione ed alla giustizia riparativa, l'esigenza di formare adeguatamente gli operatori che dovranno lavorare all'applicazione di dette politiche²¹.

Il percorso tracciato dagli organismi internazionali è orientato a sollecitare la ricerca di soluzioni alternative agli effetti generati dal fatto delittuoso, per promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo²². Muove in siffatta direzione

anche la recente *Risoluzione*²³, con la quale il Parlamento europeo chiede agli Stati di realizzare significativi progressi nel livello di tutela delle vittime in tutta l'Unione, in particolare nei processi penali, e di adottare misure atte ad assicurare alle stesse, qualora scelgano di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa, l'accesso a servizi sicuri e competenti. Il reato non viene più considerato soltanto offesa nei confronti dello Stato, «né solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime»²⁴, che rivestono un ruolo attivo nella gestione della controversia accedendo al percorso riconciliativo con l'autore, il quale, a sua volta, è indotto a prendere coscienza delle conseguenze della propria condotta deviante, «con l'aiuto di un terzo imparziale» che assiste le parti «nella risoluzione delle questioni derivanti dal reato»²⁵. In linea di continuità, il 25 ottobre 2012 nella *Direttiva 2012/29/UE*²⁶, adoperando la più ampia formula di «giustizia riparativa», in luogo di «mediazione» tra vittima ed autore del reato di cui all'art. 10 della *Decisione-quadro n. 220/2001*, si sollecita il ricorso a procedimenti che permettano alla vittima e all'autore di partecipare attivamente alla risoluzione del conflitto con l'aiuto di un terzo imparziale²⁷.

Il complesso delle disposizioni lascia emergere la significativa funzione che può svolgere il mediatore nell'attivare canali di comunicazioni, tra reo vittima e comunità: a lui è affidato il compito di spiegare i vantaggi derivanti dal dare il consenso all'intervento, il significato e le conseguenze giuridiche della mediazione nonché presentare il programma dell'accordo. Soggetto strategico e facilitatore delle procedure riparative, costituisce la chiave di volta per realizzare l'obiettivo di offrire risposte alterna-

¹⁷ Ma proprio il ricorso a principi direttivi consente di mettere in comunicazione i sistemi sanzionatori «la cui molteplicità viene rispettata ma al contempo ordinata, in una logica multidimensionale e combinatoria che ordina il molteplice senza sopprimerlo»; Delmas Marty, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, 226-227.

¹⁸ *Recommandation n. 19/99*, cit. «Les présentes lignes directrices s'appliquent à tout processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant du délit, avec l'aide d'un tiers indépendant (médiateur)».

¹⁹ Relativa alla posizione della vittima nel processo penale, adottata nell'ambito del c.d. «Terzo pilastro» dell'Unione europea, sulla scorta delle determinazioni assunte nel vertice di Tampere.

²⁰ La *Decisione-quadro n. 220/2001* impone agli Stati di promuovere la mediazione, per alcuni reati, nell'ambito dei procedimenti penali e di far sì che l'eventuale accordo tra la vittima ed il reo possa produrre effetti negli stessi procedimenti.

²¹ Nella sterminata letteratura internazionale, tra tutti, v. Pelikan, *Council of Europe Recommendation n. (99)19 concerning mediation in penal matters*, United Nations Crime Congress: Ancillary Meeting, Vienna, 2000, www.restorativejustice.org.

²² Per quanto concerne l'attenzione riservata nel nostro Paese

alla delicata tematica, v. Amodio, *Vittime del delitto e solidarietà sociale – Una proposta di politica legislativa*, Milano, 1975; Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, Picotti-Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 17 ss.; Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 1227 ss..

²³ *Risoluzione* del Parlamento europeo n. 0327, del 12 settembre 2012, concernente «Norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato».

²⁴ *Risoluzione n. 0327/2012*, cit.

²⁵ Art. 2 punto 3 *Risoluzione n. 0327/2012*, cit.

²⁶ «Che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», pubblicata in G.U.U.E. n. L 315 del 14 novembre 2012, 57.

²⁷ Confermando quanto già indicato nella *Risoluzione* del Parlamento europeo del 12 settembre 2012, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato (n. 0327/2012, cit.).

tive e/o complementari a situazioni problematiche, aiutando le due parti ad incontrarsi e, possibilmente, a concordare soluzioni accettate da entrambe.

IMPARZIALITÀ, INDIPENDENZA E TERZIETÀ DEL MEDIATORE

Deve ritenersi che, se ragione sufficiente della norma giuridica è la *ratio legis*²⁸, la ragione sufficiente della mediazione in ambito penale non può essere racchiusa esclusivamente in quella di modalità di risoluzione dei conflitti a causa dell'eterogeneità delle funzioni ad essa ascrivibili, a seconda che si abbia riguardo: alla complementarità rispetto al processo penale; alla tecnica di intervento; al compito di stabilizzazione sociale²⁹. Siffatta poliedricità si riflette sul ruolo del mediatore penale, che non può essere ricondotto a quello di semplice "pacificatore", stante la significativa influenza che egli esercita sulla trattativa vittima-reo e sulla possibilità di orientare il risultato. Nel promuovere l'attività riparatrice, egli deve saper affrontare sentimenti sociali contrapposti, interpersi tra coloro che ne sono direttamente portatori, risalire alla fonte di quei conflitti che creano un isolamento dei singoli nella propria versione dei fatti; partendo dal confronto tra i due protagonisti, deve riuscire ad innescare un processo di rielaborazione dei comportamenti³⁰, non fermandosi al concetto, stigmatizzante il sistema penale, del lecito e dell'illecito.

Una ricognizione comparata delle figure professionali previste nei diversi programmi di mediazione evidenzia la presenza di operatori, appositamente formati, soprattutto tra psicologi, educatori, avvocati, giudici onorari, assistenti sociali, insegnanti, criminologi. La scelta dell'uno o dell'altro professionista varia da Paese a Paese, ma, al di là delle singole soluzioni, emerge una costante: la posizione che il mediatore assume, all'interno di quel sistema di relazioni tra le parti che si viene a configurare una volta accettata la mediazione, separa nettamente la sua figura da quella del giudice.

²⁸ Tant'è che «*cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*». Sul tradizionale valore della formula, v. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 5.

²⁹ Cfr., Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 339-340.

³⁰ Per un approfondimento di queste tematiche, v. Brunelli, *La tecnica di mediazione*, Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998; Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996; Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 19-61; Gullotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico civile, penale, minorile*, Milano, 2000; Molinari-Amoroso (a cura di), *Criminalità minorile e mediazione: riflessioni pluridisciplinari, esperienze di mediazione e ricerche criminologiche sui minori*, Milano, 1998; Scaparro, *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001.

Il mediatore non ha autorità o potere da esercitare nell'ambito giudiziario, non si sostituisce in alcun modo a magistrati o ad avvocati, la sua attività è avulsa dall'accertamento del reato: è un soggetto estraneo alla scena processuale ed anzi è opportuno che egli non abbia instaurato rapporti professionali antecedenti con le parti medesime³¹.

Il discorso, a questo punto, rimanda all'esigenza di verificare la valenza delle caratteristiche che, sulla scorta dei principi enunciati nelle Carte sovranazionali, accedono alla sua funzione. Come innanzi accennato, la *Raccomandazione n. (99)19* del Consiglio d'Europa definisce il mediatore "terzo indipendente", mentre la *Risoluzione n. (2012) 0327* prevede l'aiuto di un soggetto "terzo imparziale" per supportare le parti nel percorso riconciliativo. Ma, stante la specificità delle funzioni, le locuzioni indipendenza, imparzialità e terzietà a lui riferite assumono un valore ben diverso rispetto alle medesime espressioni ricorrenti nella giurisdizione penale. All'omologia definitoria delle formule non corrisponde identità di significato.

Nell'ambito del processo penale terzietà ed imparzialità stanno a significare che il giudice deve essere al di sopra delle parti, in condizioni di estraneità e di equidistanza dagli interessi in giuoco, il giudice imparziale decide *audita et altera parte*; «giudica, cioè, anche quale terzo estraneo chiamato a dirimere la "lite" dopo aver raccolto le ragioni delle parti»³² sulla base di prove legittimamente acquisite, senza essere influenzato da alcun *pre-iudicium*, da alcun preconvincimento. A sua volta, l'indipendenza si ricollega alla soggezione del giudice soltanto alla legge, poiché il suo agire è sottratto alle interferenze del potere politico.

Ma il mediatore non giudica e non impone decisioni. È soggetto attivo coinvolto nell'intera procedura, protagonista, non meno delle parti in conflitto, quanto alla scelta del percorso e delle strategie: interviene a definire il terreno su cui, di volta in volta, far confrontare i contendenti e non appare affatto estraneo all'una e all'altra parte, anzi partecipa fattivamente alla gestione del problema. Inoltre, conduce il processo di mediazione e non assiste come "tabula rasa", poiché, prima di cominciare ad occuparsi del caso, deve essere informato di tutti i fatti pertinenti e ricevere tutti i documenti necessari alla valutazione dello stesso³³.

³¹ In termini, v. Daraio, *Il "principio riparativo"*, cit., 367; Orlandi, *La mediazione penale*, cit., 1183.

³² Così, Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 628-629.

³³ *Raccomandazione n. 19/99 – V. Traitement des affaires individuelles – 25. Avant de commencer à s'occuper d'une affaire, le mé-*

Pertanto, appare difficile guardare a lui come a un arbitro imparziale tra i contendenti o uno spettatore neutrale che osserva dall'esterno la situazione, salvo intendere la neutralità come comportamento equamente finalizzato a far collaborare le parti.

La terzietà del mediatore va intesa sia rispetto al procedimento giudiziario, nell'ambito del quale si innesta l'attività di mediazione, sia «come estraneità rispetto alle istituzioni, soprattutto se addette al controllo sociale»³⁴. L'imparzialità, a lui riferita, sta ad indicare che egli nel conflitto tra le parti non si schiera, non prende posizione a favore dell'una o dell'altra, è imparziale rispetto alle persone, non rispetto alla comunicazione/relazione tra le parti che deve saper gestire; è imparziale dinanzi alle scelte che le parti ragionevolmente negoziano, non dinanzi alla ragionevolezza che, anzi, deve esigere dalle parti in campo³⁵. Ma lungi dall'essere equidistante, il mediatore si trova piuttosto in una condizione di equivocanza, di equiprossimità ad entrambi i protagonisti durante l'intero percorso riconciliativo, pur rimanendo obiettivo ed equo, non è "distaccato" ma capace di comprendere le ragioni dei mediati; è in ugual maniera vicino ai confliggenti. Quanto all'indipendenza è da collegare all'assenza di pregiudizi e/o di condizionamenti nei rapporti con le istituzioni giudiziarie, nei cui confronti sussistere solo un vincolo di collaborazione funzionale e non di subordinazione gerarchica.

FUNZIONI E FORMAZIONE DEL MEDIATORE

A questo soggetto, terzo imparziale ed indipendente nel senso innanzi evidenziato, è affidato il compito di creare le condizioni affinché le parti, che hanno accettato di entrare in mediazione, all'interno di uno "spazio di regolazione" siano indotte ad esprimere le loro posizioni e a negoziare, per ristabilire il dialogo e trovare le basi per una pacificazione³⁶. Tale confronto dialogico è produttivo allorché il mediatore riesce ad individuare le cause che con-

trappengono i due confliggenti e a sviluppare una comunicazione tra loro, badando a non creare delle disparità nelle rispettive posizioni, disparità che inevitabilmente esiste, per l'asimmetria insita nella dicotomia reo-vittima, ma che non può essere accentuata.

Premesso che in forza del principio di libera partecipazione è facoltativo entrare in mediazione, come lo è proseguire la trattativa iniziata che le parti possono interrompere in qualsiasi momento, proprio il lavoro del mediatore sul processo di trasformazione e di riavvicinamento dei protagonisti può far evolvere in senso favorevole l'esito finale. La buona riuscita del confronto ed il raggiungimento dell'obiettivo finale della riconciliazione dipendono, in larga parte, dal lavoro preparatorio da lui svolto; attraverso assunzione di informazioni sul caso e colloqui individuali con ciascuna delle parti in conflitto deve saper costruire un clima di collaborazione e di fiducia, soprattutto per superare la comprensibile avversione della vittima ad incontrare l'autore del reato³⁷.

Sotteso a questo modello "negoziale" vi è il superamento della concezione del reato (e del conseguente corollario di sanzioni penali ed effetti accessori)³⁸ come mera violazione di una norma giuridica e l'accoglimento di una visione allargata del fatto criminoso. È un nuovo approccio in cui si tiene conto delle possibili, molteplici, manifestazioni dell'offesa e dei soggetti che risentono negativamente del fatto criminoso, si tiene conto, in sintesi, della violazione dei rapporti interpersonali attinti dalla vicenda che involge interessi morali e stati emotivi. Il reato non si esaurisce in una condotta che provoca una frattura dell'ordine imposto dal diritto e che richiede una giusta pena, ma diventa espressione di una realtà molto più complessa³⁹.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si comprende la ragione del lungo percorso di formazione teorico-pratica richiesto per svolgere il ruolo di mediatore, che non soltanto deve possedere una specifica competenza nella gestione delle dinamiche

diateur devrait être informé de tous les faits pertinents et recevoir des autorités judiciaires compétentes tous les documents nécessaires.

³⁴ Cfr. Patanè, *Mediazione penale*, cit., 583; la quale, peraltro, ritiene che il requisito di terzietà implichi, comunque, il rispetto di un'istanza di neutralità, in termini di estraneità del mediatore rispetto al caso trattato.

³⁵ Sul punto, ampiamente, v. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, cit.

³⁶ Il mediatore chiede anche in che modo il reo possa impegnarsi nei confronti della vittima: si tratta di un processo di negoziazione dove la vittima può esplicitare anche che cosa gli piacerebbe ricevere dall'autore di reato come forma di risarcimento del danno subito; v. Ponti, *Tutela della vittima e mediazione penale, Collana di psicologia giuridica e criminale*, Milano, 1995, 76 ss.

³⁷ In argomento v., Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 138 ss., e la bibliografia ivi riportata.

³⁸ Più si estende il ricorso allo strumento penale per la regolamentazione delle condotte umane e più si rischia di squilibrare il sistema nel suo complesso, impedendo così, per l'eccessivo carico che ne deriva, che alle astratte previsioni faccia da riscontro la concreta esecuzione della pena. Per un compiuta disamina del tema si rinvia a Mantovani, *Il vero diritto penale minimo: la riduzione della criminalità?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005; Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.

³⁹ Zehr, *Changing lenses*, Scottdale, 1990; individua un mutamento del paradigma retributivo che guarda al crimine come a una violazione delle leggi dello Stato e alla giustizia come distribuzione di vergogna e punizione.

conflittuali, ma deve essere in grado di comprendere le implicazioni giuridiche della singola controversia.

L'esigenza è avvertita su scala internazionale, tant'è che il Consiglio d'Europa mette in opera un attento e continuo lavoro di raccordo, di valutazione e di verifica per favorire uniformità di applicazione ed uguale fruibilità dei servizi e dei programmi di giustizia riparativa nei diversi Paesi. Della complessa funzione e degli effetti che l'attività di mediazione può produrre, in relazione alla vittima, all'autore di reato ed al sistema sociale, si tiene chiaramente conto, nella *Raccomandazione n. (99)19*, sia laddove si prevede una formazione iniziale di base, prima di assumere le funzioni, e una formazione *in itinere*, sia nei reiterati riferimenti ad uno "standard di competenze" e a procedure per la selezione, la formazione e la valutazione dei mediatori. Articolata in un percorso continuo, la formazione tende a «fornire l'acquisizione di un alto livello di competenza che tenga presente le capacità di risoluzione del conflitto, i requisiti specifici per lavorare con le vittime e gli autori di reato, nonché una conoscenza base del sistema penale»⁴⁰. Nell'ottica di una strategia globale di approccio al caso concreto, viene dato rilievo anche al contesto ambientale ove si è generato il conflitto, prevedendosi che i mediatori dovrebbero essere reperiti in tutte le aree sociali e possedere una buona conoscenza delle culture locali e della comunità. L'ideale sarebbe riuscire ad elaborare *standard* formativi generali, finalizzati ad una formazione multidisciplinare, capaci di assicurare la costruzione di un'identità tecnica di elevato livello e professionalità, lontana da condizionamenti relativi a contingenti esigenze di reazione sociale in risposta a episodi criminosi.

Particolare attenzione alla formazione e alla qualità degli operatori si rinviene, altresì, nella *Risoluzione 2012/0327*: gli Stati membri provvedono a che i funzionari suscettibili di entrare in contatto con la vittima, quali gli agenti di polizia e il personale giudiziario ricevano una formazione sia generale che specialistica, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime, che li sensibilizzi maggiormente alle esigenze di queste e dia loro gli strumenti per trattarle in modo imparziale, rispettoso e professionale⁴¹.

È di tutta evidenza, a tal punto, che, per assicurare la qualità della mediazione penale, gli Stati membri dovrebbero definire di concerto il contenuto di

alcune delle loro norme specialistiche, così da armonizzare le procedure di formazione nell'ambito delle pratiche riparatorie⁴², del pari sarebbe auspicabile formalizzare i comportamenti in un codice etico di condotta per i mediatori, paragonabile al codice europeo già disponibile nei settori civile e commerciale⁴³.

QUALCHE SPUNTO SU PRASSI ATTUALI E PROSPETTIVE

La contestuale esplosione di procedure riparative nel mondo giuridico sono il segnale di una ricerca comune di modi di gestione dei conflitti meno repressivi e burocratici. Gli sforzi generalizzati verso l'elaborazione di modelli alternativi evidenziano un mutamento dell'ottica punitiva/retributiva: non è più accettato come assioma indefettibile il paradigma reato-pena, ma si riconosce che la lesione nascente dal reato può essere ristorata, anche senza ricorrere all'arsenale sanzionatorio statale, attraverso modalità di intervento finalizzate alla riparazione e alla riconciliazione tra le parti. La diffusione di queste prassi risponde all'esigenza deflattiva e alla necessità di fronteggiare la crisi della giustizia, ma, al contempo, si inserisce nella traiettoria di una profonda trasformazione dei rapporti Stato-cittadino, fondata sulla "deformalizzazione" del diritto in favore della mediazione fra vittima e autore del reato.

Certamente, gli interrogativi sulla funzione e sui limiti della mediazione sono perduranti, ancora incerta è la sua collocazione rispetto alla giustizia ordinaria, che (come si ricava dal preambolo della *Raccomandazione n. 19/99*) si può configurare in termini di complementarità o di alternatività⁴⁴ in base a scelte discrezionali che ciascuno Stato può effettuare, decidendo di implementare più o meno l'ambito operativo dell'istituto⁴⁵. Né può sottacersi

⁴² L'opportunità di linee guida e regole di conduzione dei programmi condivise sono enunciate agli artt. 20, 33 e 34, *Racc.* n. 19/99.

⁴³ Il codice, composto da quattro articoli che sanciscono alcuni principi di carattere deontologico, è stato presentato a Bruxelles il 2 luglio del 2004. Non ha "natura istituzionale" in senso tecnico, nella misura in cui la relativa redazione, seppure incoraggiata dalla Commissione, è avvenuta ad opera di un gruppo di soggetti interessati, il codice non intende interferire con le legislazioni degli Stati membri, ma è stato concepito come un modello base, che gli enti e gli organismi interessati possono integrare.

⁴⁴ In applicazione dell'art. 15.b dello Statuto del Consiglio d'Europa: «Notant que les Etats membres tendent de plus en plus à recourir à la médiation en matière pénale, une option souple, axée sur le règlement du problème et l'implication des parties, en complément ou en tant qu'alternative à la procédure pénale traditionnelle».

⁴⁵ La scelta dipende, in larga parte, dal canone dell'obbligatorietà o della discrezionalità dell'azione penale. Sulla compa-

⁴⁰ *Raccomandazione n. 19/99 V. 2. Qualification et formation des médiateurs*, punti 22-24.

⁴¹ Capo V – Formazione degli operatori.

che ai vantaggi di questa giustizia si possa associare, come paventato⁴⁶, il rischio che potenti *lobby* riescano a trasformare i meccanismi di *alternative dispute resolution* in un sistema di “giustizia privata” gestito dai loro tecnici e professionisti, atto favorire gli interessi di banche, assicurazioni e *corporation* rispetto alle parti più deboli.

Ciò nonostante, è innegabile che l'Europa persegua la strada delle soluzioni alternative, l'ultima conferma proviene dal *Rapporto 2012* della CEPEJ, «*Sull'efficienza e la qualità della giustizia*», ove si evidenzia che in ventinove stati della Comunità vengono applicate forme, più o meno ampie, di mediazione penale⁴⁷. Si assiste ad un diffuso arretramento della frontiera tra pubblico e privato a favore di meccanismi alternativi, il cui dosaggio normativo, all'interno dei sistemi giudiziari, è rimesso alla discrezionalità dei singoli Paesi, che possono applicarlo, a loro scelta, in “dosi omeopatiche” o in maniera più ampia.

Di conseguenza, le prassi mediatricie sono diverse in ciascun ordinamento e le differenziate realtà

tibilità con il nostro sistema, per tutti v. Galantini, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, AA.VV., *Verso una giustizia*, cit., 238-23; Patanè, *La mediazione*, cit., 575. Del resto, come ribadito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale già nella sentenza del 28 gennaio 1991, n. 88, l'obbligatorietà dell'azione penale trova un limite implicito nell'oggettiva superfluità del processo.

⁴⁶ Si vedano le considerazioni di Mattei-Nader-Plunder, *Wen the rule of law is illegal*, Oxford – Victoria, 2008; riprese da Manozzi, *La giustizia riparativa*, cit., 53.

⁴⁷ Cfr., *Les études de la CEPEJ*, n. 18, *Systèmes judiciaires européens*, 6, 137-150.

danno vita ad un eterogeneo universo nel quale è difficile configurare un modello generale da considerarsi paradigmatico, ma dal quadro complessivo emerge che, qualsiasi strada venga percorsa, il ruolo del mediatore rappresenta l'elemento eliocentrico intorno al quale ruota il raggiungimento della finalità riconciliativa. Infatti, nella variegata realtà dei programmi di mediazione⁴⁸, si individua un minimo comun denominatore: il coinvolgimento diretto della persona offesa e del reo alla presenza di un soggetto indipendente e neutrale, deputato a temperare e guidare il confronto senza imporre loro alcuna decisione, ma supportandoli nel complesso percorso verso la riconciliazione.

Spetta al mediatore promuovere la ricomposizione dei rapporti intersoggettivi, innescando un virtuoso processo di responsabilizzazione nel reo, che lo porti ad esprimere il pentimento e il desiderio di riparare al danno, e di rielaborazione delle emozioni nella vittima; il mutato atteggiamento di quest'ultima, e di riflesso della società, circa la futura condotta del reo, può condurre alla riconciliazione e alla ricomposizione della lacerazione sociale provocata dal delitto, contribuendo al senso di sicurezza collettiva.

⁴⁸ I programmi riparativi, a loro volta, conoscono numerose varianti applicative. Possono avere come destinatari specifici imputati minorenni nel qual caso prevale la componente rieducativa, oppure possono essere indirizzati ad autori dei reati adulti e in tal caso prevale la componente riparativa, altri ancora possono essere distinti in base al tipo e alla gravità del reato su cui sono destinati ad intervenire.

PIERLUIGI SIMONE*

Ricercatore di Diritto internazionale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle “sentenze pilota”

Decisions of the European Court of Human Rights and national legal system: The effects of “pilot judgments”

Nel risolvere specifiche controversie relative a casi concreti, la Corte europea dei diritti dell'uomo si preoccupa sempre più spesso di valutare le violazioni associate a problemi sistematici e strutturali dell'ordinamento giuridico nazionale degli Stati contraenti la Cedu grazie alla istituzionalizzazione della procedura di “sentenza pilota”, con la quale si delinea una evoluzione che mira a valorizzare una sorta di funzione paracostituzionale della Corte nella garanzia del rispetto delle norme. Affrontando il tema dell'applicazione delle sentenze che richiedono l'adozione di misure di carattere generale, l'Autore tenta di chiarire, alla luce della giurisprudenza più significativa, quali siano gli effetti prodotti dalle “sentenze pilota” nell'ordinamento italiano attraverso l'esame del ruolo svolto dal giudice ordinario e dal giudice costituzionale nell'esecuzione di tali decisioni.

Called upon to resolve disputes relating to specific cases, the European Court of Human Rights is more often concerned in evaluating the violations associated with structural and systematic problems of the national legal systems of ECHR Contracting States thanks to the institutionalisation of the “pilot judgment” procedure. This evolution aims to valorize a kind of paraconstitutional function of the Court in guaranteeing compliance with legal rules. This paper focuses on the application in Italy of judgments requiring the adoption of measures of a general character. In the light of the more significant jurisprudence, the Author tries to clarify the effects produced by the European Court of Human Rights “pilot judgments” in the Italian system, by examining the role of the common and the constitutional judge in the execution of such decisions.

NOTE INTRODUTTIVE

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 sotto l'egida del Consiglio d'Europa (d'ora in avanti, denominata anche

“Cedu”)¹, viene interpretata e applicata dalla Corte

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

¹ Se ne legga il testo in lingua italiana, integrato dai Protocolli addizionali adottati tra il 1952 e il 2004, in Consiglio d'Europa,

istituita dalla Convenzione stessa, competente ai sensi del suo art. 32, par. 1², mediante l'emanazione di una variegata tipologia di provvedimenti³ e in modo tale da rendere effettive le garanzie apprestate, nel rispetto di canoni ermeneutici che tengono conto dei contesti culturali, politici, sociali ed economici dei diversi Stati contraenti⁴. Da circa un decennio, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, finalizzata in origine a risolvere specifiche controversie relative a casi concreti, appare nondimeno nettamente orientata a valorizzare

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Strasburgo, 2010, 1 ss. nonché sul sito www.conventions.coe.int.

² Cfr. su di esso Randazzo, sub art. 32, Bartole – De Sena – Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 606 ss.

³ I provvedimenti più rilevanti adottati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sono le sentenze di accertamento, con le quali essa si pronuncia sull'esistenza o meno di una violazione della Convenzione del 1950, e le sentenze sulle conseguenze della violazione accertata, con cui viene decisa l'equa soddisfazione da accordare all'individuo leso e vengono indicate quali ulteriori misure debbano essere adottate dallo Stato responsabile. Nella prassi, oltre alle "sentenze pilota", si rinviengono altresì le sentenze interpretative (art. 79 del regolamento della Corte), con le quali si precisano il senso e la portata sia di sentenze di accertamento sia di sentenze sulle conseguenze della violazione accertata; le pronunce di radiazione dal ruolo (artt. 37 e 39 Cedu), che possono essere adottate (in veste di sentenza o di ordinanza) in qualsiasi fase del procedimento; le sentenze di riesame (art. 43 Cedu), emesse dalla Grande Camera della Corte qualora le vengano sottoposte sentenze emanate da una Camera; e le sentenze sull'esecuzione (art. 46, par. 4, Cedu), per accertare cioè se uno Stato si sia conformato o meno a una sentenza precedente.

⁴ La Convenzione di Roma è prima di tutto un meccanismo di difesa dei diritti umani; deve dunque essere interpretata e applicata in modo da non rendere teorico e illusorio il proprio contenuto. Per questa ragione, la Corte ha escluso di poter interpretare la Convenzione in senso restrittivo, come la natura patetica di questa avrebbe magari richiesto (Randazzo, sub art. 32, cit., 616). Sui criteri interpretativi utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo v. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievement, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, 195 ss. e Harris – O'Boyle – Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, II, Oxford, New York, 2009, 5 ss. Cfr. inoltre, tra le tante, Corte e.d.u., 21 febbraio 1975, n. 4451/70, *Golder c. Regno Unito*, par. 29; 25 aprile 1978, n. 5856/72, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 31; 13 giugno 1979, n. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, par. 20 e 41; 30 luglio 1998, n. 25357/94, *Aerts c. Belgio*, par. 42; 26 ottobre 2000, n. 30210/96, *Kudla c. Polonia*, par. 151 e 152; 21 novembre 2001, n. 35763/97, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par. 55 e 60; 8 luglio 2004, n. 53924/00, *Vo c. Francia*, par. 75; 4 febbraio 2005, nn. 46827/99 e 46951/99, *Mamatkoulou e Askarov c. Turchia*, par. 49-53, 100 e 101; 30 giugno 2005, n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, par. 150; 13 dicembre 2005, n. 15250/02, *Bekos e Koutropoulos c. Grecia*, par. 33-36; 11 gennaio 2006, nn. 52562/99 e 52620/99, *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca*, par. 33-38; 12 aprile 2006, nn. 65731/01 e 65900/01, *Stec e altri c. Regno Unito*, par. 48; 11 gennaio 2007, nn. 55066/00 e 55638/00, *Partito conservatore russo degli imprenditori e altri c. Russia*, par. 70-73; 29 giugno 2007, n. 15472/02, *Folgerø e altri c. Norvegia*, par. 84; 29 gennaio 2008, n. 13229/03, *Saadi c. Regno Unito*, par. 61-63; 12 novembre 2008, n. 34503/97, *Demir e Baykara c. Turchia*, par. 65-86 e 121; 17 maggio 2010, n. 36376/04, *Kononov c. Lettonia*, par. 186; 24 giugno 2010, n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 57.

una sorta di funzione paracostituzionale di tutela dell'interesse comune al rispetto del diritto oggettivo⁵. Sempre più spesso, infatti, nel rilevare una divergenza esistente tra situazioni interne di portata generale e norme della Cedu, essa fornisce allo Stato responsabile indicazioni sui rimedi da adottare per rimuovere il contrasto. Le violazioni associate a problemi sistematici e strutturali dell'ordinamento giuridico nazionale danno luogo, in altri termini, alla procedura c.d. di "sentenza pilota", per mezzo della quale si intende aiutare gli Stati membri a risolvere a livello interno le patologie rilevate, così da riconoscere alle persone interessate che versino nella stessa condizione della persona la cui vicenda è stata espressamente esaminata, i diritti e le libertà stabiliti dalla Convenzione, offrendo loro la riparazione più rapida e alleggerendo di conseguenza il carico di lavoro della Corte medesima.

La tecnica della "sentenza pilota" è stata di recente, e per la prima volta, presa in considerazione dalla nostra Corte costituzionale nell'ambito di due pronunce di sicuro rilievo per il processo penale: la sentenza 18 luglio 2013, n. 210⁶, che ha dichiarato, su istanza delle Sezioni Unite penali della Corte Suprema di Cassazione, la illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo connesso all'art. 7 Cedu, dell'art. 7, comma 1, d.l. 24 novembre 2000, n. 341 concernente «*Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia*», convertito, con modificazioni, dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4⁷, nella parte in cui tale norma, operando retroattivamente, incideva sulla posizione di coloro i quali, pur avendo presentato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della l. 16 dicembre 1999, n. 479⁸, erano stati giudicati in un momento successivo, a far data dall'entrata in vigore del citato d.l. n. 341 del

⁵ V. in argomento, tra gli altri, Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *Human Rights Law Rev.*, 2009, 397 ss. e Stone Sweet, *Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une Cour constitutionnelle*, *Rev. trim. dr. homme*, 2009, 923 ss.

⁶ V. G.U., 1^a Serie Speciale-Corte costituzionale, n. 30 del 24 luglio 2013, 86 ss.

⁷ In merito al d.l. n. 341 del 2000 e alla l. n. 4 del 2001, v. rispettivamente G.U. n. 275 del 24 novembre 2000, 37 ss. e n. 16 del 20 gennaio 2001, 4 ss.

⁸ L. 16 dicembre 1999, n. 479, «*Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense*», G.U. n. 296 del 18 dicembre 1999, 2 ss.

2000, con conseguente applicabilità del trattamento sanzionatorio più sfavorevole sancito da questo atto; e la sentenza 22 novembre 2013, n. 279⁹, che ha ritenuto inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Venezia e dal Tribunale di sorveglianza di Milano riguardo agli artt. 2, 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 Cedu, nella parte in cui l'art. 147 non prevede, oltre ai casi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità¹⁰.

Nonostante la Consulta sia poi giunta a soluzioni divergenti¹¹, le ordinanze di rimessione hanno motivato le contrarietà con l'art. 117, comma 1, Cost. muovendo tutte dal presupposto per cui a fattispecie come quelle dedotte in giudizio dovessero applicarsi principi enunciati in sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Scoppola c. Italia* e *Torreggiani e altri c. Italia*, entrambe dotate dei connotati propri di una "sentenza pilota") recanti le medesime caratteristiche dei casi discussi in via principale, senza che occorresse per gli stessi una specifica pronuncia dei giudici di Strasburgo. La sentenza *Scoppola*, emessa il 17 settembre 2009¹², evidenzia infatti, «... l'esisten-

za, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale dovuto alla non conformità rispetto alla CEDU dell'art. 7 del decreto-legge n. 341 del 2000, nella interpretazione datane dalla giurisprudenza interna», e dunque «... eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, "devono ... essere rimossi anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo ..."»¹³. Lo stesso vale per la sentenza *Torreggiani* dell'8 gennaio 2013¹⁴, laddove alcuni detenuti avevano lamentato di essere stati sottoposti a un trattamento inumano e degradante per il sovraffollamento e per altre carenze rimarchevoli delle celle nelle quali erano stati costretti a vivere, essendo la violazione del diritto di beneficiare di condizioni detentive adeguate intimamente collegata al malfunzionamento cronico del sistema penitenziario italiano «... che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone»¹⁵.

L'emanazione ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo di sentenze richiedenti l'adozione di misure a portata generale e la necessità di trasportarle negli ordinamenti interni degli Stati membri, affinché vengano assicurati il rispetto degli obblighi posti dalla Convenzione di Roma e la prevenzione di violazioni ulteriori, pongono evidentemente problemi giuridici maggiori e più difficili di quelli derivanti dall'esecuzione di sentenze che si limitano, viceversa, a riconoscere la corresponsione di un'equa soddisfazione monetaria a beneficio dei ricorrenti *ex*

⁹ V. G.U., 1^a Serie Speciale-Corte costituzionale, n. 48 del 27 novembre 2013, 54 ss.

¹⁰ L'art. 147 c.p., come modificato dall'art. 1, commi 2-4, l. 8 marzo 2001, n. 40, afferma che «L'esecuzione di una pena può essere differita: 1) se è presentata domanda di grazia, e l'esecuzione della pena non deve esser differita a norma dell'articolo precedente; 2) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica; 3) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni. Nel caso indicato nel n. 1, l'esecuzione della pena non può essere differita per un periodo superiore complessivamente a sei mesi, a decorrere dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, anche se la domanda di grazia è successivamente rinnovata. Nel caso indicato nel n. 3 del primo comma il provvedimento è revocato, qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla potestà sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri che alla madre. Il provvedimento di cui al primo comma non può essere adottato o, se adottato, è revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti».

¹¹ Con la sent. n. 279 del 2013, la Corte costituzionale ha in effetti respinto le questioni sollevate dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano a causa della pluralità di possibili configurazioni dello strumento normativo occorrente per impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità (mero rinvio dell'esecuzione della pena o altri rimedi preventivi modellati sulle misure previste dagli artt. 47 ss. ord. penit.) e dell'obbligo di rispettare «... la priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario ...» (cfr. C. cost., 14 febbraio 2013, n. 23).

¹² Corte e.d.u., 17 settembre 2009, n. 10249/03, *Scoppola c. Italia* (n. 2).

¹³ V. C. cost., sent. n. 210 del 2013, punto 1 del "Ritenuto in fatto". C. cost., ord. 23 luglio 2013, n. 235, ha peraltro dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *ter* d.l. 7 aprile 2000, n. 82 («Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato»), convertito, con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2000, n. 144, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 Cedu, dal Tribunale di Lecce. La fattispecie oggetto del procedimento principale, sebbene l'istante assumesse di avere diritto alla sostituzione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno con quella di trenta anni di reclusione sulla base dei principi affermati nella sent. *Scoppola c. Italia*, non riproponeva infatti la situazione valutata dalla medesima sent. *Scoppola*, differenziandosene al contrario sotto un profilo fondamentale, in quanto l'imputato non era mai stato ammesso al giudizio abbreviato.

¹⁴ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*. V. su di essa Greco, *Il sovraffollamento delle carceri italiane come trattamento inumano e degradante: la sentenza "pilota" nel caso Torreggiani*, *Dir. uomo*, 2013, 50 ss.

¹⁵ C. cost., sent. n. 279 del 2013, punto 1 del "Considerato in diritto".

art. 41 Cedu¹⁶ o a richiedere l'adozione di provvedimenti individuali per il ripristino dello *status quo* preesistente all'illecito. Nelle pagine che seguono, premesso un breve inquadramento sulla procedura di "sentenza pilota", ci si soffermerà in particolare sul ruolo svolto in Italia dal giudice ordinario e dal giudice costituzionale nell'attuazione delle pronunce della Corte di Strasburgo, ivi comprese quelle qui oggetto di attenzione.

LA PROCEDURA DI "SENTENZA PILOTA"

La procedura di "sentenza pilota" (*pilot-judgment procedure* o *procédure de l'arrêt pilote*) testimonia in modo manifesto e palpabile il superamento della funzione di "giustizia del caso concreto" tradizionalmente assolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷. Essa è stata inaugurata nel caso *Broniowski c. Polonia* del 22 giugno 2004¹⁸, in seguito a

¹⁶ Cfr. su di esso Bartolini, sub art. 41, Bartole – De Sena – Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve*, cit., 703 ss.

¹⁷ Per approfondimenti sulle "sentenze pilota" della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulle relative regole procedurali si rinvia a Garlicki, *Broniowski and After: On the Dual Nature of "Pilot Judgments"*, *Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Strasbourg, 2007, 177 ss.; Paraskeva, *Human Rights Protection begins and ends at Home: The "Pilot Judgment Procedure" developed by the European Court of Human Rights*, *Human Rights Commentary*, 3, 2007; Sarmet, *L'obscurité de la notion pretorienne d'arrêt pilote*, *Rev. gén. dr. int. publ.*, 2007, 863 ss.; Palombino, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. dir. internaz. priv. e processuale*, 2008, 91 ss.; Buyse, *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*, *Greek Law Journ.*, 2009, 1890 ss.; Wildhaber, *Pilot Judgments in Cases of Structural or Systematic Problems on the National Level*, Wolfrum – Deutsch (eds.), *The European Court of Human Rights overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, New York, 2009, 77 ss.; Leach – Hardman – Stephenson – Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of "Pilot Judgments" of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Antwerp, 2010; Wallace, *Much Ado about Nothing? The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2011, 71 ss.; Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 123 ss.; Saccucci, *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione "sussidiaria" delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, *Dir. umani dir. internaz.*, 2012, 263 ss.; Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale*, Cassetti, *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, 43 ss.; Greco, *Il sovraffollamento delle carceri italiane come trattamento inumano e degradante*, cit., 53 ss.

¹⁸ Corte e.d.u., 22 giugno 2004, n. 31443/96, *Broniowski c. Polonia*. Il ricorso aveva ad oggetto la violazione del diritto di proprietà, sancito dall'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, di circa 80.000 persone causata dalle disfunzioni strutturali nel sistema di risarcimento concepito in favore dei cittadini che erano stati, prima del 1945, titolari di possedimenti situati al di là del fiume Bug Orientale, non più territorio polacco a seguito della Seconda Guerra Mondiale. Per un commento alla sent. *Broniowski v. Lambert Abdelgawad*, *La Cour européenne au secours*

un invito che il Comitato dei Ministri (organo politico composto dai Ministri degli Esteri degli Stati membri del Consiglio d'Europa o dagli ambasciatori da essi delegati, al quale l'art. 46, par. 2, Cedu, affida il compito di sorvegliare l'attuazione delle pronunce della Corte) aveva rivolto alla Corte stessa con la risoluzione 12 maggio 2004, n. (2004)3, affinché mettesse in risalto quali fossero i problemi sistemici tali da provocare o da far sorgere un numero elevato di ricorsi e assistesse gli Stati e il Comitato nel trovare soluzioni appropriate per assicurare l'esecuzione delle sentenze¹⁹. Essendo sostanzialmente giustificato in virtù dell'art. 46, par. 1, Cedu, secondo cui, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti»²⁰, si è fatto impiego del metodo in parola, con alcune variazioni, in diverse circostanze in cui la Corte ha constatato la violazione derivante dall'applicazione di una nor-

du Comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" (en marge de l'arrêt Broniowski), *Rev. trim. dr. homme*, 2005, 203 ss.; Randazzo, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Dir. uomo*, 2006, 11 ss.; Caflich, *New Practice regarding the Implementation of the Judgments of the Strasbourg Court*, *It. Yearb. Int. Law*, 2006, 3 ss.; Jackson, *Broniowski v. Poland: A Recipe for increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court*, *Connecticut Law Rev.*, 2006, 759 ss.; Bultrini, *La recente evoluzione del contenzioso "strutturale" dell'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. dir. internaz.*, 2007, 430 ss.; Sarmet, *L'obscurité de la notion pretorienne d'arrêt pilote*, cit., 864 ss.; Palombino, *La "procedura di sentenza pilota"*, cit., 93 ss.; Zagrebelsky, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, *Dir. umani dir. internaz.*, 2008, 5 ss.; Leach – Hardman – Stephenson – Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations*, cit., 46 ss.; Saccucci, *Accesso ai rimedi costituzionali*, cit., 264 ss.; Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 54 ss.

¹⁹ Con la risoluzione 12 maggio 2004, n. (2004)3 («Resolution on judgment revealing an underlying systemic problem»), consultabile su sito *www.coe.int*, il Comitato dei Ministri invitava in effetti la Corte europea dei diritti dell'uomo «I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist States in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments» nonché «II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the State concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the Council of Europe Commissioner for Human Rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the Court». V. inoltre la raccomandazione 12 maggio 2004, n. (2004)6 («Recommendation on the improvement of domestic remedies»), con la quale il Comitato dei Ministri, rivolgendosi agli Stati membri del Consiglio d'Europa, ha chiesto ad essi di istituire rimedi interni effettivi al fine di evitare che casi ripetitivi vengano portati dinanzi alla Corte europea.

²⁰ Cfr. in merito a tale norma Pirrone, sub art. 46, Bartole – De Sena – Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve*, cit., 744 ss.

mativa incompatibile con la Convenzione. A titolo esemplificativo, possono ricordarsi le sentenze rese nei confronti dell'Italia nei casi *Sejdovic* del 10 ottobre 2004 e *Scordino* del 29 marzo 2006²¹.

La procedura in esame si trova attualmente codificata nell'art. 61 del regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo²², come emendato il 21 febbraio 2011 in accoglimento delle richieste avanzate all'esito della Conferenza di Interlaken del 18 e 19 febbraio 2010²³. La tecnica consiste nel selezionare uno o più ricorsi ritenuti rappresentativi di un problema diffuso e sistematico e nel dare loro un trattamento prioritario. Nella sua sentenza, la Corte individua i problemi strutturali alla base delle ripetute violazioni della Convenzione da parte di uno Stato contraente, e indica le misure generali utili a porvi rimedio, incentivando lo Stato alla creazione di meccanismi interni capaci di far fronte ai ricorsi simili o, quantomeno, di far giungere a soluzione tutti i casi affini pendenti dinanzi alla Corte. In tal modo, non ci si limita a decidere sul caso specifico, mirando, al contrario, alla risoluzione del problema all'origine della violazione. Lo Stato convenuto è libero di scegliere i mezzi tramite i quali adempiere. La Corte ha inoltre la facoltà di "congelare" cause analoghe instaurate dinanzi a sé fino al termine del

periodo concesso allo Stato per adottare le misure necessarie a far cessare la violazione riscontrata. Se lo Stato esegue quanto richiesto dalla "sentenza pilota", le cause pendenti vengono dichiarate improcedibili o cancellate dal ruolo; in caso contrario, qualora lo Stato condannato non ponga in essere le misure suggerite e perseveri dunque nella violazione, la Corte riprende l'esame delle cause fino ad allora rimaste in sospeso²⁴.

La procedura di "sentenza pilota" persegue diverse finalità, prima tra tutte quella di garantire ai soggetti lesi una soluzione più rapida ed effettiva delle disfunzioni dell'ordinamento nazionale che hanno condotto alla lesione dei diritti garantiti dalla Convenzione del 1950, e di assistere lo Stato membro nella individuazione delle soluzioni opportune. Essa si propone altresì di ridurre il carico di lavoro della Corte, cosicché le stesse conclusioni non debbano essere ripetute in numero elevato²⁵. Poiché inducono lo Stato membro a risolvere a livello interno le cause che hanno determinato le violazioni della Convenzione e che hanno dato, o sono suscettibili di dare, vita ad una elevata serie di ricorsi dinanzi alla Corte medesima, le sentenze in esame danno inoltre concreta attuazione al principio di sussidiarietà che informa l'intero sistema della Convenzione²⁶.

²¹ Corte e.d.u., 22 giugno 2004, n. 31443/96, *Sejdovic* c. Italia; 29 marzo 2006, n. 36813/97, *Scordino* c. Italia (n. 1). Sulla sent. *Sejdovic* v., tra gli altri, Tamietti, *Processo contumacia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, Cass. pen., 2005, 989 ss. Quanto al caso *Scordino*, cfr. Conti, *Espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale "multilivello" alla ricerca dell'arca*, *Corriere giur.*, 2006, 948 ss.; Di Marzio, *Espropri, il nodo-indennità alla Consulta. Nel mirino la misura e la retroattività. Conflitto con la Cedu, la Suprema Corte non disapplica la norma*, *Dir. e giustizia*, 43, 2006, 25 ss.; Sarmet, *L'obscure clarté de la notion pretorienne d'arrêt pilote*, cit., 867 s. Su entrambe le pronunce v. altresì Palombino, *La "procedura di sentenza pilota"*, cit., 96 ss.; Leach - Hardman - Stephenson - Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations*, cit., 112 ss.; e Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 124 s.

²² European Court of Human Rights, *Rules of Court (1 July 2013)*, Registry of the Court, Strasbourg, 2013, 35 s.

²³ V. specialmente il punto E («The Court»), n. 10, lett. b), dell'Action Plan della Dichiarazione di Interlaken del 19 febbraio 2010 sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo (riportata sul sito www.coe.int), a mente del quale «With a view to increasing its efficiency, the Conference invites the Court to continue improving its internal structure and working methods and making maximum use of the procedural tools and the resources at its disposal. In this context, it encourages the Court in particular to: ... pursue its policy of identifying priorities for dealing with cases and continue to identify in its judgments any structural problem capable of generating a significant number of repetitive applications». Cfr. in merito Zagrebelsky, *La Conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani*, *Dir. umani dir. internaz.*, 2010, 309 ss.; Keller - Fischer - Kühne, *Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals*, *Eur. Journ. Intern. Law*, 2011, 1025 ss.

SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E ORDINAMENTO ITALIANO: L'OPERATO DEL GIUDICE ORDINARIO NELL'INTERPRETAZIONE CONFORME E NELLA (IMPOSSIBILE) DISAPPLICAZIONE DELLE NORME INTERNE CONTRASTANTI

Per quanto concerne l'attuazione in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (tra queste, ovviamente, di quelle che richiedono l'adozione di misure di carattere generale), non è possibile, per comprensibili ragioni, ripercorrere nel dettaglio la complessa storia che ha segnato i rapporti tra la Cedu e il nostro ordinamento. Tenendo presente la funzione esplicita dal legislatore nazionale per conformare il diritto italiano agli obblighi derivanti dalle pronunce formulate dalla Corte di Strasburgo, concretizzatasi finora nella l. 24 marzo 2001, n.

²⁴ Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 127; Saccucci, *Accesso ai rimedi costituzionali*, cit., 267; Greco, *Il sovraffollamento delle carceri italiane come trattamento inumano e degradante*, cit., 54.

²⁵ Così Greco, *Il sovraffollamento delle carceri italiane come trattamento inumano e degradante*, cit., 54 s.

²⁶ Sarmet, *L'obscure clarté de la notion pretorienne d'arrêt pilote*, cit., 868 ss.; Saccucci, *Accesso ai rimedi costituzionali*, cit., 273 ss.; Greco, *Il sovraffollamento delle carceri italiane come trattamento inumano e degradante*, cit., 54 s.

89 («Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile»)²⁷, nel d.l. 21 febbraio 2005, n. 17 («Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna»), convertito, con modificazioni, dalla l. 22 aprile 2005, n. 60²⁸, e nella l. 9 gennaio 2006, n. 12 («Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo»)²⁹, è preferibile centrare il discorso su alcune considerazioni inerenti il ruolo spettante in proposito al giudice ordinario e al giudice costituzionale, con riferimento alla giurisprudenza maggiormente significativa.

Come accade in tutti gli Stati contraenti, anche in Italia il giudice comune si rivela oltremodo prezioso nell'assicurare l'attuazione della Convenzione di Roma e la soluzione degli eventuali contrasti tra le disposizioni convenzionali e le disposizioni di diritto interno. Entra in gioco, a tale riguardo, il principio dell'interpretazione conforme, secondo il quale, anche a costo di produrre qualche forzatura del dato testuale, i giudici sono tenuti a interpretare le disposizioni interne in maniera conforme alle norme presenti nei trattati stipulati dall'Italia, in modo tale da non provocare l'insorgere di una responsabilità internazionale a carico dello Stato. Tale principio, come giustamente notato, «... è uscito rafforzato, finendo col sovrapporsi al principio di interpretazione costituzionalmente conforme, a seguito della novella dell'art. 117 della Carta fondamentale, che ha vincolato l'esercizio

della competenza legislativa al rispetto degli obblighi internazionali»³⁰.

Posto che le norme della Cedu si impongono come criterio di interpretazione delle leggi italiane, occorre osservare come alle disposizioni della Convenzione europea del 1950 vadano equiparate le statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo espresse in sentenze definitive, specialmente allorché queste ultime rivelino l'esistenza di problemi strutturali a monte. Nei casi in cui l'Italia sia risultata soccombente dinanzi alla suddetta Corte, il giudice italiano è pertanto chiamato ad effettuare un'interpretazione della norma interna in modo tale da renderla conforme alla sentenza emanata dai giudici di Strasburgo, anche qualora ci si trovasse dinanzi a fattispecie che non coinvolgono direttamente gli individui che hanno promosso il ricorso presso la Corte europea; i giudici italiani, al contrario, non sembra siano formalmente vincolati a seguire l'interpretazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo fornita dalla Corte di Strasburgo in sentenze emanate nei confronti di altri Stati membri³¹.

L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo tramite interpretazione conforme non può avvenire qualora il contrasto tra la norma italiana e la norma convenzionale, per come interpretata dalla Corte medesima, sia risolvibile solo a costo di stravolgere il significato delle disposizioni di legge. La Corte di Strasburgo, in verità, ha auspicato in proposito un ruolo più incisivo del giudice ordinario, sostenendo l'opportunità di consentire ad esso la disapplicazione delle norme interne confliggenti³². La tesi è stata sostenuta da

²⁷ V. G.U. n. 78 del 3 aprile 2001, 18 ss. In merito alla l. n. 89 del 2001, si rinvia a Lana, *I tempi del processo e l'equa riparazione a quattro anni dall'entrata in vigore della c.d. legge Pinto*, Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, 496 ss. nonché a Raia, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo*, *Quaderni cost.*, 2006, 697 ss. e a Leach – Hardman – Stephenson – Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations*, cit., 129.

²⁸ V. rispettivamente G.U. n. 43 del 22 febbraio 2005, 5 s. e n. 94 del 23 aprile 2005, 4 s.

²⁹ V. G.U. n. 15 del 19 gennaio 2006, 13 s. Il provvedimento ha emendato l'art. 5, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400 inserendo in esso la lett. a-bis), secondo la quale il Presidente del Consiglio dei Ministri, direttamente o conferendone delega a un Ministro, «promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce». Sulla l. n. 12 del 2006, attuata con il d.p.c.m. 1° febbraio 2007, cfr. Tanzarella, *Nuovi compiti al Presidente del Consiglio per l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, *Quaderni cost.*, 2006, 370 ss. e Leach – Hardman – Stephenson – Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations*, cit., 128 s.

³⁰ Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 64.

³¹ Cfr. in tal senso Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 65. Contra, Villani, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, *Studi Leanza*, II, Napoli, 2008, 1425 ss.

³² Cfr. sul punto Corte e.d.u., 29 novembre 1991, n. 12849/87, *Vermeire c. Belgio*, par. 26; 26 aprile 2007, n. 71525/01, *Dumitru Popescu c. Romania* (n. 2), par. 103. Relativamente al caso *Vermeire*, la Corte ha affermato infatti che «Un remaniement global, destiné à modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de la filiation et des successions, ne s'imposait nullement comme préalable indispensable au respect de la Convention, telle que la Cour venait de l'interpréter dans l'affaire Marckx. La liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme ...»; nella sent. *Dumitru Popescu*, gli stessi giudici hanno dichiarato che «Pour autant que le grief du requérant peut se comprendre comme le reproche envers les juridictions nationales saisies du bien-fondé de l'accusation pénale dirigée contre lui de ne pas avoir elles-mêmes examiné le moyen de droit tiré de l'incompatibilité de la législation nationale avec l'article 8 de la Convention, la Cour estime qu'un système basé sur la primauté de la Convention et de la jurisprudence y relative sur les droits

autorevole dottrina e non risulta affatto sconosciuta alla giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità³³. Va tuttavia precisato come molte norme convenzionali siano sprovviste di una formulazione sufficientemente completa e dettagliata, e ciò impedisce di attribuire loro quella natura *self-executing* (presupposto dell'efficacia diretta) che ne consentirebbe invece l'applicazione diretta ad opera del giudice nella fattispecie dedotta in giudizio. La produzione di effetti disapplicativi rispetto alle norme legislative italiane presuppone inoltre il riconoscimento di un primato delle norme contenute nella Cedu e delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo analogo a quello che la Corte di giustizia conferisce al diritto comunitario e dell'odierna Unione europea. La Corte europea dei diritti dell'uomo non si è però mai spinta fino ad affermare esplicitamente la sussistenza di una simile supremazia; questa, oltretutto, come si tornerà a ripetere diffusamente nel paragrafo successivo, è stata categoricamente esclusa dalla Corte costituzionale, la quale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 di cui si parlerà ancora, ha negato che la Convenzione del 1950 possa rientrare nell'ambito di copertura dell'art. 11 Cost. (pertiene bensì all'art. 80 Cost.), non avendo essa istituito un ordinamento giuridico sovranazionale³⁴.

nationaux est à même d'assurer au mieux le bon fonctionnement du mécanisme de sauvegarde mis en place par la Convention et ses protocoles additionnels. Il n'est pas dépourvu d'importance de rappeler à cet égard, que, dans sa Recommandation du 12 mai 2004 (Rec. (2004)6), le Comité des Ministres s'est félicité de ce que la Convention faisait partie intégrante de l'ordre juridique interne de l'ensemble des Etats parties. Cela implique l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet de ses normes en les faisant au besoin passer avant toute disposition contraire qui se trouve dans la législation nationale, sans devoir attendre son abrogation par le législateur ». Cfr. Randazzo, Giustizia costituzionale sovranazionale, cit., 130 s.; Vezzani, L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., 65.

³³ Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale. Tendenze giurisprudenziali recenti e nuove esigenze teoriche*, Quaderni cost., 2006, 491 ss.; Pitea, *Della disapplicazione delle leggi contrarie alla Cedu: alla ricerca di un fondamento giuridico nel diritto interno e nel sistema convenzionale*, Bin – Brunelli – Pugiotto – Veronesi (a cura di), *All'incrocio fra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007), Torino, 2008, 185 ss. A parere di Pustorino, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, Riv. internaz. diritti uomo, 1995, 34 ss., la prevalenza delle norme della Cedu potrebbe essere assicurata attraverso il riferimento all'art. 10 Cost. nella misura in cui molte norme della Convenzione europea rifletterebbero il diritto internazionale generale. Nel senso della disapplicazione delle leggi interne contrastanti con la Convenzione europea del 1950 v. Cass. civ., sez. I, 9 luglio 2002, n. 10542; Cass., sez. un. civ., 23 dicembre 2005, n. 28507; Cass. pen., sez. I, 3 ottobre 2006, n. 32678; Cass. pen., sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800.

³⁴ C. cost., sent. n. 348 del 2007, punto 3.3 del "Considerato in diritto".

Le "sentenze pilota" della Corte europea dei diritti dell'uomo non sono pertanto equiparabili alle sentenze rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea adita con rinvio pregiudiziale o nel contesto di una procedura di infrazione; il giudice ordinario non può quindi risolvere il contrasto, messo in evidenza dai giudici di Strasburgo, tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo provvedendo egli stesso a non applicare la norma italiana. Stigmatizzando il tentativo, compiuto dal Consiglio di Stato (sentenza 2 marzo 2010, n. 1220) e dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio (sentenza 18 maggio 2010, n. 11984)³⁵, di ammettere la possibilità di disapplicare norme di legge sulla base di un contrasto con la Cedu così come "incorporata" nel diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 6, parr. 2 e 3, Trattato UE³⁶, la Corte costituzionale, con la sentenza 11 marzo 2011, n. 80³⁷, ha definito inconferente il riferimento del suddetto art. 6 alla prevista adesione dell'Unione alla Cedu «... per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta», per cui «a prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta ... allo stato, ancora improduttiva di effetti»³⁸; essa ha altresì ribadito la validità «... delle considerazioni svolte ... riguardo all'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione ..., di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come "principi generali" del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione) ...», e ha ripetuto che «... i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione)

³⁵ C. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220; T.A.R. Lazio, sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984, reperibili entrambe sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ A termini dell'art. 6, parr. 2 e 3, Trattato UE, «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Cfr. Morini, sub art. 6 TUE, Curti Gialdino (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2012, 92 ss.; Nascimbene – Sanna, sub art. 6 TUE, Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II, Milano, 2014, 54 ss.

³⁷ V. G.U., 1^a Serie Speciale-Corte costituzionale, n. 12 del 16 marzo 2011, 23 ss.

³⁸ C. cost., sent. n. 80 del 2011, punto 5.3 del "Considerato in diritto". Cfr. Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 67.

è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale»³⁹.

LE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO COME PARAMETRO NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ

Nelle già accennate sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349⁴⁰, la Corte costituzionale ha aderito alla ricostruzione secondo cui l'art. 117, comma 1, Cost., come modificato dall'art. 3 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3⁴¹, le conferisce il potere di sindacare la costituzionalità di disposizioni interne aventi il rango di legge ordinaria con riferimento al rispetto di norme internazionali di origine pattizia, e ha fatto uso di tale potere in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La centralità e l'importanza che tale Accordo riveste per il diritto processuale penale, messe in evidenza nelle osservazioni introduttive, giustificano un breve approfondimento sul contenuto delle due pronunce; tanto più che nel nostro ordinamento, con specifico riguardo ai trattati sulla tutela dei diritti umani (e alla Cedu in particolare), è stata tradizionalmente affermata la «... resistenza all'abrogazione delle norme risultanti dall'adattamento del diritto interno a tali convenzioni, in considerazione della "copertura" ad esse offerta dalle numerose disposizioni costituzionali volte

alla protezione dei medesimi diritti»⁴². Il fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 80 Cost.⁴³ lascia inoltre intuire come l'impostazione deducibile dalle due sentenze in esame possa in realtà investire tutti i trattati per i quali è necessario il recepimento con legge ordinaria.

Affrontando la questione del rango della legge esecutiva della Convenzione europea del 1950 (l. 4 agosto 1955, n. 848)⁴⁴, la Consulta ne ha escluso il livello costituzionale ribadendo al riguardo l'inapplicabilità dell'art. 10, comma 1, Cost. ed escludendo altresì qualsiasi rilievo dell'art. 11 Cost., non essendo «... individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali ... alcuna limitazione della sovranità nazionale» e non essendo al tempo stesso ipotizzabile, in merito ai diritti fondamentali enunciati nella Cedu «... oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità»⁴⁵. A giudizio della Corte, «... il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza [della Corte stessa], poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con la norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117,

³⁹ C. cost., sent. n. 80 del 2011, punto 5.4 del "Considerato in diritto". Cfr. Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 67.

⁴⁰ V. *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss. e 3535 ss. Tali pronunce sono state oggetto di vivo interesse nella dottrina sia internazionalistica sia costituzionalistica: cfr., tra gli altri, Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, *Dir. uomo*, 2007, 14 ss.; Saccucci, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117 Cost.: un passo avanti, due indietro?*, *Dir. uomo*, 2007, 26 ss.; Villani, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, *Dir. uomo*, 2007, 46 ss.; Id., *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1425 ss.; Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, *Dir. uomo*, 2007, 50 ss.; Cannizzaro, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, *Riv. dir. internaz.*, 2008, 138 ss.; Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Balsamo – Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 46 ss.; Sciso (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma, 2008.

⁴¹ L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, «Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione», G.U. n. 248 del 24 ottobre 2001, 3 ss. Sull'art. 117, comma 1, Cost. v. Serges, sub art. 117, 1° co., Bifulco – Celotto – Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Artt. 101-139, *Disposizioni transitorie e finali*, Torino, 2006, 2213 ss.; Cossiri, sub art. 117, co. 1, Bartole – Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II, Padova, 2008, 1044 ss.

⁴² Così Ivaldi, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Carbone – Luzzatto – Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, III, Torino, 2006, 150. Sulla questione del rango della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anteriormente alla l. cost. n. 3 del 2001, v. soprattutto Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 36 ss. e Villani, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1428 s.

⁴³ Ai sensi dell'art. 80 Cost., «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

⁴⁴ L. 8 agosto 1955, n. 848, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952», G.U. n. 221 del 24 settembre 1955, 3372 ss.

⁴⁵ V. i rilievi critici di Saccucci, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno*, cit., 28 ss. e di Zanghì, *La Corte costituzionale*, cit., 51 s. Cfr. inoltre Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto*, cit., 16 s.; Villani, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione*, cit., 46 s.; Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 50 s.

primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi»⁴⁶. In altre parole, ciò che, come è ben noto, viene consentito al giudice ordinario per le norme di diritto comunitario e, oggi, di diritto dell'Unione europea (applicazione diretta delle norme comunitarie e dell'Unione nelle materie da esse validamente disciplinate e contestuale disapplicazione delle leggi interne incompatibili) viene allo stesso giudice precluso per le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e dei trattati internazionali coperti dall'art. 80), essendo riservato soltanto ai giudici costituzionali il compito di individuare ed eliminare le norme interne successive contrastanti⁴⁷. Il giudice ordinario può solo interpretare le norme interne in modo compatibile con l'obbligo internazionale ed entro i limiti permessi dai testi delle norme medesime, essendo altrimenti obbligato a sollevare la questione di costituzionalità qualora tale interpretazione non sia possibile o nel caso sospetti la inconciliabilità della norma interna con la disposizione convenzionale⁴⁸. Oltretutto, mentre il controllo della Corte costituzionale sul diritto comunitario (dell'Unione), secondo la dottrina dei c.d. "controlimiti", è circoscritto a ipotesi specifiche (rispetto dei diritti fondamentali della persona e dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale nonché intervento sulle leggi interne dirette ad impedire o a pregiudicare la perdurante osservanza dei principi fondamentali dei Trattati istitutivi)⁴⁹, il sindacato della stessa Corte relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e agli altri trattati prima indicati) è assai più ampio, in quanto può avvenire con riguardo a qualsiasi disposizione della Costituzione e si deve intendere esteso ad ogni possibile profilo di contrasto.

Le norme della Cedu non possono neppure esplicare effetti diretti paragonabili a quelli propri delle norme comunitarie e dell'Unione, dato che «... allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di de-

terminate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente. Le stesse sentenze [della Corte europea dei diritti dell'uomo], anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento»⁵⁰.

La parificazione della Cedu a qualsiasi altro trattato internazionale stipulato dall'Italia in relazione alla sua posizione nella gerarchia delle fonti interne, ha suscitato varie critiche⁵¹. Ciononostante, la soluzione adottata dalla Consulta, oltre a colmare una lacuna e a far sì che l'apertura alle fonti dell'ordinamento internazionale, limitata in passato alle norme consuetudinarie, sia completata ed estesa alle norme pattizie (norme interposte valide ad integrare il parametro di costituzionalità), appare adeguata per la Convenzione europea del 1950 anche in considerazione dei classici meccanismi della cooperazione intergovernativa che identificano il sistema della Cedu e che sono riscontrabili nella gran parte delle organizzazioni internazionali. In tutte le ipotesi in cui il contrasto tra legge italiana e Cedu, evidenziato in una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non sia risolvibile in via interpretativa, il giudice ordinario deve dunque sottoporre alla Corte costituzionale la relativa questione di legittimità; l'attuazione della sentenza della Corte di Strasburgo passa perciò attraverso una declaratoria di incostituzionalità oppure attraverso l'adozione di pronunce interpretative o additive⁵².

Di sicuro rilievo, al pari delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, è altresì la sentenza 7 aprile 2011, n. 113⁵³, concernente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto

⁴⁶ V. la sent. n. 348 del 2007 nonché, per approfondimenti, Villani, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione*, cit., 46; Id., *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1429 ss.; Zanghì, *La Corte costituzionale*, cit., 54 s.

⁴⁷ Cfr. Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto*, cit., 16; Saccucci, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno*, cit., 32 ss.; Zanghì, *La Corte costituzionale*, cit., 54; Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 51 ss.

⁴⁸ Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto*, cit., 16; Villani, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione*, cit., 46; Zanghì, *La Corte costituzionale*, cit., 57; Cannizzaro, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, cit., 139; Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 52.

⁴⁹ V. C. cost., 27 dicembre 1973, n. 183; 8 giugno 1984, n. 170.

⁵⁰ V. la sent. n. 349 del 2007 nonché Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto*, cit., 16 e Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 54 s.

⁵¹ V., tra gli altri, Cataldi, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, *Dir. umani dir. internaz.*, 2008, 325; Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, *Dir. umani dir. internaz.*, 2008, 302 ss. Cfr. altresì Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 68 s.

⁵² Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 67.

⁵³ V. G.U., 1^a Serie Speciale-Corte costituzionale, n. 16 del 13 aprile 2011, 9 ss.

con una pronuncia definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 Cedu⁵⁴. Chiamata a valutare la lesione indiretta dell'art. 117, comma 1, Cost. così come integrato, a titolo di norma interposta, dall'art. 46 Cedu, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 impugnato, rilevando come, secondo la giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo, «... l'obbligo di conformarsi alle proprie sentenze definitive, sancito a carico delle Parti contraenti dall'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, comporti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo»⁵⁵. Le sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, e non soltanto le norme della Cedu, vengono pertanto a configurarsi quali parametri idonei ad integrare l'art. 117, comma 1, Cost. in quanto anche da esse derivano obblighi internazionali a carico dello Stato italiano; si realizza così un «... allargamento dei parametri di costituzionalità ad un diritto vivente "estraneo" di origine giurisprudenziale [che] segna una significativa apertura ai valori internazionali, conferendo, al contempo, una nuova centralità al giudice delle leggi»⁵⁶. La sentenza n. 113 del 2011, peraltro, omette di chiarire se agli organi italiani si impongano soltanto gli orientamenti interpretativi desumibili da sentenze che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emanato a carico dell'Italia (il che è avvenuto nelle sentenze nn. 210 e 279 del 2013 richiamate nell'Introduzione) ovvero anche quelli maturati in base a pronunce rese nei confronti di altri Stati contraenti.

Equiparate alle norme della Convenzione di

Roma del 1950, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto limite di legittimità costituzionale, non possono violare valori costituzionalmente protetti. Laddove ravvisasse una incompatibilità insanabile tra quanto affermato da una sentenza della Corte di Strasburgo e quanto affermato da una norma della Costituzione, la Consulta dovrebbe pertanto respingere la questione di legittimità costituzionale della legge italiana, che potrebbe quindi essere applicata dal giudice ordinario senza alcun obbligo di interpretazione conforme⁵⁷.

BREVI OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Il sistema internazionale di controllo sul rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte degli Stati membri ha ricevuto, grazie alla istituzionalizzazione delle "sentenze pilota", un consolidamento e un rafforzamento innegabili, nel solco, peraltro, di un processo evolutivo testimoniato ancor più dalla procedura di infrazione disciplinata dai parr. 4 e 5 dell'art. 46 Cedu, introdotti dall'art. 16 del Protocollo n. 14 alla Convenzione suddetta, fatto a Strasburgo il 13 maggio 2004⁵⁸.

Come si è visto, le modalità attraverso le quali l'ordinamento italiano si conforma agli obblighi derivanti dalla Cedu sono state chiarite dalla giurisprudenza costituzionale: è stato negato che la Convenzione di Roma rientri sotto la copertura dell'art. 11 Cost., ed è stato anzi sostenuto che l'Accordo in questione vada equiparato agli altri trattati internazionali conclusi dall'Italia, rilevando come fonte interposta ai fini del controllo accentrato di costituzionalità per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. La Corte europea dei diritti dell'uomo, per converso, non ha mai affermato l'esistenza, nei riguardi della Cedu, di un principio di preminenza che obblighi

⁵⁴ In virtù dell'art. 630 c.p.p., «La revisione può essere richiesta: a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale; b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'articolo 3 ovvero una delle questioni previste dall'articolo 479; c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'articolo 631; d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato».

⁵⁵ C. cost., sent. n. 113 del 2011, punto 8 del "Considerato in diritto".

⁵⁶ Cfr. Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 70.

⁵⁷ Ciò rende la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo inefficace (Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 70).

⁵⁸ Secondo l'art. 46, parr. 4 e 5, Cedu, «Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame» (v. in merito Pirrone, sub art. 46, cit., 763 ss.; Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 105 ss.). Per il testo del Protocollo n. 14 trasfuso nelle varie disposizioni della Cedu, cfr. Consiglio d'Europa, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1 ss., e il sito www.conventions.coe.int.

SIMONE / DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

gli Stati membri a disapplicare senza indugio le disposizioni normative nazionali da quella difformi senza necessità di dover attendere l'abrogazione del legislatore o la loro rimozione per mezzo di una dichiarazione di incostituzionalità. I giudici ordinari italiani non hanno perciò il potere di dare efficacia diretta alla Convenzione provvedendo alla disapplicazione delle norme italiane ad essa contrarie, dovendosi esperire il sindacato di costituzionalità delle leggi italiane rispetto alle quali i giudici ordinari stessi ravvisino un contrasto con la disciplina convenzionale⁵⁹. La corretta attuazio-

⁵⁹ Cfr. Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 73, il quale aggiunge anche che «La posizione della CEDU nel diritto italiano ricorda ... molto da vicino

ne delle pronunce emesse della Corte europea dei diritti dell'uomo richiedenti l'adozione di misure di carattere generale viene pertanto favorita da un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni di legge, così da permettere al giudice ordinario (e alla Pubblica Amministrazione) di ricavare una norma compatibile con le statuizioni della Corte di Strasburgo, e da confinare il ricorso alla Corte costituzionale alle sole situazioni che presentino particolari ambiguità e incertezze⁶⁰.

quella del diritto comunitario agli inizi degli anni '70, quale sistematizzata nella sentenza nel caso *Frontini*».

⁶⁰ V. in tal senso Vezzani, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 73 s.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Teresa Alesci Sezioni Unite	33
Alessandro Bernasconi Riformare la giustizia penale nell'epoca delle corporazioni / <i>Reforming the Criminal Justice System in the Age of Interest Groups</i>	1
Danila Certosino Autodifesa e difesa tecnica: un binomio inscindibile anche per l'imputato-avvocato / <i>Self defence and technical defence: inseparable also for the accused-lawyer</i>	74
Marcello D'Aiuto <i>De jure condendo</i>	20
Alessandro Diddi Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere / <i>The new Law on gender-based violence: advantages and drawbacks</i>	91
Ada Famiglietti Circostanze del reato e divieto di <i>reformatio in peius</i> : brevi note su una pronuncia / <i>Crime circumstances and prohibition of reformatio in peius: short considerations</i>	85
Rosalba Normando Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore / <i>Alternative models of justice in criminal law: the intervention of the mediator</i>	125
Carla Pansini Novità legislative interne / <i>National legislative news</i>	9
Marco Pierdonati Incompatibilità del Giudice e Costituzione: colpita la disciplina del reato continuato e del concorso formale in esecuzione / <i>Judge's incompatibility and Constitution: affected the rules of continued and formal concurrence offences in executivis</i>	57
Angela Procaccino Corte costituzionale	28
Caterina Scaccianoce Prescrizione del reato, vizio di motivazione e rinvio al giudice civile: quali implicazioni sul <i>favor innocentiae</i> ? / <i>Offence's statute of limitations, lack of reasoning and transfer of the case to the civil court: what impact on favor innocentiae?</i>	43
Pierluigi Simone Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle "sentenze pilota" / <i>Decisions of the European Court of Human Rights and national legal system: The effects of "pilot judgments"</i>	133
Francesco Trapella Corti europee / <i>European courts</i>	22
La revisione (o revoca?) della sentenza estradizionale / <i>The "revisione" of judgment of extradition</i>	112

Daniela VigoniNovità sovranazionali / *Supranational News* 14

PROVVEDIMENTI/MEASURES

Corte costituzionale

sentenza 3 luglio 2013, n. 183 53
 sentenza 2 dicembre 2013, n. 291 30
 sentenza 2 dicembre 2013, n. 293 28

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali

sentenza 2 agosto 2013, n. 33742 79
 sentenza 27 settembre 2013, n. 40109 37
 sentenza 21 gennaio 2014, n. 2850 33

Corte di cassazione – Sezioni semplici

Sezione II, sentenza 16 luglio 2013, n. 40715 68

Corte europea dei diritti dell'uomo

17 ottobre 2013, *Horvatic c. Croazia* 22
 19 novembre 2013, *ElKashif c. Polonia* 23
 26 novembre 2013, *Quattrone c. Italia* 24
 12 dicembre 2013, *Lapitov c. Russia* 25
 14 gennaio 2014, *Associazione delle vittime dei giudici rumeni c. Romania* 25

*Corte di giustizia dell'Unione europea*19 dicembre 2013, *R.K. c. Germania* 26*Atti sovranazionali*

“Codificazione europea” delle regole minime per la tutela dei diritti della difesa (Direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010, Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012, Direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013) 14

Norme interne

Decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria» 11
 Decreto legislativo 29 settembre 2013, n. 121 «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 26 ottobre 2010, n. 204» 11
 Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 «Revisione delle disposizioni in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219» 13
 Legge 6 agosto 2013, n. 96 «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea» 9

De jure condendo

Disegno di legge C. 1609 «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e al codice di procedura penale, per l'istituzione della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e delle direzioni distrettuali antiterrorismo» 20
 Disegno di legge C. 1438 «Modifiche all'articolo 21-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visite dei detenuti a figli affetti da handicap in situazione di gravità» 21

MATERIE/TOPICS

Appello

• Divieto di *reformatio in peius* e giudizio di comparazione (Cass., sez. un., 2 agosto 2013, n. 33742), con nota di Ada Famiglietti 81

Atti

– traduzione

- Diritto all'interpretazione e alla traduzione (L. 6 agosto 2013, n. 96 «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea») 9

Corte europea dei diritti dell'uomo

- Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle "sentenze pilota" / *Decisions of the European Court of Human Rights and national legal system: The effects of "pilot judgments"*, di Pierluigi Simone 133

Difesa e difensori

- L'avvocato e il diritto di difendersi da sé (Cass., sez. II, 16 luglio 2013, n. 40715), con nota di Danila Certosino 68
- La "codificazione europea" delle regole minime per la tutela dei diritti della difesa (Direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010, Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012, Direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013)..... 14

Diritti fondamentali (tutela dei)

- Divieto di tortura, legittimità della detenzione e scomparsa dell'imputato (Corte e.d.u., 12 dicembre 2013, *Lapitov c. Russia*)..... 25

Estradizione

- La revisione (o revoca?) della sentenza estradizionale / *The "revisione" of judgment of extradition*, di Francesco Trapella..... 112

Giudice

– incompatibilità

- Incompatibile il Giudice dell'esecuzione che si sia già pronunciato su reato continuato o concorso formale (C. cost., sent. 3 luglio 2013, n. 183), con nota di Marco Pierdonati 53

Immigrazione

- Visti, immigrazione illegale e ordine pubblico (C. giust. UE, 19 dicembre 2013, *R.K. c. Germania*) 26

Indagini preliminari

– attività del pubblico ministero

- Accertamenti tecnici in fase investigativa e partecipazione dell'indagato (Corte e.d.u., 17 ottobre 2013, *Horvatic c. Croazia*) 22

Mandato d'arresto europeo

- La competenza funzionale ad emettere il mandato d'arresto europeo (Cass., sez. un., 21 gennaio 2014, n. 2850) 33

Misure cautelari personali

- Custodia cautelare in carcere (Corte e.d.u., 19 novembre 2013, *ElKashif c. Polonia*)..... 23
- Novità in materia di filiazione (D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154«Revisione delle disposizioni in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»)..... 13
- impugnazioni
- Riesame cautelare e "contestazioni a catena" (C. cost., sent. 2 dicembre 2013, n. 293)..... 28

Misure di prevenzione

- Terrorismo internazionale (D.d.l. C. 1609 «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e al codice di procedura penale, per l'istituzione della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e delle direzioni distrettuali antiterrorismo»)..... 20
- Sospensione della misura di prevenzione per espiazione di pena detentiva ed accertamento della persistenza della pericolosità sociale del sottoposto al momento dell'esecuzione della misura (C. cost., sent. 2 dicembre 2013, n. 291) 30

Ordinamento giudiziario

- Legittimità di un' "associazione di vittime della magistratura" (Corte e.d.u., 14 gennaio 2014, *Associazione delle vittime dei giudici rumeni c. Romania*) 25

Ordinamento penitenziario

- Tutela dei diritti dei detenuti e riduzione della popolazione carceraria (D. l. 23 dicembre 2013, n. 146 «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria») 11
- Visita dei detenuti a figli con handicap (D.d.l. C. 1438 «Modifiche all'articolo 21-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visite dei detenuti a figli affetti da handicap in situazione di gravità») 21

Processo penale

- durata
 - (Ir)ragionevole durata del processo (Corte e.d.u., 26 novembre 2013, *Quattrone c. Italia*) 24
 - Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore / *Alternativemodels of justice in criminal law: the intervention of the mediator*, di Rosalba Normando 125
- riforme
 - Riformare la giustizia penale nell'epoca delle corporazioni / *Reforming the Criminal Justice System in the Age of Interest Groups*, di Alessandro Bernasconi 1
 - Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere / *The new Law on gender-based violence: advantages and drawbacks*, di Alessandro Diddi 91

Pubblico ministero

- Terrorismo internazionale (D.d.l. C. 1609 «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e al codice di procedura penale, per l'istituzione della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e delle direzioni distrettuali antiterrorismo») 20

Ricorso per cassazione

- annullamento con rinvio
 - Omessa motivazione sulla responsabilità civile dell'imputato prosciolto in appello per prescrizione e giudice competente per il nuovo esame (Cass., sez. un., 27 settembre 2013, n. 40109), con nota di Caterina Scaccianoce 37

Sicurezza pubblica

- Acquisizione e detenzione di armi (D.lgs. 29 settembre 2013, n. 121 «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 26 ottobre 2010, n. 204») 11